Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 215
janeiro a março de 2011

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diretoria-Geral
Alcides Diniz da Silva

Secretaria de Documentação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Leide Maria Soares Corrêa Cesar

Seção de Preparo de Publicações
Cíntia Machado Gonçalves Soares

Seção de Padronização e Revisão
Rochelle Quito

Seção de Distribuição de Edições
Maria Cristina Hilário da Silva

Diagramação: Ludmila Araujo e Luiza Superti Pantoja

Capa: Núcleo de Programação Visual

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (abr./jun. 1957) - . – Brasília : STF, 1957- .

v. ; 22 x 16 cm.
Trimestral.
Título varia: RTJ.
Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
Nome do editor varia: Imprensa Nacional / Supremo Tribunal Federal, 1957 a 2001; Editora Brasília Jurídica, 2002 a 2006; Supremo Tribunal Federal, 2007- .
Disponível também em formato eletrônico a partir de abr. 1957: http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp.
ISSN 0035-0540.

1. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. II. Título: RTJ.

CDD 340.6

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

STF/CDJU
Anexo II, Cobertura
Praça dos Três Poderes
70175-900 – Brasília-DF
rtj@stf.jus.br
Fone: (0xx61) 3217-4766

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003), Presidente
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO (25-6-2003), Vice-Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-1989)
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-1990)
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet (14-12-2000)
Ministro GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002)
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003)
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI (16-3-2006)
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha (21-6-2006)
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI (23-10-2009)
Ministro LUIZ FUX (3-3-2011)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI
Ministro LUIZ FUX

SEGUNDA TURMA

Ministro GILMAR Ferreira MENDES, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro GILMAR MENDES
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Ministro DIAS TOFFOLI – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministra ELLEN GRACIE
Ministro AYRES BRITTO
Ministra CÁRMEN LÚCIA

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro DIAS TOFFOLI
Ministro LUIZ FUX

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro GILMAR MENDES
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro LUIZ FUX

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

ÍNDICE ALFABÉTICO 633

ÍNDICE NUMÉRICO 651

ACÓRDÃOS

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12 — DF
(ADC 12-MC na *RTJ* 199/427)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB — Requerido: Conselho Nacional de Justiça — Interessados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – SINDJUS/DF, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União – FENAJUFE e Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES

Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução 7, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça. Ato normativo que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providencias". Procedência do pedido.

1. Os condicionamentos impostos pela Resolução 7/2005 do CNJ não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.

2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois.

O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junge essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do art. 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, por unanimidade de votos, julgar procedente a ação declaratória de constitucionalidade e, por maioria de votos, emprestar interpretação conforme a Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção", constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da Resolução 7, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça, o que fazem nos termos do voto do Relator, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio. Decisão dotada de efeito vinculante, nos termos da Lei 9.868/1999. Votou o Presidente.

Acolhida questão de ordem proposta pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de fazer constar a rejeição da preliminar de inadequação da ação declaratória de constitucionalidade que suscitou quando do julgamento da cautelar, ocasião em que Sua Excelência ficou vencido.

Brasília, 20 de agosto de 2008 — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de ação declaratória de constitucionalidade, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), em prol da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça. Ato normativo, esse, que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências".

2. São estes os fundamentos do pedido:

I – o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (inciso II do § 4º do art. 103-B da CF/1988);

II – a vedação ao "nepotismo" é regra constitucional que decorre dos princípios da impessoalidade, igualdade, moralidade e eficiência administrativa;

III – além de estar subordinado à legalidade formal, o Poder Público fica adstrito à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui os comandos diretamente veiculados pela CF;

IV – a Resolução 7/2005 do CNJ não prejudica o necessário equilíbrio entre os Poderes do Estado – por não subordinar nenhum deles a outro –, nem vulnera o princípio federativo, dado que também não estabelece vínculo de sujeição entre as pessoas estatais de base territorial.

3. Prossigo neste relato para anotar que a postulante, após declinar os fundamentos jurídicos da sua pretensão de ver julgada procedente esta ação declaratória de constitucionalidade, requer, liminarmente, a suspensão: a) do "julgamento dos processos que envolvam a aplicação da Resolução 7/2005 do CNJ até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia da Resolução em questão"; b) "com eficácia *ex tunc,* dos efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da Resolução 7/2005 do CNJ". Já no tocante ao mérito, a acionante pugna pelo reconhecimento da constitucionalidade da resolução em causa.

4. Sigo para dizer que, na assentada plenária de 16-2-2006, este Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deferiu o pedido de medida liminar (fls. 511/514).

5. Na sequência, determinei a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República, o qual opinou pela procedência da ação, em parecer assim ementado:

Ação declaratória de constitucionalidade. Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Disciplina do exercício de cargos, empregos e funções por parentes de magistrados no âmbito do poder judiciário. Competência do CNJ regularmente exercida. Direta vinculação dos juízes e tribunais aos princípios prestigiados pelo art. 37 da CF/1988. Concretização, pelas regras ordenadas, do conteúdo normativo da lei maior.

Parecer pela procedência da ação.

6. À derradeira, anoto que figuram na presente ação, na condição de *amici curiae*, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e as seguintes entidades: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal (SINDJUS/DF), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) e Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (FENAJUFE).

É o relatório.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, Vossa Excelência me permite, apenas para primar pela celeridade?

Procedi à leitura do dispositivo do acórdão alusivo à liminar e constatei que nele não figurou a rejeição da preliminar de inadequação da ação ajuizada, inadequação que sustentara em voto.

Aliás, o ilustre advogado, Doutor Luís Roberto Barroso, fez justiça ao voto que proferi ao apontar que o indeferimento da medida acauteladora, em meu voto, lastreou-se em tema instrumental, não levando em conta o tema de fundo.

Procurei, considerado o que foi versado nos jornais nos últimos dias, a inspiração no que se lançou que teria sido eu o único a votar indeferindo a liminar. Pesquisando a administração que tive na Presidência desta Corte, bem como na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, vislumbrei uma razão – equivocada evidentemente – para concluir-se dessa forma, como se fosse a favor do nepotismo: é que mantive, nas referidas administrações – no Supremo e no Eleitoral –, um Parente, mas o Renato Parente, patronímico do nosso Secretário de Imprensa e não um parente consanguíneo ou afim.

Agora, ponderaria a necessidade de corrigir-se a omissão para não voltarmos a discutir a natureza do ato e consignar que o Colegiado – ante a preliminar que levantei de inadequação, porque não se trataria de questionamento de ato normativo abstrato do Conselho Nacional de Justiça – afastou essa preliminar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vamos fazer isso para consignar, portanto, na decisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Engraçado que, no voto que proferi, inclusive comecei cogitando dos apressados:

> Senhor Presidente, aos apressados, em termos de conclusão, recomendo a leitura do voto que proferi ao relatar a ADI 1.521-4/RS, atentando para o enquadramento que dei ao famigerado nepotismo ante o texto da Constituição Federal.

E, ao término do voto, voltei, inclusive, a mencionar essa problemática:

> (...) reportando-me mais uma vez, até mesmo para afastar maledicências, ao voto cáustico, com tintas fortes, que proferi na ADI 1.521-4/RS – que, inclusive, rendeu-me inimizades –, peço vênia para, nesse primeiro passo (...)

E prossegui.

Deixo estreme de dúvidas que jamais, como juiz, placitei o que enquadrado como famigerado nepotismo.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Tenho que a matéria constitucional desta ação declaratória foi exaustivamente examinada por este Supremo

Tribunal Federal quando do enfrentamento do pedido de medida liminar. Pedido, esse, que foi deferido em 16-2-2006, mediante a prolação de julgado assim ementado:

> *Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução 7, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar.*
>
> Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/2004).
>
> Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 6-12-2005, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 9/2005, alterando substancialmente a de número 7/2005.
>
> A Resolução 7/2005 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).
>
> A Resolução 7/2005 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.
>
> O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/2004.
>
> Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.
>
> O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e

não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junge essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: **a)** emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV, V do art. 2º do ato normativo em foco **b)** suspender, até o exame de mérito desta ação declaratória de constitucionalidade, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça; **c)** obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução 7/2005 do CNJ; e **d)** suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

9. Isso posto, e nada tendo a acrescentar à fundamentação em que se louvou este Supremo Tribunal Federal para deferir o provimento acautelatório, o meu voto julga procedente o pedido para:

I – emprestar interpretação conforme a Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do art. 2º do ato normativo em foco;

II – declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça.

10. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, quando esta Corte julgou a Ação 3.377, de que foi Relator o Ministro **Peluso**, tenho a sensação de que ela enfrentou a questão mais delicada, que era a própria existência do Conselho Nacional de Justiça na sua perspectiva constitucional. E esta Corte, em votos brilhantíssimos, assentou a plena compatibilidade da instauração do Conselho Nacional de Justiça como órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário.

É claro que faço minhas as palavras do Ministro **Peluso** quando, em debate, se não me falha a memória, com o Ministro **Carlos Velloso**, assinalou a sua dificuldade com referência à participação de pessoas estranhas ao Poder Judiciário como membros desse Conselho Nacional de Justiça, mas essa questão está plenamente superada e já não nos cabe mais examiná-la aqui.

Duas são as questões que a meu ver, simplificadamente, devem ser enfrentadas nesta ação. A primeira diz com a competência do Conselho Nacional de Justiça de editar uma resolução sobre este tema. E, neste ponto, ao meu sentir, está embutida a questão relativa ao poder do Conselho se admitirmos que esta matéria é reservada a uma lei formalmente emanada, portanto, do Poder Legislativo.

Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal.

Se essa concepção é verdadeira, e, ao meu sentir, é verdadeira, nós temos de admitir que dentro das atribuições do Conselho Nacional de Justiça está a de preservar os princípios que estão presentes no *caput* do art. 37 da Constituição. E um desses princípios é aquele relativo à moralidade; e daí a pertinência temática da resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Nunca é demais repetir-se que é necessário sempre assinalar que o Conselho Nacional de Justiça não tem atividade jurisdicional. Ele tem uma atividade meramente administrativa. Daí a minha afirmação reiterada de que dúvidas devem persistir no tocante, por exemplo, à utilização, pelos membros do Conselho Nacional de Justiça, de medidas liminares, considerando que as medidas liminares são próprias da ação jurisdicional do Estado e, logo, são da competência específica daqueles que têm atividade judicante.

Entendo, portanto, que essa primeira questão deve ser superada no sentido de que, sim, é da competência do Conselho Nacional de Justiça fazer a disciplinação dos princípios insculpidos na Constituição no que tange ao poder administrativo que detém no âmbito do Poder Judiciário.

A segunda questão seria a de saber concretamente se o conteúdo daquela resolução que está agora sob exame esbarraria em alguma dificuldade de natureza constitucional. Também a minha resposta é negativa. Tenho a sensação de que o que está disposto ali é um pouco o senso comum, que se vem aplicando coerentemente até mesmo em diversas etapas, não apenas do Poder Judiciário Federal, mas também do Poder Judiciário dos Estados. Já há alguns Estados que têm uma regulamentação suficiente ou, pelo menos, uma orientação nesse mesmo sentido.

Ora, se as duas respostas com relação às dificuldades relativas à pertinência temática, à competência do Conselho Nacional de Justiça e ao conteúdo são negativas no que concerne à Constituição, evidentemente que outra conclusão não posso chegar senão pela procedência da ação.

Todavia, eu vou pedir vênia ao Ministro **Carlos Ayres** porque entendo que é desnecessário fazer qualquer complementação com a utilização da interpretação conforme. A resolução como está redigida tem um alcance sistemático extremamente ampliado e, ao meu sentir, alcança, até pela natureza mesmo da expressão constitucional no que diz com os cargos em comissão, que se diferenciam até mesmo daquelas funções gratificadas, que são cargos de direção e assessoramento

superior, portanto, inclui necessariamente os cargos de chefia. Daí eu não ver necessidade específica de recorrermos ao princípio da interpretação conforme de forma a fazer um acréscimo à disciplina incluída na Resolução 7.

Com essa pequeníssima e insignificante divergência com relação ao voto do Ministro **Ayres Britto**, no seu mérito, eu acompanho, mesmo que a Constituição tenha feito qualquer referência ao cargo de chefia. Tenho a convicção, e peço vênia ao meu eminente amigo Ministro **Carlos Ayres Britto** para mantê-la, de que não há necessidade específica do recurso à interpretação conforme, que deve ser utilizado quando, de fato, a ausência se faz necessária para o cumprimento da regra, de forma compatível com a Constituição.

Neste caso, evidente, pelo menos no meu entender, essa complementação não se faz necessária.

Julgo, portanto, apenas procedente a ação nos termos em que foi posto, com extremo brilho e extrema lucidez, pelo eminente Ministro **Carlos Ayres Britto**.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Totalmente procedente.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Sim, porque, na realidade, a interpretação conforme não tira o conteúdo de procedência da ação direta. É nesses termos que voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Carlos Britto, quando do julgamento da liminar, não nos pronunciamos sobre essa questão?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O Ministro Nelson Jobim falou exatamente nos termos em que hoje se pronunciou o eminente Ministro Menezes Direito. Agora, já que a Constituição, às expressas, no inciso V do art. 37, diz que os cargos em comissão se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento – usando os três substantivos –, e a resolução não falou de "chefia", mas de direção e assessoramento, achei por bem conciliar com a Constituição e deixarmos claro.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É porque a chefia pode ser intermediária, não diretiva. Pode ser uma chefia administrativa, quer dizer, não dirige. No entanto, a direção já inclui a chefia.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Foi só por isso. Daí a Corte decidiu pela inclusão da palavra "chefia".

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Isso em juízo cautelar?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Em juízo cautelar.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, de pronto afirmo a minha total concordância com o Relator, uma vez que não vislumbro qualquer

mácula de juridicidade que pudesse, de qualquer forma, tisnar a validade constitucional da Resolução 7, de 14-11-2005, do Conselho Nacional de Justiça.

Também manifesto a minha imparcialidade em relação àqueles que vierem a ser atingidos pelos efeitos deste julgamento.

Como posto na inicial da presente ação, dou como constitucionalmente correto que *a)* o CNJ detém competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade de atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4º, II), pelo que se há de concluir ter ele atuado em sede que lhe é própria; *b)* o nepotismo é próprio no espaço público no sistema constitucional brasileiro. Tal proibição advém do princípio constitucional da impessoalidade, sendo de se lhe acoplar a moralidade administrativa (art. 37 da Constituição brasileira); *c)* a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O traçado histórico brasileiro expõe a utilização dos espaços públicos pelos interesses privados, do que decorre, em grande parte – e que já haveria de ter sido extirpada há muito – a manutenção de atuações nepotistas no País.

Há duas passagens desta história muito lembradas e que mereceriam aqui citação especial: a primeira, a de que ao final da Carta endereçada por Pedro Vaz de Caminha ao Rei de Portugal, dando notícia do descobrimento, já se continha pleito que não poderia ser desconhecido:

> E, pois que Senhor He certo que asy neeste careguo que leuo como em outra qualquer coussa que de vosso serucio for uosa alteza há de seer de mym mujto seruída, aela peci que por me fazer singular mercee made viyr dajha de Sam thomee Jorge dosoiro meu jenro, o que dela receberey em mujta mercee. Beijo as maãos de vossa alteza. Deste porto seguro da vossa jilha de vera cruz oje sesta feita primeiro dia de mayo de 1500.

Dissertando sobre este tema, afirmava então que, "No Brasil, tudo começou, pois, nesta passagem. O nepotismo desembarcou em terras brasileiras com as primeiras navegações aqui chegadas. E esta bandeira não parou mais de ser desfraldada (talvez mais certo fosse dizer 'desfraldada')" (*Princípios constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 159).

Contra a pessoalidade que assolava em terras brasileiras, sobreveio em 1828 a Lei de 10 de outubro, em cujo art. 38 dispunha:

> Nenhum vereador poderá votar em negócio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes ou descendentes, ou cunhados, enquanto durar o cunhadio. Igualmente não votarão aqueles que jurarem suspeição.

Sob a vigência da Constituição de 1824, ensinava o grande Pimenta Bueno:

> A admissão dos cidadãos nos cargos públicos, sem outra diferença que não seja de seus talentos e virtudes, é uma bela e lógica consequência, da igualdade perante a lei.
>
> Não são, pois, as condições de nascimento, as distinções ou prejuízos aristocráticos, e sim a capacidade, as habilitações, o mérito pessoal, que dão a preferência aos cargos públicos; é uma conquista preciosa da civilização e da justiça, que produz importantes resultados.
>
> Primeiramente, é óbvio que os empregos, que os serviços públicos não podem ser bem desempenhados senão pela capacidade, pelos talentos e virtudes; sem isso os negócios sofrerão e a sociedade terá o duplo sacrifício de contribuir para as respectivas gratificações e de ver os seis interesses mal dirigidos, sacrificados.
>
> Em segundo lugar cumpre reconhecer que os talentos e a probidade, além das garantias que dão, e serviços que prestam, são forças naturais e de grande intensidade, pois que dispõe de meios, recursos, e de muitas outras forças.
>
> (...)
>
> A abolição dos privilégios, salva a única exceção dos que forem essencial e inteiramente exigidos por utilidade ou serviços públicos, é uma outra consequência necessária do justo e útil princípio da igualdade perante a lei. Por privilégio em geral, ou na consideração do direito público, entende-se toda e qualquer espécie de prerrogativas, vantagens, isenções ou direitos quaisquer concedidos com exceção da lei comum... Consequentemente o privilégio pode expressar-se por uma das seguintes formas:
>
> (...)
>
> Ter direito superior ou preferência quando entrar com outros em concorrência.
>
> (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério dos Negócios Interiores, 1958, p. 412.)

A República veio reforçar todas as formas de ingresso no serviço público sem que o critério único do mérito atestado em concurso público – no qual se garante a efetividade do direito à igualdade – fosse regra incontrastável. Entretanto, parece que não há compreensão de que não há República sem repúblicos, nem há igualdade onde o personalismo prospera.

Os princípios estampados no art. 37 da Constituição brasileira de 1988 erigiram ao nível fundamental e de maneira expressa o que se continha na legislação brasileira (de se lembrar, entre outras, a Lei 4.717, de 1965 – lei de ação popular), que rompe a presunção de legitimidade dos atos administrados quando se cuide de nomeação sem concurso público, máxime em se cuidando de parentes. E a legislação eleitoral, que, com fundamento constitucional, vem impedindo, desde a década de 30 de século passado, candidaturas de parentes.

Tudo a demonstrar que os fundamentos constitucionais não permitem o parentesco como fonte ou critério de admissão no serviço público, sequer em cargo dito de confiança, que confiança aí se põe na qualificação do candidato e não na qualidade do nome por ele ostentado.

Nem precisaria haver princípio expresso – quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa – para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana,

contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República.

Do que decorre nítida a competência do Conselho Nacional de Justiça para fiscalizar a efetividade dos princípios constitucionais da administração pública, exatamente nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição da República.

Acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, quanto à legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil, assento a pertinência temática. Aqueles que estão congregados, os agentes públicos, têm interesse em certo balizamento, considerada a administração dos tribunais.

No mais, Presidente, reporto-me ao voto que proferi na ADI 1.521-4, referida quando da apreciação do pedido de concessão de medida acauteladora.

A partir do momento em que a Corte consignou que o ato editado pelo Conselho Nacional de Justiça é um ato normativo abstrato autônomo – isso já está decidido pelo menos neste caso, e deixo para rediscutir a matéria em outro processo –, tendo, portanto, o Conselho a competência legiferante, concluo pela constitucionalidade, sem qualquer acréscimo, sem interpretação conforme.

Adiro à colocação do ministro Menezes Direito, votando pela constitucionalidade da Resolução editada.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, primeiramente gostaria de cumprimentar o eminente Ministro Carlos Britto pelo brilhante voto que deu na sequência do voto que proferiu na cautelar no ano de 2006. Comungo com Sua Excelência no entendimento de que os princípios que estão inseridos no *caput* do art. 37, sobretudo o princípio da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, são autoaplicáveis no que diz respeito à vedação ao nepotismo. Eu farei uma exposição mais verticalizada acerca do tema no voto que proferirei em seguida no RE 579.951.

Entendo também que a edição da Resolução 7, de 2005, insere-se na competência do Conselho Nacional de Justiça. Isso porque o art. 103-B da Constituição, em seu § 4º, inciso I, estabelece, com todas as letras, que:

> § 4º Compete ao Conselho (...)
> I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares (...).

Então, a Resolução 7, de 2005, nada mais fez do que regulamentar, no âmbito no Poder Judiciário, aquilo que se contém nos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

E mais. Em nenhum momento, o Conselho Nacional de Justiça extrapolou a sua competência, ouso dizer, porque, no mesmo § 4º, o inciso II estabelece, com toda a clareza e com todas as letras, que compete, também, a esse órgão:

> II – zelar pela observância do art. 37 (...).

Portanto, ao editar a Resolução 7, nada mais fez o Conselho Nacional de Justiça do que exercer o seu poder regulamentar, expedindo ato apropriado, exatamente dentro de seu âmbito de competência que, dentre outras atribuições, consta essa incumbência de zelar pela estrita observância do que se contém no art. 37.

Portanto, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, também vou acompanhar o voto do Relator.

Quero fazer alusão à bela sustentação feita pelo Professor Barroso, e apenas, dando a César o que é de César, observar que não precisaríamos ter ido à doutrina estrangeira para falar no princípio da juridicidade, porque, já em 1990, num livro da Professora Cármen Lúcia, tudo que foi dito depois a respeito dessa matéria – da extravasão, digamos assim, da legalidade – está lá no primeiro capítulo desse livro.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também acompanho o voto do eminente Relator e peço vênia para fazer incluir no acórdão a declaração de voto que oralmente já tinha proferido no julgamento da liminar, ao qual, creio, nada precisa ser acrescentado.

Estou de acordo com que, para efeito de explicitação, conste a palavra "chefia" em relação ao servidor que é a fonte da incompatibilidade, porque os incisos III e IV do art. 2º da Resolução falam apenas em "servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento". Penso que seria bom constasse "de direção, chefia ou assessoramento".

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Reafirmo**, Senhor Presidente, o teor do voto **que proferi** quando do julgamento, **pelo Plenário** desta Suprema Corte, do pedido de medida cautelar **formulado** na presente sede de fiscalização normativa abstrata.

E, ao reiterar os fundamentos que deram suporte ao meu voto, **desejo expressar** o meu entendimento de que o Conselho Nacional de Justiça **dispõe** de competência constitucional **para formular**, de modo inteiramente legítimo, **a resolução** cuja constitucionalidade se busca confirmar nesta sede de controle normativo abstrato.

Na realidade, a Resolução CNJ 7/2005 **traduz emanação direta** do que prescreve **a própria** Constituição da República, **considerados**, notadamente, para esse efeito, **além da regra de competência** fundada no art. 103-B, § 4º, inciso II, do texto constitucional, **os postulados** da impessoalidade **e** da moralidade **que representam valores essenciais** na conformação das atividades do poder.

Sabemos todos que a atividade estatal, **qualquer** que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada** à observância de parâmetros ético-jurídicos **que se refletem** na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, **que se qualifica** como valor constitucional **impregnado** de substrato ético **e erigido** à condição de vetor fundamental no processo de poder, **condicionando**, de modo estrito, **o exercício**, pelo Estado **e** por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. **Esse postulado**, que rege a atuação do Poder Público, **confere** substância **e dá expressão** a uma pauta de valores éticos, **nos quais** se funda a própria ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, **ao impor limitações** ao exercício do poder estatal, **legitima o controle** de todos os atos do poder público **que transgridam** os valores éticos **que devem pautar** o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, **não importando** em que instância de poder eles se situem.

Na realidade – e especialmente **a partir** da Constituição republicana de 1988 –, a **estrita** observância do postulado da moralidade administrativa **passou a qualificar-se como pressuposto de validade** dos atos que, **fundados** ou não em competência discricionária, **tenham emanado** de autoridade **ou** órgãos do Poder Público, **consoante proclama** autorizado magistério doutrinário (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "**O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa**", 2. ed., 1993, Genesis; ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 284, item 2.3, 3. ed., 1998, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 132/134, 2. ed., 1995, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 412/414, itens 14/16, 4. ed., 1993, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 83/85, 17. ed., 1992, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, "**Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**", p. 116/118, item 2.5, 1991, Atlas, **v.g.**).

Cabe relembrar, neste ponto, Senhor Presidente, **o alto significado** que o princípio da moralidade **assume**, em nosso sistema constitucional, **tal como** esta Suprema Corte **já teve o ensejo** de enfatizar:

> ***O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO – CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.***
>
> *– A atividade estatal, **qualquer** que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada** à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade*

administrativa. Esse postulado fundamental, ***que rege*** *a atuação do Poder Público,* ***confere*** *substância* ***e dá expressão*** *a uma pauta de valores éticos sobre os quais se* ***funda*** *a ordem positiva do Estado.*

O princípio constitucional *da moralidade administrativa,* ***ao impor limitações*** *ao exercício do poder estatal,* ***legitima*** *o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público* ***que transgridam*** *os valores éticos* ***que devem*** *pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...).*

(**RTJ 182/525-526**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

A prática do nepotismo, tal como **corretamente** repelida pela Resolução CNJ 7/2005, **traduz a própria antítese** da pauta de valores cujo substrato constitucional **repousa** no postulado da moralidade administrativa, **que não tolera** – **porque incompatível** com o espírito republicano **e** com a essência da ordem democrática – **o exercício** do poder "*pro domo sua*".

Também não vislumbro, de outro lado, Senhor Presidente, **na linha do que acentuado** pelo eminente Relator, **a ocorrência de qualquer transgressão** ao postulado da separação de Poderes **e** ao princípio federativo, **tal como esta Corte** já acentuara, **quando do julgamento da ADI 3.367/DF**, de que foi Relator o Ministro CEZAR PELUSO, **em decisão que reconheceu** – considerados os lineamentos constitucionais **que definem** a organização do Conselho Nacional de Justiça – **tratar-se** de órgão posicionado **na própria** estrutura institucional do Poder Judiciário, **projetando-se**, em consequência, **como este**, em uma dimensão de caráter nacional, **achando-se investido**, constitucionalmente, de atribuições **que lhe conferem** a prerrogativa de exercer, **mediante** deliberações tópicas, poderes normativos cuja gênese emana, **diretamente**, do próprio texto da Constituição, **permitindo-lhe**, desse modo, **o controle legítimo** da atividade administrativa **e** financeira do Poder Judiciário.

Trata-se, pois, de atribuição cuja legitimidade jurídica **traduz** expressão que deriva, **de modo direto**, do próprio texto da Lei Fundamental **e que encontra**, na Constituição, o seu fundamento de validade **e** de eficácia.

Esta Suprema Corte, Senhor Presidente, **ao manter** a Resolução CNJ 7/2005, **confirmando-lhe** a plena legitimidade **e** integral eficácia, **nada mais** estará fazendo **senão preservar a força normativa** da Constituição da República **resultante** da indiscutível supremacia, formal e material, **de que se revestem** as normas constitucionais, **cuja** integridade, eficácia **e** aplicabilidade, por isso mesmo, **hão de ser valorizadas em face** de sua precedência, de sua autoridade **e** de seu grau hierárquico.

Vale referir, neste ponto, **que a discussão** das questões suscitadas **nesta** sede de fiscalização normativa abstrata **permite**, a esta Suprema Corte, **elaborar** – **como é típico** dos Tribunais Constitucionais – **a construção** de um significado mais amplo em torno do conceito de Constituição, **considerando**, para esse efeito, **não apenas** os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados no documento formal que consubstancia o texto escrito da Carta Política, **mas reconhecendo**, por igualmente relevantes, **em face de sua transcendên-**

cia mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios éticos **e** o próprio espírito que informam e dão sentido e razão à Lei Fundamental do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, **e para além** de uma perspectiva **meramente** reducionista, **veio a proclamar**, distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico, **que a Constituição da República**, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela **formalmente** positivados, **há de ser também entendida** em função do próprio espírito que a anima, **afastando-se**, desse modo, **de uma concepção impregnada** de evidente minimalismo conceitual (**RTJ** 71/289, **292** – **RTJ** 77/657).

Tratando-se de fiscalização normativa abstrata, a questão pertinente **à noção conceitual de parametricidade** – vale dizer, **do atributo** que permite outorgar, à cláusula constitucional, a qualidade de **paradigma de controle** – **desempenha** papel de **fundamental** importância **na admissibilidade**, ou não, da própria ação direta (**ou** da ação declaratória de constitucionalidade, **como na espécie**), **consoante já enfatizado** pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 176/1019-1020**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Isso significa, portanto, **que a ideia de inconstitucionalidade** (**ou** de constitucionalidade), **por encerrar um conceito de relação** (JORGE MIRANDA, "**Manual de Direito Constitucional**", tomo II, p. 273/274, item 69, 2. ed., Coimbra Editora Limitada) – **que supõe**, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de **menor** hierarquia, **com aquele** que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia – **torna essencial**, para esse **específico** efeito, **a identificação do parâmetro de confronto**, que se destina a possibilitar a verificação, "*in abstracto*", da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, **a ser necessariamente cotejada** em face da cláusula invocada como referência paradigmática.

A busca do paradigma de confronto, portanto, **significa**, em última análise, **a procura** de um padrão de cotejo, que, **ainda em regime de vigência temporal**, permita, ao intérprete, **o exame da fidelidade hierárquico-normativa** de determinado ato estatal **contestado** em face da Constituição.

Põe-se em evidência, desse modo, **o elemento conceitual**, que consiste **na determinação da própria ideia** de Constituição **e na definição** das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência.

É por tal motivo que os tratadistas – **consoante observa** Jorge Xifra Heras ("**Curso de Derecho Constitucional**", p. 43) -, **em vez** de formularem um conceito único de Constituição, **costumam referir-se a uma pluralidade** de acepções, **dando ensejo** à elaboração teórica do conceito **de bloco de constitucionalidade** (que atuará como parâmetro constitucional), **cujo significado** – **revestido** de maior **ou** de menor abrangência material – **projeta-se**, tal seja o sentido que se lhe dê, **para além da totalidade** das regras constitucionais **meramente** escritas **e** dos princípios contemplados, explicita **ou** implicitamente, **no corpo normativo** da própria Constituição formal, **chegando**, até mesmo, **a compreender normas de caráter infraconstitucional**, desde que vocacionadas

a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, **viabilizando**, desse modo, **e em função** de perspectivas conceituais **mais amplas**, a concretização da ideia de ordem constitucional global.

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, **pluraliza-se** a noção mesma de **constitucionalidade/inconstitucionalidade**, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – **quer** elastecendo-as, **quer** restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas **conformadoras** do significado **e** do conteúdo material inerentes à Carta Política.

Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, **o magistério** de J. J. Gomes Canotilho ("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 811/812, item 1, 1998, Almedina), **que bem expôs a necessidade** de proceder-se à determinação **do parâmetro de controle** da constitucionalidade, **consideradas as posições doutrinárias** que se digladiam em torno do tema:

> **Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição** (art. 3º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos **devem** estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As **respostas** a este problema oscilam fundamentalmente **entre duas posições**: (**1**) **o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita** ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios **escritos** da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (**2**) **o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global**, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se **não apenas** segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, **mas também** tendo em conta princípios **não escritos** integrantes da ordem constitucional global.
>
> **Na perspectiva (1)**, **o parâmetro da constitucionalidade** (**=normas de referência**, **bloco de constitucionalidade**) **reduz-se** às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; **para a posição (2)**, o parâmetro constitucional **é mais vasto** do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, **devendo alargar-se**, pelo menos, aos princípios reclamados pelo "**espírito**" ou pelos "**valores**" que informam a ordem constitucional global. (**Grifei.**)

Veja-se, pois, **a importância de compreender-se**, com exatidão, **o significado** que emerge **da noção de bloco de constitucionalidade** – tal como este é **concebido** pela teoria constitucional (BERNARDO LEÔNCIO MOURA COELHO, "**O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança**", "*in*" **Revista de Informação Legislativa**123/259-266, **263/264**, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, "**Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales**", tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, "**Jurisdicción y**

Procesos Constitucionales", p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, "**Derecho Constitucional**, **Sistema de Fuentes**", p. 94/95, § 25, 2. ed./2. reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "**El bloque de la constitucionalidad**", p. 95/109, itens I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "**O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução**", p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, "**Contentieux Constitutionnel**", p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, **v.g.**) –, **pois**, dessa percepção, **resultará**, em última análise, **a determinação** do que venha a ser **o paradigma de confronto**, **cuja definição** mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional.

E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, **eis que** a delimitação conceitual **do que representa** o parâmetro de confronto **é que determinará**, em última análise, **a própria noção** do que é constitucional **ou** do que é inconstitucional, **considerada a eficácia subordinante** dos elementos referenciais **que compõem** o bloco de constitucionalidade, **conforme tive o ensejo de assinalar** em decisão proferida nesta Suprema Corte:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA** DA ORDEM CONSTITUCIONAL. **O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO**. **A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/ /INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO**. **A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE**. **POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS** DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. **O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS**. (...).*
>
> *– A **definição** do significado **de bloco de constitucionalidade** – **independentemente** da abrangência material que se lhe reconheça – **reveste-se** de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, **pois** a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica **projeta-se como fator determinante** do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. (...).*
> (**ADI 595/ES**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 258, de 2002.)

Tenho para mim, Senhor Presidente, **consideradas** as razões que venho de expor, **que a Resolução CNJ 7**, de 2005, **prestou** efetiva reverência ao texto da Constituição Federal, **revelando-se fiel** aos grandes princípios **fundados na ética republicana e consagrados na Carta Política do Brasil**.

Não custa rememorar, neste ponto, **tal como pude acentuar**, em voto que proferi no julgamento **da ADI 1.521/RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (**RTJ** 173/424, **439**), **que a concepção republicana de poder** mostra-se absolutamente **incompatível** com qualquer prática governamental **tendente** a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial.

Sabemos que o Estado, no exercício das atividades que lhe são inerentes, **inclusive** na esfera institucional do Poder Judiciário, **não pode ignorar** os

princípios essenciais, que, **derivando da constelação axiológica** que confere substrato ético às ações do Poder Público, **proclamam** que as funções governamentais, **não importa** se no âmbito do Poder Executivo, no âmbito do Poder Legislativo **ou no domínio** do Poder Judiciário, **hão de ser exercidas** com estrita observância dos postulados da igualdade, da impessoalidade **e** da moralidade administrativa.

Esses princípios, erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política – **e aos quais** o Conselho Nacional de Justiça se mostrou extremamente fiel na Resolução ora em exame, **representam** pauta de observância necessária **por parte** dos órgãos estatais, **especialmente** por parte dos órgãos do Poder Judiciário. **Mais do que isso**, Senhor Presidente, **tais postulados** qualificam-se como diretrizes essenciais **que dão substância e significado à repulsa** que busca fazer prevalecer, **no âmbito** do aparelho de Estado, **o sentido real** da ideia republicana, **que não tolera** práticas **e** costumes administrativos **tendentes a confundir** o espaço público **com** a dimensão pessoal do governante, **em claro desvio** de caráter ético-jurídico.

Com o objetivo de proteger valores fundamentais, Senhor Presidente, **tais como se qualificam** aqueles consagrados **nos princípios** da transparência, da igualdade, da moralidade **e** da impessoalidade, **o Conselho Nacional de Justiça**, na Resolução 7/2005, **definiu**, a meu juízo, **de modo compatível** com o sistema constitucional, **normas** destinadas **a obstar** a formação de grupos familiares cuja atuação – **facilitada** pelas nomeações em comissão **ou** por designações para funções de confiança – **acaba**, virtualmente, **por patrimonializar** o poder governamental, **convertendo-o**, em razão de uma **inadmissível** inversão dos postulados republicanos, **em verdadeira** "*res domestica*", **degradando-o**, assim, **à condição subalterna** de instrumento de mera dominação do Estado, **vocacionado**, não a servir ao interesse público **e** ao bem comum, **mas**, antes, a atuar **como incompreensível e inaceitável** meio de satisfazer conveniências pessoais **e** de realizar aspirações particulares.

A teleologia da Resolução CNJ 7/2005 **deriva da necessidade** mesma **de consolidar-se** a ordem democrática em nosso País, **justificando-se**, plenamente, **em face** de seus altos propósitos.

Tenho para mim, analisada a questão sob essa perspectiva, que se impõe fazer **essencial** distinção **entre o espaço público**, de um lado, **e o espaço privado**, de outro, **em ordem a obstar** que os indivíduos, mediante **ilegítima** apropriação, **culminem** por incorporar, **ao âmbito** de seus interesses particulares, **a esfera** de domínio institucional do Estado, **marginalizando**, como consequência desse gesto **de indevida** patrimonialização, **o concurso dos demais cidadãos** na edificação da "*res publica*".

Daí a reflexão doutrinária, impregnada de acentuado componente filosófico, **que examina** o pensamento democrático **à luz** das grandes dicotomias, **como**, por exemplo, **aquela** pertinente **à dualidade** público/privado, **subjacente** à ideia mesma **de que o respeito**, pelos indivíduos, **aos limites que definem** o domínio público de atuação do Estado, **separando-o**, de modo nítido, do espaço

meramente privado, **qualifica-se** como pressuposto necessário ao exercício da cidadania **e** do pluralismo político, **que representam**, enquanto categorias essenciais que são (**pois dão ênfase** à prática da igualdade, do diálogo, da tolerância **e** da liberdade), **alguns dos fundamentos** em que se estrutura, em nosso sistema institucional, o Estado republicano e democrático (**CF**, art. 1º, incisos II e V).

Cabe preservar, desse modo, **as relações** que os **conceitos** de espaço público **e** de espaço privado **guardam** entre si, **para que tais noções não se deformem nem provoquem** a subversão dos fins ético-jurídicos visados pelo legislador constituinte.

A consagração do nepotismo na esfera institucional do poder político **não pode ser tolerada**, sob pena de o processo de governo – **que há de ser** impessoal, transparente **e** fundado em bases éticas – **ser conduzido** a verdadeiro retrocesso histórico, **o que constituirá**, na perspectiva da atualização **e** modernização do aparelho de Estado, **situação de todo inaceitável**.

O fato é um só, Senhor Presidente: **quem tem o poder e a força do Estado**, em suas mãos, **não tem** o direito de exercer, **em seu próprio benefício**, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. **O nepotismo**, além de refletir **um gesto ilegítimo** de dominação **patrimonial** do Estado, **desrespeita os postulados republicanos** da igualdade, da impessoalidade **e** da moralidade administrativa. **E esta Suprema Corte**, Senhor Presidente, **não pode permanecer indiferente a tão graves transgressões** da ordem constitucional.

Por isso mesmo, Senhor Presidente, **e** com estas considerações, **acompanho** o doutíssimo voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO, **eis que considero plenamente legítima**, sob uma perspectiva de índole **estritamente** constitucional, **a Resolução 7/2005**, que o Conselho Nacional de Justiça **editou com o objetivo de banir**, definitivamente, de nossos costumes administrativos, **no âmbito** do Poder Judiciário, **a prática inaceitável do nepotismo**.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também, na linha do voto proferido, manifesto-me no sentido de acompanhar, integralmente, o brilhante voto proferido pelo Ministro Carlos Britto.

Estou fazendo juntar as razões que já constaram do voto proferido na cautelar, superadas as questões preliminares suscitadas. E, no mérito, estou subscrevendo integralmente o judicioso voto de Sua Excelência, inclusive no que concerne à interpretação conforme, tendo em vista a necessidade de que nós não tenhamos aqui qualquer risco, qualquer dúvida, qualquer possibilidade de evasão da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Entendo bem as razões aqui colocadas pelo Ministro Carlos Alberto Direito e, agora, seguidas pelo Ministro Marco Aurélio, mas, diante do esforço

que o Tribunal faz no julgamento desta ação declaratória, o ideal é que não haja descumprimento da decisão.

Por essas razões, também acompanho o voto de Sua Excelência às inteiras.

EXTRATO DA ATA

ADC 12/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Advogados: Luís Roberto Barroso e outros). Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – SINDJUS/DF (Advogados: Rudi Meire Cassel e outro), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Advogados: Fellippe Zeraik e outros), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogados: Maurício Gentil Monteiro e outros e Rafael Barbosa de Castilho), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA (Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outros), Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União – FENAJUFE (Advogados: Pedro Maurício Pita Machado e outros) e Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES (Advogados: Gustavo Alexandre Magalhães e outro).

Decisão: Acolhida questão de ordem proposta pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de fazer constar a rejeição da preliminar de inadequação da ação declaratória de constitucionalidade que suscitou quando do julgamento da cautelar, ocasião em que Sua Excelência restou vencido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação declaratória de constitucionalidade e, por maioria, emprestou interpretação conforme a Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção", constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da Resolução 7, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio. Decisão dotada de efeito vinculante, nos termos da Lei 9.868/1999. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Professor Luís Roberto Barroso; pela *amicus curiae,* Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), o Doutor Alberto Pavie Ribeiro e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 20 de agosto de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 144 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Arguente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB — Arguido: Tribunal Superior Eleitoral — Interessados: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, Partido Progressista – PP e Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE

Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Possibilidade de Ministros do STF, com assento no TSE, participarem do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – Inocorrência de incompatibilidade processual, ainda que o Presidente do TSE haja prestado informações na causa – Reconhecimento da legitimidade ativa *ad causam* da Associação dos Magistrados Brasileiros – Existência, quanto a ela, do vínculo de pertinência temática – Admissibilidade do ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental contra interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental – Existência de controvérsia relevante na espécie, ainda que necessária sua demonstração apenas nas arguições de descumprimento de caráter incidental – observância, ainda, no caso, do postulado da subsidiariedade – Mérito: relação entre processos judiciais, sem que neles haja condenação irrecorrível, e o exercício, pelo cidadão, da capacidade eleitoral passiva – Registro de candidato contra quem foram instaurados procedimentos judiciais, notadamente aqueles de natureza criminal, em cujo âmbito ainda não exista sentença condenatória com trânsito em julgado – Impossibilidade constitucional de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando inocorrente condenação criminal transitada em julgado – Probidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato eletivo, *vita anteacta* e presunção constitucional de inocência – Suspensão de direitos políticos e imprescindibilidade, para esse efeito, do trânsito em julgado da condenação criminal (CF, art. 15, III) – Reação, no ponto, da Constituição democrática de 1988 à ordem autoritária que prevaleceu sob o regime militar – Caráter autocrático da cláusula de inelegibilidade fundada na LC 5/1970 (art. 1º, I, *n*), que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida denúncia por suposta prática de determinados ilícitos penais – Derrogação dessa cláusula pelo próprio regime militar (LC 42/1982), que passou a exigir, para fins de inelegibilidade do candidato, a existência, contra ele, de condenação penal por determinados

delitos – Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da LC 42/1982: necessidade de que se achasse configurado o trânsito em julgado da condenação (RE 99.069/BA, Rel. Min. Oscar Corrêa) – Presunção constitucional de inocência: um direito fundamental que assiste a qualquer pessoa – Evolução histórica e regime jurídico do princípio do estado de inocência – O tratamento dispensado à presunção de inocência pelas declarações internacionais de direitos e liberdades fundamentais, tanto as de caráter regional quanto as de natureza global – O processo penal como domínio mais expressivo de incidência da presunção constitucional de inocência – Eficácia irradiante da presunção de inocência – Possibilidade de extensão desse princípio ao âmbito do processo eleitoral – Hipóteses de inelegibilidade – Enumeração em âmbito constitucional (CF, art. 14, § 4º a § 8º) – Reconhecimento, no entanto, da faculdade de o Congresso Nacional, em sede legal, definir "outros casos de inelegibilidade" – Necessária observância, em tal situação, da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º) – Impossibilidade, contudo, de a lei complementar, mesmo com apoio no § 9º do art. 14 da Constituição, transgredir a presunção constitucional de inocência, que se qualifica como valor fundamental, verdadeiro *cornerstone* em que se estrutura o sistema que a nossa carta política consagra em respeito ao regime das liberdades e em defesa da própria preservação da ordem democrática – Privação da capacidade eleitoral passiva e processos, de natureza civil, por improbidade administrativa – Necessidade, também em tal hipótese, de condenação irrecorrível – Compatibilidade da Lei 8.429/1992 (art. 20, *caput*) com a Constituição Federal (art. 15, V, c/c o art. 37, § 4º) – O significado político e o valor jurídico da exigência da coisa julgada – Releitura, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da Súmula 1/TSE, com o objetivo de inibir o afastamento indiscriminado da cláusula de inelegibilidade fundada na LC 64/1990 (art. 1º, I, *g)* – Nova interpretação que reforça a exigência ético-jurídica de probidade administrativa e de moralidade para o exercício de mandato eletivo – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente, em decisão revestida de efeito vinculante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em acolher a questão de ordem suscitada pelo Ministro Celso de Mello (Relator), no sentido de julgar, desde logo, o mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em consequência do acolhimento

desta questão de ordem, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, proferiu, oralmente, parecer na presente sessão. Em seguida, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Eros Grau, reconheceu a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), rejeitando, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas. No mérito, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, decisão esta dotada de efeito vinculante, segundo a Lei 9.882/1999. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pela arguente, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae*, Partido Progressista (PP), o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho; e pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antonio Dias Toffoli. O Relator comunicou ao Plenário que, em decorrência de pedido, somente nesta data formulado, admitiu a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) como *amicus curiae*.

Brasília, 6 de agosto de 2008 — Celso de Mello, Relator.

VOTO
(Explicação)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Senhor Presidente, há um pedido que me veio às mãos somente agora, formulado pela Associação dos Juízes Federais, requerendo a sua intervenção, nestes autos, como *amicus curiae*.

Nos termos das decisões anteriores, também admito essa entidade de classe, inclusive para efeito de sustentação oral, de tal modo que ela passará a figurar, formalmente, como interessada.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Senhor Presidente, **em questão de ordem**, **proponho**, ao Tribunal, **desde** que todos concordem, **inclusive** a Associação dos Magistrados Brasileiros **e** o Senhor Procurador-Geral da República, **que julguemos**, desde logo, **o mérito** da controvérsia, **encerrando**, assim, **definitivamente**, o debate em torno da matéria suscitada na presente sede processual.

Observo que os órgãos **de que emanou** a LC 64/1990, **tanto quanto** o E. Tribunal Superior Eleitoral, **intervieram**, formalmente, nestes autos, **produzindo** informações **e discutindo** não apenas aspectos **pertinentes** ao provimento cautelar, **mas debatendo**, também, **o próprio** fundo da controvérsia.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **ajuizada** pela Associação dos Magistrados Brasileiros

(AMB), **na qual se postula seja declarada**, pelo Supremo Tribunal Federal, **a não recepção de** "***parte*** *das alíneas 'd', 'e', 'g' e 'h' do inciso I, do art. 1º,* ***e parte*** *do art. 15,* ***todos*** *da LC 64, de 18 de maio de 1990*" (fl. 2 – **Grifei**).

Sustenta-se, ainda, **na presente** sede de controle normativo abstrato, **que** "***Não pode mais*** *a Justiça Eleitoral* ***ficar obstada*** *(****a****)* ***quer diante*** *do entendimento adotado pelo eg. TSE,* ***no sentido de que não seria autoaplicável*** *o § 9º do art. 14 da CF –* ***diga-se e repita-se****, em apertada maioria – (****b****)* ***quer diante*** *da autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da CF* ***em razão de a ECR 4/1994*** *ter revogado parte das exigências contidas nas alíneas 'd', 'e', 'g' e 'h' do inciso I, do art. 1º, e no art. 15,* ***todos*** *da LC 64/1990,* ***quanto*** *ao exercício de sua competência constitucional para promover o exame da vida pregressa dos candidatos*" (fl. 32 – **Grifei**).

Eis as regras legais, que, **constantes** da LC 64/1990, **constituem** objeto **da presente** arguição de descumprimento:

> ***Art. 1º*** *São inelegíveis:*
> ***I*** *– para qualquer cargo:*
> *(...)*
> ***d****) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral,* ***transitada em julgado****, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;*
> ***e****) os que forem condenados criminalmente, com sentença* ***transitada em julgado****, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;*
> *(...)*
> ***g****) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente,* ***salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário****, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;*
> ***h****) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença* ***transitada em julgado****, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;*
> *(...)*
> ***Art. 15. Transitada em julgado*** *a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.*
> (**Grifei.**)

A ora arguente, **embora não impugne** a Súmula 13/TSE, **questiona a interpretação** nela veiculada **e que decorreu** de sucessivas decisões que o E. Tribunal Superior Eleitoral **proferiu** a propósito da aplicabilidade imediata, ou não, **do § 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994.

O E. TSE, **ao formular** o enunciado **constante** da Súmula 13, **proclamou a indispensabilidade** de edição de lei complementar, **para efeito de conferir** aplicabilidade imediata **e** incidência direta **ao § 9º** do art. 14 do texto constitucional, **que assim dispõe**:

> ***Art. 14.***
> *(...)*
> ***§ 9º Lei complementar*** *estabelecerá* ***outros casos*** *de inelegibilidade* ***e*** *os prazos de sua cessação,* ***a fim de proteger*** *a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato,* ***considerada a vida pregressa do candidato****, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*
> (**Grifei.**)

Em decorrência da orientação jurisprudencial **prevalecente** no E. Tribunal Superior Eleitoral, **firmou-se** entendimento, **ora questionado** nesta sede processual, **no sentido de não ser autoaplicável** o conteúdo normativo **do § 9º** do art. 14 da Constituição da República, **na redação** que lhe deu a ECR 4/1994.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, **ao fundamentar** a pretensão jurídica ora em exame, **assim destacou os aspectos essenciais** que dão suporte à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (fls. 16/31):

> ***Não parece curial****, ressalvado o devido respeito,* ***que a lei complementar de inelegibilidade*** *tivesse necessariamente de estabelecer "****os casos****" que poderiam implicar a inelegibilidade do candidato para o exame da "vida pregressa".*
>
> ***Os casos objetivos*** *que levam à inelegibilidade do candidato,* ***sejam*** *os previstos na Constituição Federal,* ***sejam*** *os previstos na Lei Complementar,* ***não podem ser****, necessariamente,* ***os mesmos*** *que haveriam de ser examinados em uma investigação da vida pregressa do candidato.*
>
> ***E não parece correto*** *esse entendimento, d.v.,* ***porque****,* ***nas demais carreiras públicas*** *nas quais o processo de seleção* ***exige*** *o exame da vida pregressa,* ***as leis pertinentes não tratam*** *de estabelecer "os casos",* ***mas apenas*** *a existência da "investigação social"* ***na qual*** *se fará o exame da vida pregressa.* ***É o quanto basta****.*
>
> ***Com efeito****, o exame da vida pregressa* ***não pode*** *contemplar a existência de hipóteses certas,* ***em razão*** *da visão conceitual precisa da lavra do Min. Felix Fischer, porque ela "não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes." (****STJ****, 5ª Turma,* ***RMS n. 22.089/MS****, Min. Felix Fischer, DJ de 13-8-2007.)*
>
> ***Não se mostra exigível****, pois,* ***do legislador complementar****, que ele venha a estabelecer* ***qualquer*** *hipótese* ***ou*** *caso para o fim de ser apurado em investigação social da vida pregressa de candidato político,* ***conquanto*** *possam ser estabelecidas algumas hipóteses, a título exemplificativo.*
>
> *(...)*
>
> ***Não há necessidade****, pois,* ***de que a lei complementar de inelegibilidade*** *disponha sobre hipóteses que haveriam de ser apuradas na investigação da vida pregressa,* ***porque se trata*** *de uma apuração ampla,* ***impossível*** *de ser reduzida a*

*determinada hipótese, **conquanto**, reafirme-se, **possa a lei** vir a estabelecer algumas dessas hipóteses, de forma exemplificativa.*

(...)

***Ora**, se para essas carreiras **exige-se** em respeito ao princípio da legalidade, **apenas** que a lei preveja a existência da investigação social **destinada** a apurar a vida pregressa do candidato, "**a fortiori**", para o caso de candidatos a cargos eletivos, **havendo previsão** no próprio texto constitucional da investigação social **destinada** a apurar a vida pregressa destes, **não se pode admitir o entendimento do eg. TSE**, d.v., **de que a norma do § 9º** do art. 14 da CF **não seria** autoaplicável.*

***Cuida-se** de norma de eficácia plena **e** não de eficácia contida, **porque** o legislador complementar **haverá** apenas de reproduzir no seu texto aquilo que já está contido no texto constitucional, **uma vez que não parece razoável** supor que seria necessário ao legislador complementar vir a definir os casos de inelegibilidade passíveis de serem apurados na investigação social destinada a apurar a vida pregressa do candidato.*

(...)

***Tal entendimento** decorre da aplicação **da própria** Teoria Constitucional, **segundo a qual**, diante da força normativa da Constituição, **uma regra constitucional** apenas pode ser considerada não autoaplicável **quando** não houver nenhum meio de lhe conferir aplicabilidade. **E não é** o que acontece na hipótese.*

***Daí a conclusão imperiosa**, de que, **se** a norma contida **no § 9º** do art. 14 da CF **constitui** norma de eficácia plena, **haverá esse eg. STF de julgar procedente** essa arguição de descumprimento de preceito fundamental **para lhe dar essa interpretação – declarando sua autoaplicabilidade pela Justiça Eleitoral –, de forma a permitir** a observância do preceito fundamental nela contido, **da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato**.*

(...)

***Com efeito, a autoaplicabilidade do § 9º** do art. 14 da CF **pode ser considerada** igualmente **a partir** do momento em que se verifica **que a exigência** prevista na Lei de Inelegibilidades, **pertinente ao trânsito em julgado** de decisões condenatórias dos candidatos, **não foi recepcionada** pelo texto desse dispositivo constitucional, **após a ECR 4/1994**.*

***Sustenta**, nesse quadro **igualmente** relevante, **a AMB que (a) a exigência** do "trânsito em julgado" das decisões mencionadas **nas alíneas "d", "e" e "h" do inciso I, do art. 1º, (b) a ressalva** quando "**a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário**" mencionada **na alínea** "**g**", do inciso I, do art. 1º, (**c**) **bem ainda a exigência** de que tenha "**transitado** em julgado" a decisão mencionada **no art. 15**, **todos** da LC 64/1990, **conflitam diretamente com o texto do § 9º** do art. 14 da CF, **com a redação** dada pela ECR 4/1994, **no ponto** em que estabeleceu que a Lei de Inelegibilidade **teria** a finalidade também "**de proteger** a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato".*

***É que tais exigências**, contidas na Lei Complementar, **estão impedindo a Justiça Eleitoral** de realizar o exame da vida pregressa do candidato, **tal como determinado** na Constituição Federal **a partir da ECR 4/1994**. Senão vejamos o seu texto, **dando-se destaque** para a nova redação:*

> *"**Art. 14**. (...)*
>
> *§ 9º **Lei complementar** estabelecerá outros casos de inelegibilidade **e** os prazos de sua cessação, **a fim de proteger** a probidade administrativa, a*

moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

***Convém reproduzir**, igualmente, **os dispositivos impugnados**, destacando-se em negrito os trechos não recepcionados:*

"***Art. 1º** São inelegíveis:*

***I** – para qualquer cargo:*

(...)

***d**) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, **transitada em julgado**, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;*

***e**) os que forem condenados criminalmente, com sentença **transitada em julgado**, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena; (...)*

***g**) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, **salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário**, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;*

***h**) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença **transitada em julgado**, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;*

***Art. 15**. **Transitada em julgado** a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.*

***Pouco importa**, d.v., **que** o eg. Tribunal Superior Eleitoral **já tenha se pronunciado** sobre o § 9º do art. 14 da CF, **com a redação** dada pela ECR 4/1994, **e concluído pela não autoaplicabilidade**, como se extrai **da Súmula 13**:*

"***Não é autoaplicável** o § 9º, art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão 4/1994.*"

***É que o entendimento do eg. TSE –** no sentido de que a exigência que passou a constar do § 9º do art. 14 da CF, **estaria** a depender de uma alteração do texto da Lei Complementar de Inelegibilidade, **para estabelecer** as hipóteses de inelegibilidade passíveis de ser apuradas no exame da vida pregressa – **não contemplou** a possibilidade de ter ocorrido **a revogação de parte** da Lei Complementar de Inelegibilidade **pelo novo** texto constitucional **proveniente** da ECR 4/1994.*

(...)

Basta ver que em um sistema judiciário como o brasileiro torna-se quase que materialmente impossível, por exemplo, obter-se uma decisão transitada em julgado em representação julgada pela Justiça Eleitoral, para que ela seja eficaz nos três anos seguintes à eleição (hipótese da alínea "d" do inciso I, do art. 1º da LC 64/1990). Senão vejamos:

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, "transitada em julgado", em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;

A exigência do trânsito mostra-se impeditiva para a Justiça Eleitoral reconhecer a inelegibilidade *da maior parte dos candidatos que se encontram na situação ali prevista –* ***com representação*** *julgada procedente pela Justiça Eleitoral em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político –,* ***já que a sanção da inelegibilidade*** *está adstrita para as eleições na qual ele estiver concorrendo* ***ou*** *nas que se realizarem nos 3 anos seguintes.*

(...)

O exame da vida pregressa*, para o fim de recusar o registro do candidato condenado em representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral,* ***somente se mostrará viável*** *se se entender* ***inexigível*** *o trânsito em julgado da decisão condenatória.* ***Fora dessa hipótese*** *a exigência é letra morta.*

Já quanto à exigência de sentença condenatória em processo criminal (hipótese da alínea "e" do inciso I do art. 1º da LC 64/1990), transitada em julgado, mostra-se ela complementar à sanção prevista no inciso III, do art. 15, da CF, que estabelece a sanção muito mais grave, para o período no qual estiver o condenado cumprindo a pena, da sanção da "cassação de direitos políticos" (perda ou suspensão). (...):

(...)

De acordo com essas duas regras, o condenado criminalmente, após o trânsito em julgado, terá seus direitos políticos suspensos durante o cumprimento da pena (decorrente da norma constitucional), e, após o cumprimento dessa pena, ficará inelegível por mais 3 anos (decorrente da norma legal).

Em face do vasto arsenal de recursos e da morosidade natural do processo penal brasileiro*, no qual raramente se verifica a existência de decisões transitadas em julgado,* ***especialmente*** *dos crimes previstos* ***na alínea "e"****, o que se pode depreender é que se trata de regra de inelegibilidade praticamente inócua.* ***Há****, d.v.,* ***uma grande dificuldade*** *de sua aplicação,* ***decorrente*** *do tempo transcorrido no processo penal* ***e****, assim,* ***da possibilidade****, concreta, da ocorrência da prescrição no próprio processo penal, de forma a inviabilizar sua aplicação.*

Impõe-se*, pois,* ***afastar a exigência do trânsito em julgado****,* ***para que a Justiça Eleitoral*** *possa considerar a sentença condenatória em processo criminal,* ***nas hipóteses*** *mencionadas –* ***independentemente*** *do seu trânsito em julgado –* ***como fato passível*** *se ser apurado no exame da vida pregressa do candidato.*

A exigência do trânsito em julgado *na hipótese da alínea "h", do inciso I, do art. 1º da LC 64/1990* ***mostra-se igualmente impeditiva*** *para a Justiça Eleitoral reconhecer a inelegibilidade do candidato que se encontrar na situação ali prevista,* ***já que a sanção da inelegibilidade*** *está adstrita para as eleições que se realizarem nos 3 anos seguintes ao término do mandato ou do período da sua permanência no cargo. Senão vejamos:*

h*) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença* ***transitada*** *em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;*

(...)

***Afastando-se**, porém, **a exigência** do trânsito em julgado, **poderá** a Justiça Eleitoral tomar em consideração a primeira decisão proferida que tenha reconhecido que o candidato se beneficiou ou beneficiou terceiros, por meio de abuso do poder econômico ou político.*

***O exame da vida pregressa**, para o fim de recusar o registro do candidato condenado por abuso do poder econômico ou político, **somente se mostrará possível se se entender inexigível** o trânsito em julgado da decisão condenatória.*

***Outra regra que conflita** com os preceitos fundamentais da probidade administrativa **e** da moralidade para o exercício do cargo **é a contida na alínea "g"**, no ponto em que **ressalva** aqueles candidatos que, tendo tido suas contas rejeitadas por irregularidade insanável ou por decisão irrecorrível do órgão competente (do Poder Legislativo ou do Poder Executivo), **tenham submetido** tais decisões à apreciação do Poder Judiciário. **Senão vejamos**:*

> ***g**) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, **salvo** se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;*
>
> (...)

***Nesse ponto**, por mais que o Tribunal Superior Eleitoral, após inúmeros debates, tenha assentado que não bastaria o ajuizamento da ação, mas sim que seria exigível do candidato a existência de decisão judicial suspendendo ou invalidando a decisão que rejeitara suas contas, está-se diante de uma norma que retira da Justiça Eleitoral a possibilidade de considerar o fato – a decisão que rejeita as contas – para negar o registro.*

***Daí a necessidade de se afastar essa ressalva**, para que a Justiça Eleitoral possa proceder com plenitude ao exame da vida pregressa do candidato, de forma a observar o cumprimento, ou não, dos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo.*

***Por fim**, **mostra-se igualmente conflitante** com os preceitos constitucionais apontados, **a primeira parte do "caput" do art. 15 da Lei de Inelegibilidade**, ao exigir o trânsito em julgado da decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, para ser negado ou cancelado o seu registro. Senão vejamos:*

> ***Art. 15**. "**Transitada em julgado**" a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, seja expedido.*

***Ora**, para que a Justiça Eleitoral pudesse negar o registro **tendo em vista a vida pregressa** do candidato, **bastaria** a verificação da existência de decisão que declarasse a sua inelegibilidade, **independentemente** do trânsito em julgado.*

(...)

***A inconstitucionalidade**, no caso, **decorre do fato de a exigência prevista no art. 15 estar impedindo que a Justiça Eleitoral considere** o fato ali previsto, **antes** do trânsito em julgado, **para o exame** da vida pregressa do candidato.*

***Daí a necessidade de se declarar não recepcionados pelo novo texto do § 9º do art. 14 da CF as exigências contidas nesses artigos e incisos da Lei de Inelegibilidades**, de sorte a permitir que a Justiça Eleitoral **possa considerar** os fatos previstos nesses artigos e incisos – independentemente de trânsito em julgado, de decisão definitiva ou de submissão da decisão ao poder judiciário – no*

exame da vida pregressa dos candidatos, visando ao deferimento ou indeferimento do registro.
(**Grifei.**)

Em consequência das razões **que dão suporte** ao seu entendimento, a Associação dos Magistrados Brasileiros **deduz** postulação, **cujo conteúdo** foi por ela assim definido (fls. 33/34):

***94**. (...) **requer** a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB se digne esse eg. Supremo Tribunal Federal julgar essa ação procedente, para determinar a todos os juízos eleitorais, de qualquer instância, que observem a autoaplicabilidade da norma do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR 4/1994, bem ainda a ocorrência da revogação das condições a seguir mencionadas, de forma a viabilizar exame da vida pregressa dos candidatos a cargos eletivos:*

(a) a exigência do "trânsito em julgado" das decisões mencionadas nas alíneas "d", "e" e "h" do inciso I, do art. 1º,

(b) a ressalva quando "a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário" mencionada na alínea "g", do inciso I, do art. 1º,

(c) bem ainda a exigência de que tenha sido "transitada em julgado" a decisão mencionada no art. 15, todos da Lei Complementar 64/1990,

***95**. Requer ainda a AMB – para evitar que a pretensão de impedir a ocorrência de um determinado dano (observância dos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo) acabe por acarretar a ocorrência de um outro mais grave (impedir as candidaturas diante de qualquer decisão não transitada em julgado) – que essa eg. Corte, nos termos do art. 10 da Lei 9.882/1999, fixe como condição e como modo de interpretação dos preceitos fundamentais, que caberá à Justiça Eleitoral sopesar a gravidade das condutas apontadas na lei complementar, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato.*
(**Grifei.**)

O Senhor Presidente da República, **nas informações que prestou** a esta Suprema Corte, **suscitou** duas **questões preliminares** pertinentes ao **não conhecimento** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental: **a primeira**, referente à "*Não comprovação da Existência de Relevante Controvérsia sobre o texto do art. 14, § 9º, da Constituição Federal*" (fl. 292), **e a segunda**, relativa à "*Ausência de Prova da Violação do Preceito Fundamental*" (fl. 295).

O chefe do Poder Executivo da União, de outro lado, **defendeu** a plena validade da LC 64/1990, **no que se refere** aos preceitos normativos dela constantes e ora impugnados, **sustentando**, ainda, **a correção** da interpretação dada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **no sentido** de que a regra inscrita **no § 9º** do art. 14 da Constituição da República **não se qualifica** como norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral (fls. 297/300).

A Câmara dos Deputados, por sua vez, **ao prestar as informações** que lhe foram solicitadas, (fls. 304/306), **absteve-se de discutir** a questão concernente à autoaplicabilidade, ou não, do que se contém **no § 9º** do art. 14 da

Constituição, **sob a alegação** de que não lhe cabe examinar a interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral tem dado a referido preceito normativo.

O Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, de outro lado, sem se estender na análise das relevantes questões suscitadas na presente sede processual, **limitou-se a dizer** que a LC 64/1990 "*foi aprovada nesta Casa Legislativa seguindo todos os trâmites constitucionais e regimentais atinentes à espécie*" (fl. 305).

O eminente Senhor Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, Ministro CARLOS BRITTO, **prestou** substanciosas informações sobre a matéria ora em exame (fls. 308/325), **reconhecendo a admissibilidade** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **inclusive** no que se refere à observância da cláusula da subsidiariedade (fl. 311):

> *É que a inexistência de outro mecanismo de controle concentrado apto à impugnação de direito pré-constitucional e de interpretação jurisprudencial, associado à proximidade do pleito eleitoral e ao exíguo prazo para análise, pela magistratura eleitoral, dos pedidos de registro de candidatos (prazo que termina em 16-8-2008), abonam a tese de ser a ADPF o único instrumento capaz de viabilizar uma pronta solução para a controvérsia "sub judice"; qual seja: pode a vida pregressa de um candidato ser aferida pela magistratura eleitoral, quando da apreciação dos pedidos de inscrição de candidatura? Ou, em palavras outras: pode um Tribunal Regional Eleitoral negar registro de candidatura a cargo político-eletivo, sob o fundamento de estar o candidato a responder por um número tal de processos criminais que, de parelha com certos fatos públicos e notórios, caracteriza toda uma crônica de vida moralmente sinuosa, ao invés de retilínea? Todo um histórico de condutas profissionais, políticas e sociais de permanente submissão a questionamentos éticos e jurídicos? Um modo pessoal de ser e de agir aferrado à sempre condenável ideia de que "os fins justificam os meios"?*

Expuseram-se, nessas informações, **quanto** à orientação que o E. Tribunal Superior Eleitoral **tem mantido** no tema, **as seguintes observações** (fls. 312/313):

> *7. Bem vistas as coisas, o que me cabe acentuar, na condição de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (cujos precedentes são colocados em "xeque") é que esta nossa Corte firmou jurisprudência (jurisprudência sumulada, diga-se de passagem – Súmula 13/TSE) no sentido de que a norma inscrita no § 9° do art. 14 da CF não possui autoaplicabilidade, de sorte que a vida pregressa do candidato só poderá ser considerada pela Justiça Eleitoral se e quando lei complementar vier a estabelecer nova hipótese de inelegibilidade.*
>
> *8. Essa orientação, consolidada em enunciado sumular há quase 12 anos (Súmula 13/TSE, de 30-10-1996), tem-se mantido inalterada, muito embora entendimento contrário haja sido sustentado mais recentemente por três dos setes Ministros integrantes da Corte e por numerosas Cortes Regionais Eleitorais.*
>
> *9. Ora bem, o posicionamento firmado pelo TSE assenta-se, de um lado, na ideia de que o § 9º do art. 14 da CF estabelece verdadeira "reserva de lei complementar", de sorte que os valores ali homenageados ("probidade administrativa", "moralidade para o exercício do mandato", "normalidade e legitimidade das eleições") somente poderiam ser concretamente protegidos quando da intervenção*

normativa do legislador infraconstitucional, pelo que o dispositivo em questão seria de "eficácia limitada". Além disso, a posição deste Tribunal Superior Eleitoral também tem levado em consideração o princípio da não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF), a estabelecer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para melhor compreensão do posicionamento desta nossa Corte, farei juntar a estas informações cópia de dois recentes acórdãos, ilustrativos dos debates então encentados, proferidos nos julgamentos do Recurso Ordinário 1.069-RJ ("caso Eurico Miranda") e da Consulta 1.261-PB.

Assinalo, ainda, que o eminente Senhor Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral **ressalvou a sua posição pessoal** em torno do tema em debate, **enfatizando**, segundo o seu entendimento, que "*a exigência de uma honrada vida pessoal pregressa*" **qualifica-se** "*como inafastável condição de elegibilidade*", **assim concluindo** as informações que prestou (fl. 324):

"*Foi, portanto, com apoio em tais razões que sustentei, em mais de uma oportunidade, que compete à Justiça Eleitoral o poder de apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo político-eletivo, na perspectiva da vida moral pregressa do pré-candidato. Competência que por certo inspirou o legislador ordinário a embutir nas condições de registro de candidatura a cargo eletivo a juntada de "certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral" (inciso VI do art. 11 da Lei 9.504/1997). Cabendo aos órgãos desse ramo do Poder Judiciário, também por certo, dizer se em face da natureza e da quantidade de eventuais processos criminais contra o requerente, aliadamente a outros desabonadores fatos públicos e notórios, fica suficientemente revelada uma "vida pregressa" incompatível com a dignidade do cargo em disputa. Sem que isto signifique, obviamente, recusar ao Congresso Nacional a força de disciplinar a matéria, querendo, mediante lei genérica, impessoal e abstrata. Como também sem deixar de reconhecer a necessidade de se fixar, imediatamente, via resolução deste Tribunal Superior Eleitoral, critérios da maior objetividade possível quanto à avaliação daquela vida moral pregressa. Critérios que levem em conta, por hipótese, o número de processos judiciais a que responda o pretenso candidato. Ou a distinção entre ações de improbidade administrativa e processos criminais. Também assim, a circunstância de já haver condenação em primeira ou em segunda instância, ainda que pendente de recurso. Enfim, a concomitância desse ou daquele passivo processual com toda uma ambiência social de notória má-fama do pré-candidato nos domínios da ética.*"

O eminente Senhor Presidente do Senado Federal **também** encaminhou, **no encerramento** do expediente judiciário de ontem (5-8-2008), as suas informações (fls. 512/519), **nas quais**, **depois de suscitar 2 (duas) questões preliminares** ("***inadmissibilidade*** *de impugnação de Súmula*" **e** "***ausência*** *de impugnação a todo o conteúdo normativo*" veiculado na LC 64/1990), **pronunciou-se**, quanto ao mérito, **pela improcedência** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O eminente Senhor Procurador-Geral da República, **em douto parecer** pronunciado nesta sessão plenária, **reconheceu a admissibilidade** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental **e a legitimação ativa** da

Associação dos Magistrados Brasileiros, **manifestando-se pela procedência** dos pedidos.

Registro, finalmente, **que admiti** (fls. 496, 498 **e** 558), como "*amici curiae*", a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) (fls. 468/470), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) (fls. 488/493), o Partido Progressista (PP) (fls. 501/509) **e**, nesta sessão, a Associação dos Juízes Federais (AJUFE), **observando** que as três entidades de classe **manifestam-se pela procedência** da arguição de descumprimento, **enquanto** a agremiação partidária **pronuncia-se** pelo "*indeferimento do pleito propugnado na presente ADPF*".

Este é o relatório, de que se extrairá cópia **a ser encaminhada** a todos os eminentes Senhores Ministros deste Tribunal (**Lei 9.882/1999**, art. 7º, "*caput*").

VOTO
(Sobre a existência, ou não, de incompatibilidade processual de Ministros do STF com assento no TSE)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **A Associação dos Magistrados Brasileiros** (AMB), **além de questionar** determinadas regras **inscritas** na LC 64/1990, **também** impugna, **na presente** arguição de descumprimento de preceito fundamental, **a** "***interpretação judicial dada pelo TSE*** *ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR 4/1994*" (fl. 7 – **Grifei**).

O E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao proceder** à interpretação do preceito constitucional em questão, **culminou por formular** o enunciado constante da Súmula 13/TSE, que tem o seguinte conteúdo: "*Não é autoaplicável o § 9º, art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão 4/1994*".

Essa alta corte eleitoral, por sua vez, **também apreciou** o tema ora proposto **na presente** sede processual, **fazendo-o** no julgamento **do Recurso Ordinário 1.069/RJ**, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO (caso Eurico Miranda), **do Recurso Especial Eleitoral 26.437/RO**, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO, **do Agravo Regimental no Recurso contra Expedição de Diploma 667/CE**, Rel. Min. GERARDO GROSSI **e**, mais recentemente, **na resposta à Consulta 1.621/PB**, Rel. Min. ARI PARGENDLER.

Registro que intervieram, no TSE, **no julgamento dos recursos eleitorais** mencionados, **os eminentes** Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO e CARLOS AYRES BRITTO, **além** dos ilustres Ministros CARLOS AYRES BRITTO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU, **que participaram** na formulação da resposta à referida consulta eleitoral.

Cabe verificar, desse modo, **se** os 05 (cinco) eminentes Ministros **desta** Suprema Corte (**Ministros** Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa **e** Eros Grau) – que, **na condição** de membros integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, **proferiram** as decisões **e** a resposta à consulta eleitoral, **de que resultou** a interpretação ora questionada – **dispõem**, ou não, **de**

condições jurídico-legais para participar do julgamento **da presente** arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Essa **mesma** indagação **também** pode ser formulada **em face** do eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, **considerado** o fato de que **prestou** informações, nesta causa, **na condição** de Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, cujas interpretações **estão sendo impugnadas** pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Tenho para mim **que inexiste**, em relação aos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO, CARLOS AYRES BRITTO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU, **qualquer** situação de incompatibilidade **que os impeça**, salvo razões de foro íntimo, **de exercer** as suas funções jurisdicionais no exame **da presente** arguição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que é prevalecente**, no Supremo Tribunal Federal, **o entendimento jurisprudencial quanto à inaplicabilidade**, ao processo de controle normativo abstrato, **dos institutos** do impedimento **e** da suspeição.

Com efeito, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **diversos** precedentes, **firmou orientação** no sentido de **que o Presidente** do Tribunal Superior Eleitoral, **embora prestando informações** no processo, **e os membros** desta Corte **integrantes** do Tribunal Superior Eleitoral, **que intervieram** nos processos de que resultou a deliberação impugnada **ou que subscreveram** resoluções no âmbito do próprio TSE **não estão impedidos de participar** de julgamento de processos de fiscalização abstrata **nos quais** seja debatida a constitucionalidade, "*in abstracto*", de decisões **emanadas** daquela Egrégia Corte Eleitoral.

Esse entendimento – **de que não se registra**, em tal situação, **qualquer** hipótese de incompatibilidade dos Ministros **desta** Suprema Corte **que integram** o Tribunal Superior Eleitoral – **veio a ser reafirmado**, por esta Suprema Corte, **na ADI 2.243/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **na ADI 2.626/DF**, Rel. p/ o ac. Min. ELLEN GRACIE, **na ADI 2.628/DF**, Rel. p/ o ac. Min. ELLEN GRACIE, **e na ADI 3.345/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

> *(...) **FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DE ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL.***
>
> *– O **Presidente** do Tribunal Superior Eleitoral, **embora prestando informações** no processo, **não está impedido** de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, "in abstracto", de atos **ou** de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. **Também não incidem** nessa situação de incompatibilidade processual, **considerado o perfil objetivo** que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal **que hajam participado**, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação **e** edição, **por este**, de atos ou resoluções **que tenham sido contes-***

***tados**, quanto à sua validade jurídica, **em sede** de fiscalização **concentrada** de constitucionalidade, **instaurada** perante a Suprema Corte. **Precedentes do STF**.*

*– Os **institutos** do impedimento **e** da suspeição **restringem-se** ao plano exclusivo **dos processos subjetivos** (em cujo âmbito discutem-se situações individuais **e** interesses concretos), **não se estendendo nem se aplicando**, em consequência, ao processo de fiscalização **concentrada** de constitucionalidade, **que se define** como típico processo **de caráter objetivo** destinado a viabilizar o julgamento, **em tese**, não de uma situação concreta, **mas** da validade jurídico-constitucional, **a ser apreciada em abstrato**, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. (...).*

(**ADI 2.321/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Não ignoro, Senhor Presidente, **que é diverso**, no plano do direito comparado, o tratamento normativo **que outros** sistemas jurídicos **dispensam ao tema** da incompatibilidade (**impedimento/suspeição**) **em sede** de controle normativo abstrato.

O ordenamento positivo **de vários** países **que possuem** Tribunais Constitucionais **autoriza** a aplicação **do regime de impedimentos/suspeições** aos juízes que compõem tais Cortes, **mesmo quando se trate** de processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **como sucede**, por exemplo, **na Espanha** (Lei Orgânica 2/1979, art. 10, "**h**"), **na Colômbia** (Decreto 2.067/1991, arts. 26 **a** 30, **c/c** o Regimento Interno da Corte Constitucional, art. 79), **na Itália** (Regimento Geral da Corte Constitucional, art. 14), **em Portugal** (Lei 28/1982, art. 29, n. 1), **na República Federal da Alemanha** (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, arts. 18 e 19), **no Chile** (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 19), **na Turquia** (Lei 2.949/1983, art. 46) **e no Peru** (Lei 28.301/2004, art. 5º), **dentre outros**.

Não é por outra razão que GUSTAVO BINENBOJM ("**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**", p. 146/147, item n. V.1, 2001, Renovar), **ao examinar** o novo estatuto da jurisdição constitucional brasileira **consubstanciado** nas Leis 9.868/1999 **e** 9.882/1999, **assinala a inconveniência de se proceder** a uma "*restrição apriorística à possibilidade de arguição do impedimento ou suspeição dos juízes do Supremo Tribunal em sede de fiscalização abstrata (...)*", **preconizando** que a legislação **permita** a arguição de suspeição **e/ou** impedimento dos julgadores desta Corte **no âmbito** do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Não obstante razoável tal ponderação, **cabe reconhecer**, no entanto, **que ela encerra** solução "*de lege ferenda*", **a ser considerada**, desse modo, pelo legislador, **pois**, como já acentuado, **a jurisprudência** desta Corte **não admite** a aplicabilidade, aos juízes do Supremo Tribunal, **do regime** das suspeições **e/ou** impedimentos, **com ressalva** da situação examinada **na ADI 55/DF**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI (**RTJ** 146/3), **quando assim se definiu** a questão ora em exame:

*(...) **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária (...), preliminarmente, **conhecendo da Questão de Ordem** que lhe foi submetida pelo Sr. Ministro-Presidente, **o Tribunal decidiu**, por unanimidade, que, **nos julgamentos** das ações diretas de inconstitucionalidade, **não está impedido o Ministro***

*que, **na condição** de Ministro de Estado, **haja referendado** a lei ou o ato normativo objeto da ação. **Também**, por unanimidade, **o Tribunal decidiu que está impedido**, nas ações diretas de inconstitucionalidade, **o Ministro** que, **na condição** de Procurador-Geral da República, **haja recusado** representação **para ajuizar** ação direta de inconstitucionalidade.*
(**Grifei.**)

A diretriz jurisprudencial ora referida – **que reconhece não se aplicar**, em regra, **ao processo** de controle normativo abstrato de constitucionalidade, **qualquer** das hipóteses legais de incompatibilidade previstas **no art. 134** (impedimento) **e no art. 135** (suspeição), **ambos** do CPC – **encontra fundamento** na circunstância de que os institutos do impedimento **e** da suspeição **restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos** (em cujo âmbito discutem-se situações individuais **e** interesses concretos), **não se estendendo nem se aplicando**, em consequência, ao processo de fiscalização abstrata, **que se define como típico processo de caráter objetivo**, destinado a viabilizar "*o julgamento, **não de uma relação jurídica concreta**, mas de validade de lei em tese (...)*" (**RTJ 95/999**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**).

Vale referir, neste ponto, **expressiva** passagem constante do voto que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **como Relator da ADI 2.243/DF**, proferiu **a propósito** da questão ora em exame:

"*(...) o **processo** tem peculiaridades, **entre** as quais constatamos **a ausência** de envolvimento **de interesse subjetivo**. **Esse fato**, a meu ver, **conduz à conclusão** de que o **Presidente** do Tribunal Superior Eleitoral, **que praticou** o ato impugnado **e que veio** a prestar informações, **não está impedido** de participar do julgamento.*"
(**Grifei.**)

A importância de qualificar-se o controle normativo abstrato de constitucionalidade **como processo objetivo** – vocacionado, **exclusivamente**, à defesa, **em tese**, da "*harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito à Constituição*" (CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 327, 11. ed., 1989, Saraiva) –, **além de refletir entendimento** exposto em autorizado magistério (CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 141/145, item n. 3.2.2, 2. ed., 2000, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, "**Ação Declaratória de Constitucionalidade**", p. 106, 2. ed., 1995, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, "**Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos**", p. 250, 1990, Saraiva), **encontra apoio na própria jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, que, **por mais de uma vez**, já enfatizou a **objetividade** desse instrumento de proteção "*in abstracto*" da ordem constitucional (**RTJ 113/22**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RTJ 131/1001**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 136/467**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 164/506-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Isso significa – uma vez admitido **o perfil objetivo** que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade (GILMAR FERREIRA MENDES,

"**Jurisdição Constitucional**", p. 129/130, 2. ed., 1998, Saraiva) – que, **em princípio**, não se deve reconhecer, **como pauta usual de comportamento hermenêutico**, a possibilidade de aplicação **sistemática**, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, **especialmente** daquelas regras meramente legais que disciplinam e definem as hipóteses de **impedimento e de suspeição**, regras essas que se revelam ordinariamente **inaplicáveis** ao processo de ação direta de inconstitucionalidade, **como tem enfatizado o Plenário** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 146/3-7**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ 147/719 e 750/752**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

Não custa rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, que, **mesmo tratando-se** de processos **de índole subjetiva instaurados em matéria eleitoral**, em cujo âmbito se veiculam litígios de caráter individual e concreto, **ainda assim não se caracteriza** hipótese de impedimento, **quando** se cuidar de causas, que, **oriundas** do Tribunal Superior Eleitoral, **devam** ser julgadas **por esta** Suprema Corte, **incidindo**, no tema, a norma consubstanciada **no parágrafo único** do art. 277 do RISTF, **que assim dispõe**:

> ***Não estão impedidos*** *os Ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral,* ***tenham funcionado*** *no mesmo processo* ***ou*** *no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição.*
> (**Grifei.**)

Essa **mesma** orientação **acha-se consagrada** no enunciado constante **da Súmula 72/STF**, que possui a seguinte formulação:

> ***No julgamento*** *de questão constitucional,* ***vinculada*** *a decisão do Tribunal Superior Eleitoral,* ***não estão impedidos*** *os Ministros do Supremo Tribunal Federal* ***que ali tenham funcionado*** *no mesmo processo,* ***ou*** *no processo originário.*
> (**Grifei.**)

Sendo assim, **tendo em vista** as razões expostas – **e considerando que sequer se discutem** situações individuais **nem** interesses concretos **no âmbito** do controle normativo abstrato (**RTJ 164/505-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 170/801-802**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, **torna-se juridicamente lícita a possibilidade de atuação**, no julgamento **da presente** causa, dos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO, CARLOS BRITTO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU, **não obstante tenham participado**, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, **de julgamentos** onde se firmou a orientação questionada **nesta** sede processual.

Reconheço, portanto, **considerados** os precedentes referidos, **que os Ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram**, **no Tribunal Superior Eleitoral**, de julgamentos sobre a matéria em causa **não incidem** em qualquer situação de incompatibilidade processual.

É o meu voto.

VOTO
(Sobre preliminares de não conhecimento)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Reconheço**, preliminarmente, **a legitimidade ativa** "*ad causam*" da entidade de classe ora arguente, **considerado** o que estabelece o art. 2º, I, da Lei 9.882/1999, **c/c** o art. 103, IX, da Constituição Federal.

Com efeito, esta Suprema Corte já reconheceu que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) **dispõe** de qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (**RTJ** 161/3 – **RTJ** 199/427-429).

Cabe registrar, ainda, que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) **satisfaz**, plenamente, **a exigência jurisprudencial** concernente à pertinência temática, **consideradas**, de um lado, **as finalidades institucionais** dessa entidade de classe de âmbito nacional **e**, de outro, **o próprio conteúdo material** da postulação por ela deduzida.

É importante rememorar, neste ponto, **que o requisito** da pertinência temática – **que se traduz** na relação de congruência que necessariamente deve existir **entre** os objetivos estatutários **ou** as finalidades institucionais da entidade autora **e** o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – **foi erigido** à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa "*ad causam*" **para efeito de instauração** da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ora arguente, ao sustentar a existência, no caso, dessa relação de pertinência temática, **assim fundamentou** as razões de seu entendimento (fls. 12/13):

> ***24***. ***É que a AMB*** *representa, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros,* ***sendo indiscutível a legitimidade*** *para propor a presente ação,* ***ainda mais em hipótese na qual também é clara a pertinência temática*** *entre o objeto da ação* ***e*** *os fins sociais da associação autora,* ***na medida*** *em que,* ***dentre*** *os seus objetivos institucionais,* ***está contido*** *o da defesa de medidas que assegurem a efetividade da jurisdição (art. 2º, inciso VI, do seu Estatuto Social).*
>
> ***25***. ***No caso***, *é eloquente a defesa de medida que visa a assegurar a efetividade da jurisdição,* ***tanto assim*** *que a última decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral se deu em sede de Consulta formulada pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, que "questionava sobre a possibilidade de se incluir na Resolução 22.717 do TSE, que estabelece condições para concessão de registro de candidaturas, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que deem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais em que pretensos candidatos sejam réus" (doc. 6).*
>
> *(...)*
>
> ***27***. ***Ademais***, *a jurisprudência desse eg. STF* ***é firme no sentido*** *de admitir a legitimidade* ***da AMB*** *para realizar a defesa* ***não somente*** *dos interesses corporativos dos seus associados,* ***mas também para tutelar*** *os interesses difusos* ***relacionados*** *ao regular funcionamento do Poder Judiciário,* ***como se observa*** *pela seguinte ementa (****STF****,* ***Pleno****,* ***ADI 1.303-MC****, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1-9-2000):*

*"EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA 062/95-TRT/SC: PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB); LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, 'AD REFERENDUM' DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V, do RISTF). **1**. **Preliminar**: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade **da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)**, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo (**ADI 1.127-8**). (...)."*

***28. No caso concreto**, os pontos da Lei de Inelegibilidade ora impugnados **e** a interpretação dada pelo TSE do § 9º do art. 14 da CF, **estão impedindo a Justiça Eleitoral** – e, portanto, os juízes eleitorais de qualquer instância – **de exercer a competência** que lhes foi atribuída no § 9º do art. 14 da CF, **qual seja**, o de realizar o exame da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos, **fato esse que justifica** a defesa de medida que assegure a efetividade da jurisdição, com o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário.*

(**Grifei.**)

Impõe-se destacar, neste ponto, que esse entendimento **traduz** orientação jurisprudencial **que prevalece** nesta Suprema Corte, **cuja diretriz**, na matéria, **tem acentuado** que a legitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), **em sede** de controle normativo abstrato, **decorre não apenas** do encargo corporativo de discutir matérias pertinentes à carreira judiciária, **mas**, sobretudo, do dever estatutário de velar pela preservação dos altos interesses institucionais do Poder Judiciário, **como já se decidiu**, **p. ex.**, **na ADI 1.127/DF**, Rel. Min. PAULO BROSSARD.

Não foi por outra razão que o E. **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** questão preliminar **idêntica** à ora suscitada, **proferiu**, a propósito do tema, **decisão** consubstanciada em acórdão assim ementado:

***Esta Corte** já sedimentou, **em sede** de controle normativo abstrato, o entendimento **da pertinência temática** relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (**AMB**), **admitindo** que sua atividade associativa nacional **busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário**, **não se limitando** a matérias de interesse corporativo (...).*

(**RTJ 174/743**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei.**)

Vê-se, daí, que a entidade de classe de âmbito nacional em questão **dispõe** de qualidade para fazer instaurar **este** processo objetivo **e**, em consequência, **para arguir** o descumprimento de preceito fundamental.

Cumpre verificar, agora, **se se revela cabível**, ou não, **na espécie**, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **em face** do que prescreve o art. 4º, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999, **que assim dispõe**:

Não será admitida *arguição de descumprimento de preceito fundamental* ***quando houver*** *qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*
(**Grifei.**)

O diploma legislativo em questão – **tal como tem sido reconhecido** por esta Suprema Corte (**RTJ** 189/395-397, **v.g.**) – **consagra o princípio da subsidiariedade**, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **condicionando** o ajuizamento **dessa especial** ação de índole constitucional **à ausência** de qualquer **outro** meio processual **apto** a sanar, **de modo eficaz**, a situação de lesividade indicada pelo autor:

> *– **O ajuizamento** da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental **rege-se pelo princípio da subsidiariedade** (Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º), **a significar** que **não será** ela admitida, **sempre** que houver **qualquer** outro meio juridicamente **idôneo** apto a sanar, **com efetividade real**, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. **Precedentes**: **ADPF 3/CE**, **ADPF 12/DF e ADPF 13/SP**.*
>
> ***A mera possibilidade** de utilização **de outros meios** processuais, contudo, **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir – **impedindo**, desse modo, o acesso **imediato** à arguição de descumprimento de preceito fundamental – **revela-se essencial** que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** capazes de neutralizar, **de maneira eficaz**, a situação de lesividade que se busca **obstar** com o ajuizamento desse "**writ**" constitucional.*
>
> *– **A norma** inscrita no art. 4º, § 1º da Lei 9.882/1999 – **que consagra** o postulado da subsidiariedade – **estabeleceu**, validamente, **sem** qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto **negativo** de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **pois condicionou**, legitimamente, **o ajuizamento dessa especial** ação de índole constitucional, **à observância** de um **inafastável** requisito de procedibilidade, **consistente na ausência** de qualquer **outro** meio processual **revestido** de aptidão para fazer cessar, **prontamente**, a situação de lesividade (**ou** de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.*
> (**RTJ 184/373-374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

O exame do precedente que venho de referir (**RTJ 184/373-374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **revela** que o princípio da subsidiariedade **não pode – nem deve** – ser invocado **para impedir** o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, **a realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais **e** de preceitos fundamentais **contemplados** no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, **a indevida aplicação** do princípio da subsidiariedade **poderia afetar** a utilização dessa **relevantíssima** ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, **a inaceitável frustração** do sistema de proteção, **instituído** na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, **com grave comprometimento** da própria **efetividade** da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita **no art. 4º**, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999, **em ordem a permitir** que a utilização dessa **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir **ou** reparar lesão a preceito fundamental **causada** por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte **vem entendendo que a invocação** do princípio da subsidiariedade, **para não conflitar** com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, **supõe a impossibilidade** de utilização, em cada caso, **dos demais** instrumentos de controle normativo abstrato:

> *(...) **6. Cabimento** de arguição de descumprimento de preceito fundamental **para solver** controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **inclusive anterior** à Constituição (norma **pré**-constitucional) (...). **9. ADPF configura** modalidade de integração **entre** os modelos de perfil difuso **e** concentrado no Supremo Tribunal Federal. **10**. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, **porque o que se postula nessa ação** é a declaração de ilegitimidade **ou** de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). **13. Princípio da subsidiariedade** (art. 4º, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999): **inexistência** de outro meio eficaz de sanar a lesão, **compreendido** no contexto da ordem constitucional global, **como aquele apto** a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. **14. A existência** de processos ordinários **e** recursos extraordinários **não deve excluir**, "a priori", **a utilização** da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **em virtude** da feição **marcadamente objetiva** dessa ação (...).*
> (**ADPF 33/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Grifei.**)

A pretensão ora deduzida **nesta** sede processual, **que tem por objeto** preceitos normativos **que antecederam** a promulgação da ECR 4/1994, **exatamente** por se revelar **insuscetível** de conhecimento **em sede** de ação direta de inconstitucionalidade (**RTJ 145/339**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 169/763**, Rel. Min. PAULO BROSSARD – **ADI 129/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **não encontra** obstáculo na regra inscrita no art. 4º, **§ 1º**, da Lei 9.882/1999, **o que permite** – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – **a instauração** deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Cabe registrar, ainda, por oportuno, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **recente** julgamento (**ADPF 130-MC/DF**, Rel. Min. CARLOS BRITTO), **admitiu** a possibilidade de ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental contra diploma normativo **pré-constitucional**.

Reconheço admissível, pois, **sob a perspectiva** do postulado da subsidiariedade, **a utilização** do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É importante delimitar, neste ponto, **o âmbito temático** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **que impugna** – **além da** "***interpretação judicial*** *dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR 4/1994*" (fl. 7 – **Grifei**) – **também** a LC 64/1990,

especificamente no ponto em que esta exige, **para efeito** de reconhecimento de inelegibilidade, **trânsito em julgado** para determinadas decisões (art. 1º, inciso I, alíneas "**d**", "**e**" e "**h**", **e** art. 15), **ou**, então, **que acolhe** ressalva alegadamente **descaracterizadora** da situação de inelegibilidade **a que se refere** o art. 1º, inciso I, alínea "**g**", dessa **mesma** LC 64/1990 ("***salvo*** *se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário*").

A Associação dos Magistrados Brasileiros **assim justificou o cabimento**, na espécie, **da presente** arguição de descumprimento, **ajuizada** com o objetivo de impugnar **tanto a interpretação** que o Tribunal Superior Eleitoral **deu**, em **diversos** julgados (**dos quais derivou** a formulação da Súmula 13/TSE), **ao § 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994 (**exegese** no sentido **da não** autoaplicabilidade desse preceito constitucional, **porque essencialmente dependente** da edição de lei complementar), **quanto à recepção**, pela nova ordem normativa **resultante** da ECR 4/1994, **de determinados** textos constantes da Lei de Inelegibilidade, **que é a LC 64/1990** (fl. 4/2007):

> *(...)* ***Entende a AMB que (a) a exigência do "trânsito em julgado"*** *das decisões mencionadas nas alíneas "d", "e" e "h" do inciso I do art. 1º,* ***(b) a ressalva*** *quando "a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário" mencionada na alínea "g", do inciso I, do art. 1º,* ***(c) bem ainda a exigência*** *de que tenha "transitada em julgado" a decisão mencionada no art. 15, todos da LC 64/1990,* ***conflitam diretamente com o texto do § 9º do art. 14 da CF****,* ***com a redação*** *dada pela ECR 4/1994,* ***no ponto*** *em que estabeleceu que a Lei de Inelegibilidade* ***teria*** *a finalidade também "de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato,* ***considerada*** *a vida pregressa do candidato".*
>
> ***O objeto*** *da presente arguição de descumprimento do preceito fundamental –* ***quanto à impugnação*** *de lei federal antecedente à norma constitucional –,* ***é o de declarar*** *a invalidade das expressões destacadas anteriormente, em razão de as mesmas estarem contrariando os preceitos fundamentais contidos no § 9º do art. 14 da CF (a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato).*
>
> ***Ocorre*** *que o Tribunal Superior Eleitoral, examinando o § 9º do art. 14 da CF, já com a redação dada pela ECR 4/1994, deu-lhe interpretação no sentido da não autoaplicabilidade, chegando a sumular tal entendimento (Súmula 13).*
>
> ***Então****, a "interpretação judicial" dada pelo Tribunal Superior Eleitoral em diversos julgados, que resultou na Súmula 13, também será impugnada pela presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, já que se está diante de relevante controvérsia sobre o novo texto constitucional.*
>
> ***Não se trata****, quanto a esse ponto, de impugnar a súmula do TSE, porque nem a lei nem a jurisprudência desse eg. STF admitem procedimento com tal finalidade, pelo menos visando a impugnar súmula desse próprio STF, sob o fundamento de que ela seria apenas a expressão de entendimentos reiterados da Corte (...):*
>
> *(...)*
>
> ***Visando a evitar*** *o debate quanto ao* ***conhecimento*** *dessa parte da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental,* ***pede licença*** *a AMB* ***para deixar claro que está impugnando****, no ponto,* ***a interpretação judicial*** *dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR 4/1994. (...).*
> (**Grifei.**)

Posta a questão nos termos em que deduzida pela ora arguente, **também entendo**, na linha de orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (**ADPF 33/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES), **que a controvérsia constitucional** suscitada pela AMB **mostra-se passível** de veiculação **em sede** de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **mesmo** que o litígio tenha por objeto interpretação judicial **alegadamente** violadora de preceitos fundamentais, **como** os postulados da probidade administrativa **e** da moralidade para o exercício do mandato, **cuja suposta** transgressão **decorreria** das decisões, **precedentemente** referidas, **emanadas** do E. Tribunal Superior Eleitoral.

Essa compreensão da matéria, **que sustenta a viabilidade** da utilização da arguição de descumprimento **contra** interpretação judicial **de que possa** resultar lesão a preceito fundamental, **encontra apoio** em valioso magistério doutrinário do eminente Ministro GILMAR MENDES ("**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: **comentários à Lei 9.882**, **de 3-12-1999**", p. 72, item n. 6, 2007, Saraiva):

> ***Pode ocorrer lesão*** *a preceito fundamental* ***fundada em simples interpretação judicial*** *do texto constitucional.*
>
> ***Nesses casos****, a controvérsia* ***não tem*** *por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo,* ***mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional****. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, "a").*
>
> ***Não parece haver dúvida*** *de que,* ***diante*** *dos termos amplos do art. 1º da Lei 9.882/1999,* ***essa hipótese poderá*** *ser objeto de arguição de descumprimento –* ***lesão*** *a preceito fundamental* ***resultante*** *de ato do Poder Público –,* ***até porque*** *se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.*
>
> ***Assim****,* ***o ato judicial de interpretação direta*** *de um preceito fundamental* ***poderá conter*** *uma violação da norma constitucional.* ***Nessa hipótese****,* ***caberá*** *a propositura da arguição de descumprimento* ***para afastar*** *a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei 9.882/1999.*
>
> (**Grifei.**)

Cumpre analisar, agora, **a preliminar de não conhecimento** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **suscitada** pelo Senhor Presidente da República, **que alegou** a "*Não comprovação da Existência de Relevante Controvérsia sobre o texto do art. 14, § 9º, da Constituição Federal*" (fl. 292).

É certo que a exigência de comprovação **da existência** de relevante controvérsia sobre determinada regra de direito positivo **tem** pertinência **quando** se tratar de ação declaratória de constitucionalidade, **eis** que tal requisito **deriva não só** de imposição legal (**Lei 9.868/1999**, art. 14, III) **como resulta** do próprio magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte:

> ***AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO*** *DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A* ***NECESSÁRIA***

EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE *DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE –* ***AÇÃO CONHECIDA****.*

*– **O ajuizamento** da ação declaratória de constitucionalidade, **que faz instaurar** processo objetivo de controle normativo abstrato, **supõe a existência** de efetiva **controvérsia judicial** em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.*

***Sem** a observância desse **pressuposto de admissibilidade**, torna-se **inviável** a instauração do processo de fiscalização normativa "in abstracto" pois **a inexistência** de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria **por converter** a ação declaratória de constitucionalidade, **em um inadmissível instrumento de consulta** sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, **descaracterizando**, por completo, **a própria natureza jurisdicional** que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.*

*– O Supremo Tribunal Federal **firmou** orientação que **exige** a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, "**em proporções relevantes**", de dissídio judicial, **cuja existência** – precisamente **em função do antagonismo interpretativo** que dele resulta – **faça instaurar**, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, **verdadeiro** estado de insegurança jurídica, **capaz** de gerar um **cenário** de perplexidade social **e** de provocar **grave incerteza** quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.*

(**RTJ 185/3-7**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

A orientação em causa – **que impõe** a necessidade **de comprovação prévia** de relevante controvérsia judicial sobre a validade constitucional **de determinado** ato estatal – **tem o beneplácito** de eminentes doutrinadores (ALEXANDRE DE MORAES, "**Constituição do Brasil Interpretada**", p. 2471-2473, item n. 14.2, 7. ed., 2007, Atlas; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 57/59, item n. 17, 29. ed., 2007, Malheiros; IVES GANDRA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, "**Controle Concentrado de Constitucionalidade**", p. 359/364, item n. 5.3.2, 2. ed., 2005, Saraiva, **v.g.**), **cabendo referir**, no entanto, que, **tratando-se** de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **o diploma legislativo** que a rege **somente** torna exigível a demonstração desse específico pressuposto (**Lei 9.882/1999**, art. 3º, inciso V) **quando** se tratar **de ação de arguição incidental** a que se refere **o parágrafo único** do art. 1º da Lei 9.882/1999.

Ainda que se tenha por imprescindível a necessária comprovação de controvérsia judicial relevante sobre o descumprimento de determinado preceito fundamental, **como sustenta** GILMAR FERREIRA MENDES, **notadamente** em relação "*àquela de perfil incidental...*" ("**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**", p. 105, item n. 1.1, 2007, Saraiva), **o fato irrecusável**, no caso ora em exame, **é que existe**, como claramente resulta **do próprio teor** da petição inicial da AMB, **evidente dissenso** no âmbito da Justiça Eleitoral **a propósito** da questão em exame (fl. 8/11):

Para demonstrar o cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, mostra-se necessário comprovar *que se está diante de relevante controvérsia sobre o texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR. 4/1994.*

Com efeito*, editada a Súmula 13 do TSE no ano de 1996 (DJ de 28, 29 e 30-10-1996),* ***não se podia dizer****, naquele momento, que haveria "controvérsia" quanto ao entendimento nela sufragado, já que adotado de forma unânime pela Corte sem maiores debates.*

No entanto*, passados cerca de 10 anos, deu-se início em alguns Tribunais Regionais Eleitorais ao debate sobre o acerto da interpretação da norma constitucional que o TSE afirmou em sua jurisprudência e na Súmula 13 que não seria autoaplicável.*

No ano de 2006*, especificamente na sessão de 20-9-2006, o Tribunal Superior Eleitoral, voltou a tratar do tema (caso Eurico Miranda), oportunidade em que três dos seus eminentes sete membros restaram vencidos (os eminientes Ministros Carlos Britto, César Rocha e José Delgado). E na sessão seguinte, do dia 21-9-2006, julgou outro caso, oportunidade em que esses três ministros ressalvaram o entendimento sobre a questão (...):*

(...)

No presente ano de 2008 *mais um processo tratando da regra do § 9º do art. 14 da CF voltou a ser apreciado pelo TSE, tendo a Corte decidido por unanimidade, mas com ressalvas de alguns de seus Ministros (TSE, RCED n. 667, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 18-3-2008):*

(...)

Finalmente*, em 10 de junho do corrente ano,* ***voltou*** *o Tribunal Superior Eleitoral* ***a tratar*** *da interpretação do § 9º do art. 14 da CF, oportunidade em que, por quatro votos a três, decidiu, ao responder a consulta do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, manter a orientação da Corte, no sentido de exigir o trânsito em julgado das decisões condenatórias dos candidatos (em processo criminal, eleitoral ou de ação civil pública ou de improbidade) para considerar a inelegibilidade.*

(...)

A partir dessa relevante controvérsia constitucional*, tem-se o cabimento* ***da presente*** *arguição de descumprimento do preceito fundamental* ***em face*** *da interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral,* ***no sentido*** *da não autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da CF,* ***que****, no entender da AMB,* ***configura o descumprimento*** *dos preceitos fundamentais da probidade administrativa* ***e*** *a moralidade para o exercício do mandato.*

(**Grifei.**)

Vê-se, daí, que o tema ora em análise **vem ensejando amplo dissenso** na esfera da Justiça Eleitoral, **notadamente** por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais, **cuja orientação** revela clara, frontal **e** direta oposição à diretriz jurisprudencial **que tem prevalecido**, embora por exígua maioria (4x3), **no âmbito** do E. Tribunal Superior Eleitoral.

A própria deliberação emanada do Colégio dos Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, em reunião realizada na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 19 e 20 de junho de 2008, **revela**, por seu conteúdo, **o elevado teor de divergência e de controvérsia** que há **a respeito** da matéria em causa (fls. 262/265):

***Os Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais**, em reunião colegiada realizada na cidade do Rio de Janeiro, **nos dias** 19 e 20 de junho de 2008, **após a discussão** dos assuntos constantes de pauta, **deliberaram o seguinte**:*

***1**. **Reafirmar a necessidade** de a Justiça Eleitoral **considerar a vida pregressa** dos candidatos a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador **nas próximas** eleições, **quando da apreciação** do pedido de deferimento do registro da candidatura, **para proteger e efetivar**, previamente, **a probidade administrativa** e **a moralidade pública** no exercício do mandato eletivo.*

***2. Orientar os Juízes e servidores da Justiça Eleitoral para que facilitem o acesso aos documentos que instruem os processos eleitorais**, notadamente os que dizem respeito aos **antecedentes** dos pretendentes a candidato quando do pedido de registro; (...).*

(**Grifei.**)

Inacolhível, ainda, **a outra preliminar** de não conhecimento **suscitada** pelo Senhor Presidente da República, **que afirma inexistir** "*Prova da Violação do Preceito Fundamental*" (fl. 295).

Tenho para mim que a Associação dos Magistrados Brasileiros **claramente demonstrou**, segundo a perspectiva **que a orientou** no ajuizamento **da presente** arguição de descumprimento de preceito fundamental, **a existência** – conforme sustentado por ela própria – **de violação**, mesmo que **iminente**, dos preceitos fundamentais **referentes** à probidade administrativa **e** à moralidade para o exercício do mandato.

Refiro-me não só aos diversos precedentes **firmados** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral **após** longos debates **que cindiram** aquela Egrégia Corte Judiciária (**e dos quais resultou**, segundo a AMB, **ofensa** aos preceitos fundamentais em causa), **mas também** ao próprio relato extraído da página oficial que o E. TSE **mantém** na "*Internet*" (fls. 217/218):

TSE decide que candidatos que são réus podem concorrer em 2008

***O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu** nesta terça-feira (10) **que os políticos que são réus** em processos criminais, ação de improbidade administrativa ou ação civil pública, **sem** condenação definitiva, **podem se candidatar** nas eleições 2008.*

***Na sessão de hoje**, **três ministros** (Eros Grau, Caputo Bastos e Marcelo Ribeiro) **acompanharam** o voto do ministro-relator, Ari Pargendler, **que avaliou** que a Lei de Inelegibilidades (LC 64/1990) já limita os critérios para concessão de registro de candidaturas. O ministro Eros Grau, que havia pedido vista do processo na última quinta-feira (5), foi o primeiro a votar. "O Poder Judiciário não pode, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade", afirmou Grau.*

*O ministro Caputo Bastos reforçou o posicionamento de que o TSE não poderia legislar sobre o assunto e relembrou que, na gestão do ministro Carlos Velloso no Tribunal, foi enviado anteprojeto de lei para o Congresso Nacional que tratava do assunto. **Já o ministro** Marcelo Ribeiro optou por reafirmar a posição defendida por ele no julgamento de um recurso do ex-deputado federal Eurico Miranda (PP-RJ) em 2006. Por considerar que o ex-deputado não tinha "postura moral" para exercer cargo público, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro*

(TRE-RJ) negou o registro de candidatura a Eurico, que, posteriormente, foi concedido pelo TSE.

Votos contrários

***Em posição contrária** à do relator, ficaram os ministros Carlos Ayres Britto, presidente do TSE, Joaquim Barbosa e Felix Fischer. **Para o presidente do Tribunal**, os Ministros deveriam reconhecer que a Justiça Eleitoral tem o poder de apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo público na perspectiva da vida moral pregressa do político.*

***Carlos Ayres Britto avalia** que deve ser estabelecida uma condição para elegibilidade de todos os candidatos de forma que se exija mais de quem será responsável pelos bens da coletividade, para isso, defende regras objetivas para a concessão de registro. O ministro afirma que o detentor de poder tem garantias como a inviolabilidade material, imunidade processual e foro especial que o submetem a maiores exigências.*

*"**A Constituição não exigiria** do exercente do cargo um padrão de moralidade que já não fosse a natural continuação de uma vida pregressa também pautada por valores éticos", disse o presidente do TSE.*

***Ao concordar** com Ayres Britto, **Joaquim Barbosa defendeu** o estabelecimento de critérios mais rígidos para a concessão de registro de candidatos. Entre a condição colocada por ele está a condenação em segunda instância para se negar o registro.*

***A discussão do tema foi provocada pelo processo administrativo** (PA 19.919), originado de um ofício enviado pelo Tribunal Regional da Paraíba (TRE-PB). O Tribunal questionava sobre a possibilidade de se incluir na Resolução 22.717 do TSE, que estabelece condições para concessão de registro de candidaturas, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que deem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais em que pretensos candidatos sejam réus.*

***Para o TRE da Paraíba**, a Justiça Eleitoral **deveria criar mecanismos para impedir o registro de candidaturas espúrias**. Entre os pré-requisitos sugeridos estava a apresentação de diversos documentos que poderiam comprovar a integridade da conduta do futuro candidato.*

Questionamentos

***Além do questionamento** feito pelo TRE da Paraíba, o TSE vai responder a outras duas consultas sobre o assunto. **Na Consulta 1495**, a deputada federal pelo PDT do Espírito Santo, Sueli Vidigal, questiona sobre a possibilidade do TSE estabelecer normas de registro de candidaturas semelhantes às editadas pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ). **O TRE do Rio entendeu** que candidatos **com vida pregressa incompatível** com o exercício da função pública devem ter o registro eleitoral negado, posicionamento que foi seguido por diversos Tribunais Regionais.*

***A outra consulta** sobre o assunto **foi apresentada** pelo presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, deputado federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ). **Ele pergunta se é possível o registro eleitoral de candidato que responda a processo criminal**, ação de improbidade administrativa **ou** ação civil pública, **sem condenação definitiva**. O parlamentar informa na consulta que é de interesse da comissão a fixação, "em definitivo", de critérios sobre a inelegibilidade de candidatos a cargos políticos.*

***Confira os votos** dos ministros do TSE no julgamento sobre candidaturas de políticos que são réus.*

Na sessão plenária *da última terça-feira (10),* ***o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que os políticos que são réus*** *em processos criminais, ação de improbidade administrativa* ***ou*** *ação civil pública,* ***sem*** *condenação definitiva,* ***podem*** *se candidatar nas eleições 2008.*

A discussão do tema *foi provocada pelo processo administrativo (PA 19.919),* ***originado*** *de um ofício enviado pelo Tribunal Regional da Paraíba (TRE-PB).* ***O Tribunal questionava*** *sobre a possibilidade de se incluir na Resolução 22.717 do TSE, que estabelece condições para concessão de registro de candidaturas, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que deem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais em que pretensos candidatos sejam réus.*

(**Grifei.**)

A exposição de tais fatos **revela** que a Associação dos Magistrados Brasileiros **corretamente demonstrou**, segundo a perspectiva de interpretação **que ela própria** sustenta, **haver atendido** a exigência **a que alude** o inciso III do art. 3º da Lei 9.882/1999.

No que se refere à questão preliminar, suscitada pelo eminente Senhor Presidente do Senado Federal, **referente à** "***inadmissibilidade*** *de impugnação de Súmula*", **entendo que não deva prosperar**, eis que a Associação dos Magistrados Brasileiros **não impugna**, na presente causa, **a Súmula 13/TSE**, **mas**, sim, **a interpretação** nela veiculada **e que decorreu** de sucessivas decisões que o E. Tribunal Superior Eleitoral **proferiu** a propósito da aplicabilidade imediata, ou não, **do § 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994.

Impende referir, ainda, **que também não procede a preliminar**, invocada pelo Senhor Presidente do Senado Federal, **no sentido** de que a Associação dos Magistrados Brasileiros **não teria** impugnado **todo** o conteúdo normativo **veiculado** na LC 64/1990, que "***regulamenta*** *todo o sistema normativo destinado a tratar do instituto da inelegibilidade*" (fl. 515).

Na realidade, **a AMB** delimitou, corretamente, **o objeto** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **inexistindo**, por isso mesmo, **ao contrário** do que sustenta o Senhor Presidente do Senado Federal, ***impugnação fragmentária*** do complexo normativo **em que se inclui** a LC 64/1990.

Sendo assim, em face das razões expostas, **e por rejeitar todas** as questões preliminares suscitadas **nesta** causa, e que ora venho de analisar, **conheço** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

VOTO
(Sobre mérito)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Superados** os aspectos preliminares que venho de mencionar, **passo a analisar** a pretensão deduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, parte ora arguente (**fls. 33/34**, item n. 94).

Como **anteriormente** referido, **o âmbito temático** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental **compreende**, de um lado, **o questionamento** da "***interpretação judicial*** *dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR 4/1994*" (fl. 7 – **grifei**) **e**, de outro, **a impugnação** à LC 64/1990, **especificamente** no ponto em que este diploma legislativo exige, **para efeito** de reconhecimento de inelegibilidade, **trânsito em julgado** para determinadas decisões (art. 1º, inciso I, alíneas "**d**", "**e**" e "**h**", **e** art. 15), **ou**, então, **que acolhe** ressalva alegadamente **descaracterizadora** da situação de inelegibilidade **a que se refere** o art. 1º, inciso I, alínea "**g**", dessa **mesma** LC 64/1990 ("***salvo*** *se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário*").

Eis as regras legais, que, **constantes** da LC 64/1990, **constituem** objeto **da presente** arguição de descumprimento:

> ***Art. 1º*** *São inelegíveis:*
> ***I*** *– para qualquer cargo:*
> *(...)*
> ***d****) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral,* ***transitada em julgado****, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;*
> ***e****) os que forem condenados criminalmente, com sentença* ***transitada em julgado****, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;*
> *(...)*
> ***g****) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente,* ***salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário****, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;*
> ***h****) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença* ***transitada em julgado****, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;*
> *(...)*
> ***Art. 15. Transitada em julgado*** *a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.*
> (**Grifei**.)

A ora arguente, **embora não impugne** a Súmula 13/TSE, **questiona a interpretação** nela veiculada **e que decorreu** de sucessivas decisões que o E. Tribunal Superior Eleitoral **proferiu** a propósito da aplicabilidade imediata, ou não, **do § 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994.

O E. TSE, **ao formular** o enunciado **constante** da Súmula 13, **proclamou a indispensabilidade** de edição de lei complementar, **para efeito de conferir** aplicabilidade imediata **e** incidência direta **ao § 9º** do art. 14 do texto constitucional, **que assim dispõe**:

> ***Art. 14.***
> *(...)*
> ***§ 9º Lei complementar*** *estabelecerá* ***outros casos*** *de inelegibilidade* ***e*** *os prazos de sua cessação,* ***a fim de proteger*** *a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato,* ***considerada a vida pregressa do candidato****, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*
> (**Grifei**.)

Em decorrência da orientação jurisprudencial **prevalecente** no E. Tribunal Superior Eleitoral, **firmou-se** entendimento, **ora questionado** nesta sede processual, **no sentido de não ser autoaplicável** o conteúdo normativo **do § 9º** do art. 14 da Constituição da República, **na redação** que lhe deu a ECR 4/1994.

Registre-se, desde logo, **considerados** os estritos limites temáticos **delineados** pela própria Associação dos Magistrados Brasileiros, em sua petição inicial, **e que restringem** o âmbito material da presente arguição de descumprimento (fl. 31/34), **que não será objeto de discussão**, nesta causa, **a questão** pertinente ao direito do cidadão à informação sobre os candidatos, **eis que** tal matéria **sequer** constituiu objeto de pedido **formulado** pela parte ora arguente.

É evidente, no entanto, Senhor Presidente, que o cidadão **tem** o insuprimível direito **de ser informado**, **por meios idôneos**, **sobre a vida pregressa** dos candidatos em geral, **pois** não se lhe pode subtrair o pleno conhecimento sobre fatos concernentes à "*vita anteacta*" **daqueles** que disputam qualquer mandato eletivo.

É importante reconhecer, por isso mesmo, que, **no regime democrático**, o cidadão **tem direito** à informação, **notadamente** sobre aqueles **que concorrem**, em processo eleitoral, **à obtenção** de mandato eletivo, **nada** lhe podendo ser ocultado **nem** excluído de seu conhecimento, **pois a exigência de probidade** deve representar, para o eleitor, um dado necessário ao exercício responsável e consciente do direito de sufrágio.

Na realidade, **a gestão republicana** do poder, **a composição** dos corpos legislativos **e a escolha**, em processo eleitoral, dos órgãos de direção política do Estado **expõem-se**, em plenitude, ao postulado constitucional da publicidade **e representam** exigência incontornável **imposta** pela ordem democrática.

Tenho salientado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, **que um** dos vetores básicos **que regem** a gestão republicana do poder **traduz-se** no princípio constitucional da publicidade, **que impõe transparência** às atividades **e** aos atos **de qualquer** agente público **ou daqueles** que pretendam exercer mandato eletivo.

Nesse contexto, **a informação** revela-se elemento de extraordinária importância, **pois significa**, **para o eleitor**, um dado de inegável relevo que lhe permite **não só** o exercício consciente do direito de escolher candidatos probos, **mas que lhe atribui** o poder de censurar, **pelo voto**, candidatos eticamente desqualificados **e que**, não obstante seus atributos negativos, **foram**, **assim mesmo**, **selecionados**, **mal** selecionados, de maneira inteiramente inadequada **e** irresponsável, por suas respectivas agremiações partidárias.

Eis por que o sistema democrático **e** o modelo republicano **consagram**, como fórmula **legitimadora** do exercício do poder, **o direito do cidadão** à plena informação sobre a vida pregressa dos candidatos, **especialmente** se se tratar da escolha, **em processo eleitoral**, daqueles que irão, **como** membros do Poder Legislativo **ou** do Poder Executivo, **coparticipar** da regência **e** da direção superior do Estado.

Nada, portanto, **deve ser sonegado** ao conhecimento dos eleitores, **que devem ser adequadamente informados**, por meios idôneos, sobre **todos** os fatos **e** dados relevantes **concernentes** aos candidatos, **em ordem a propiciar**, a cada cidadão, **a escolha** de representantes políticos **cujo passado** seja fator de garantia de que o mandato eletivo **será exercido** com dignidade, retidão, honradez **e** fidelidade aos valores éticos **que devem pautar** o desempenho **de qualquer** atividade no âmbito governamental.

A plena submissão de todos os candidatos aos princípios que derivam da ética republicana **e a integral exposição** de seu comportamento individual, profissional e social, **inclusive** de sua vida pregressa, **a amplo** escrutínio público **qualificam-se** como requisitos cujo conhecimento **deve** ser transmitido aos cidadãos da República, **para que estes disponham** de elementos de informação necessários à prática responsável do poder-dever de eleger os representantes do Povo.

Com esse propósito, a vida pregressa dos candidatos, **particularmente** naqueles pontos que **possam** representar fatores de comprometimento do interesse público, **não deve constituir** objeto **de incompreensível** segredo, **pois**, nesse domínio, **e em face** do sistema de direito positivo vigente **no presente** momento histórico, **somente** os eleitores **dispõem** de poder soberano **e** de legitimidade **para rejeitar**, pelo exercício do direito de voto, **candidatos** ímprobos, desonestos **e** moralmente desqualificados.

Daí por que se mostra essencial o conhecimento pleno, **por todos** os eleitores, de fatos revelados em consonância com as diretrizes constitucionais **e concernentes** à vida pregressa dos candidatos, **erigindo-se**, os cidadãos, à condição **de únicos** juízes da escolha, ou não, **daqueles que disputam** o acesso à titularidade de mandatos eletivos.

O respeito à exigência de publicidade **situa-se**, nesse contexto, **como requisito inafastável e legítimo** ao exercício do sufrágio popular, **excluídas**, portanto, **quaisquer** indevidas restrições ao conhecimento, **pelo corpo eleitoral**, de fatos, elementos **e** circunstâncias **referentes** à vida pregressa dos candidatos, **que não deve ser mantida**, consequentemente, como um domínio sigiloso e inacessível

aos cidadãos, **pois**, consoante **adverte** NORBERTO BOBBIO, em lição magistral ("**O Futuro da Democracia**", 1986, Paz e Terra), **não há**, nos modelos políticos que consagram a democracia, **espaço possível reservado ao mistério**.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (**art. 5º**), **enunciou** preceitos básicos, **cuja compreensão** é essencial **à caracterização** da ordem democrática **como um regime do poder visível**, ou, **na lição expressiva** de BOBBIO ("***op. cit.***", p. 86), como "***um modelo ideal do governo público em público***".

Daí, Senhor Presidente, **a necessidade de se privilegiar**, em favor **de todos** os eleitores, **o direito** à informação plena, correta, integral **e** idônea, **para que não se comprometa** a própria legitimidade do processo eleitoral.

Devo salientar, no entanto, que o tema **concernente** ao direito do eleitor à informação **não compõe**, como anteriormente já enfatizado, **o objeto** da presente demanda, **ainda** que o direito público subjetivo do cidadão de ser **adequadamente** informado **de todos** os dados **pertinentes** aos candidatos em geral **não se mostre incompatível** com a exigência **do trânsito em julgado**, **pois a observância** do princípio da publicidade **pode coexistir**, harmoniosamente, **com a garantia constitucional** da presunção de inocência, **notadamente** se se considerar, **no plano** da teoria geral das inelegibilidades, **que estas**, **embora não** configurem pena, **qualificam-se** como matéria de direito estrito.

Assinalo, por isso mesmo, **que a controvérsia constitucional** exposta **nesta** sede processual, **considerados** os fundamentos **deduzidos** pela arguente, **estimula** reflexões **e suscita**, em última análise, **para efeito** de sua resolução **e em decorrência** dos pedidos **que delimitam**, **de modo estrito**, o objeto do presente litígio **às seguintes indagações**:

(**a**) o postulado da não culpabilidade **ou** do estado de inocência **restringe-se**, unicamente, **ao domínio penal ou**, ao contrário, **irradia** os seus efeitos **para além** dos limites em que se delineia o processo penal de natureza condenatória?

(**b**) em caso de projeção extrapenal, **esse** postulado constitucional **impede** que situações processuais **ainda não definidas** por sentenças **transitadas** em julgado **provoquem**, em decorrência da exigência de moralidade **e** de probidade administrativa, inelegibilidade **ou obstem** candidaturas para mandatos eletivos?

(**c**) **a exigência** de coisa julgada, **quer** a estabelecida **na própria** Constituição (**CF**, art. 15, III), **quer** a prevista na legislação comum (**LC 64/1990**, art. 1º, I, "**d**", "**e**", e "**h**", **e** art. 15), **faz instaurar** situação de conflituosidade **com os postulados** da probidade administrativa **e** da moralidade para o exercício do mandato eletivo, **a que se refere** o § 9º do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994? **e**

(**d**) **reveste-se**, ou não, de autoaplicabilidade **o § 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** que lhe deu a ECR 4/1994?

Vê-se, portanto, **que a questão** a ser **inicialmente** examinada **nesta** causa **assim pode** ser sintetizada: **o direito fundamental à presunção de inocência**

restringe-se, quanto à sua incidência, **apenas** ao domínio processual **penal ou**, ao contrário, **trata-se** de postulado **impregnado** de espectro amplo, que **também** alcança **e** abrange a atividade do Poder Público **em qualquer** esfera de sua atuação, **impondo-lhe** limites inultrapassáveis?

O exame da matéria que a Associação dos Magistrados Brasileiros **submete** à apreciação do Supremo Tribunal Federal **impõe que se rememore** o quadro normativo **que existiu** sob a égide **do anterior** ordenamento constitucional.

A Carta Federal de 1969, **outorgada** por um triunvirato militar, **que preferiu mascarar** o ato de imposição **sob a designação formal** de EC 1/1969, **estabeleceu**, **no art. 151**, em sua redação original, **regra** que assim disciplinou a matéria em causa, **reproduzindo**, no que concerne **à defesa** da probidade administrativa, a cláusula **já** contemplada na Carta Política de 1967 (art. 148, II):

> ***Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade*** *e os prazos dentro dos quais cessará esta,* ***visando*** *a preservar:*
> ***I*** *– o regime democrático;*
> ***II*** *–* ***a probidade administrativa****;*
> ***III*** *– a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprêgo públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e*
> ***IV*** *–* ***a moralidade*** *para o exercício do mandato,* ***levada em consideração a vida pregressa*** *do candidato.*
> (**Grifei**.)

Essa regra da Carta Política de 1969, por sua vez, **sofreu** alteração, **introduzida** pela EC 8/1977, **que deu**, ao referido **art. 151**, a seguinte redação:

> ***Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade*** *e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar,* ***considerada a vida pregressa*** *do candidato:*
> ***I*** *– o regime democrático;*
> ***II*** *–* ***a probidade administrativa****;*
> ***III*** *– a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprêgo públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e*
> ***IV*** *–* ***a moralidade*** *para o exercício do mandato.*
> (**Grifei.**)

Para regulamentar esse preceito constitucional (**CF/1969**, art. 151), **foi editada** a LC 5/1970, que, **dentre** as várias hipóteses de inelegibilidade, **previu a perda** da capacidade eleitoral passiva **em decorrência da mera instauração** de processo judicial **contra** qualquer potencial candidato **que houvesse** incidido **em suposta** prática **de determinadas** infrações penais.

Eis o teor dessa norma legal, **inscrita** em referido diploma legislativo:

> ***Art. 1º São inelegíveis****:*
> ***I*** *– para* ***qualquer*** *cargo eletivo:*

(...)

***n**) os que tenham sido condenados **ou** respondam a processo judicial, **instaurado** por denúncia do Ministério Público **recebida** pela autoridade judiciária competente, **por crime** contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, **enquanto não absolvidos** ou penalmente reabilitados;*

(**Grifei**.)

Bastava, portanto, **para gerar** situação de inelegibilidade, **o simples recebimento** de uma denúncia, **por alegado** cometimento **de certos** ilícitos penais.

Essa cláusula legal provocou, **mesmo** sob a égide de um regime autoritário, **amplo debate** em torno de sua constitucionalidade, **valendo relembrar** que o E. Tribunal Superior Eleitoral **pronunciou-se**, diversas vezes, sobre a matéria, **reconhecendo**, num momento inicial, a validade constitucional da regra legal em questão, **até que** o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **em voto que prevaleceu** no julgamento do REspe 4.221/RS, **dissentiu** dessa orientação jurisprudencial, "*(...) pela razão de considerar inconstitucional o art. 1º, inciso I, letra 'n', da LC 5, **de acordo** com o voto **que ontem** proferi neste Tribunal*" (**grifei**).

Cabe rememorar, neste ponto, por relevante, **os fundamentos** pelos quais o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **mesmo** em votos vencidos, **como aquele** proferido no julgamento, pelo TSE, do Recurso Ordinário 4.189/RJ, **entendia**, com absoluta razão, **ser inconstitucional** a norma **inscrita** no art. 1º, inciso I, alínea "**n**", da LC 5/1970:

*(...) **Por que admitir** que o simples fato **de pendência** de um processo, com denúncia oferecida **e** recebida, **pese** indelevelmente sobre a moralidade de alguém, **a ponto de lhe acarretar** o ônus brutal da inelegibilidade? **Não posso admitir**. **E não posso admitir**, **porque estou lidando** com princípios eternos, universais, imanentes, **que não precisam** estar inscritos em Constituição nenhuma.*

***Mas**, por acaso, **esse princípio**, se não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, **está inscrito**, de modo o mais veemente e peremptório, **na famosa** 'Declaração Universal dos Direitos do Homem', **que é capítulo** de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos. **O Brasil contribuiu**, com sua participação **e** voto, **para que a Terceira Assembleia Geral** das Nações Unidas, há mais de 25 anos, **aprovasse** uma 'Declaração Universal dos Direitos do Homem', **e essa declaração insculpiu**, no primeiro inciso do seu art. 11, **esta regra de verdadeira Moral e do mais límpido Direito**:*

> *"Todo homem acusado de um ato delituoso **tem o direito** de ser presumido inocente **até** que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".*

Este princípio é inerente** ao nosso regime, **pois está compreendido** entre aqueles que a Constituição adota. **Não precisa ele estar nela explicitado**, em letra de forma. Basta que o comparemos com o regime da Constituição brasileira (...), **tanto que ela o inscreve** como um daqueles bens jurídicos que se devem preservar no estabelecimento das inelegibilidades. **Basta que comparemos** o princípio com o regime, **a vermos se há** entre eles coincidência ou repulsa. **É evidente que

***a coincidência** é a única alternativa. **O Brasil proclamou**, num documento internacional **e no** regime que adotou, **essa verdade universal**, que, insisto, **não precisa estar inscrita** em lei nenhuma, **porque é principio ético e jurídico**, imanente.*

***O fato de alguém responder** a processo criminal **adere**, objetivamente, **à sua vida**. **Ninguém**, que respondeu a um processo criminal, **retira** jamais esse episódio da sua história pessoal. **Mas não pode ele**, por si só, **comprometer a moralidade** do cidadão, **que deve ser presumido inocente** enquanto não for julgado culpado.* (**Grifei**.)

É certo, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o RE 86.297/SP**, Rel. Min. THOMPSON FLORES, **proclamou** a validade constitucional da norma legal em questão.

Torna-se importante registrar, neste ponto, **que se revelava tão evidente** o conteúdo autoritário do preceito legal em causa, **porque transgressor** do princípio **que consagra**, nas sociedades democráticas, **a presunção de inocência**, que os próprios curadores do regime militar, **já** no Governo do Presidente Figueiredo, **decidiram banir** semelhante regra jurídica do sistema de direito positivo nacional, **fazendo-o** mediante a edição da LC 42/1982, cujo art. 1º assim dispunha:

***Art. 1º As alíneas** b **e n** do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, **passam a vigorar** com a seguinte redação:*

*"**Art. 1º** (...)*

***I –** (...)*

***n**) **os que tenham sido condenados** (Vetado) por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, **enquanto** não penalmente reabilitados; (...).*" (**Grifei**.)

Devo observar, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir o RE 99.069/BA**, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, **e tendo presente** a alteração **introduzida** pela LC 42/1982, **que condicionava** o reconhecimento da inelegibilidade de qualquer candidato à existência de sentença condenatória, **expressamente proclamou** que a perda da capacidade eleitoral passiva **dependeria do trânsito em julgado** da condenação, **não bastando**, para tanto, **a mera prolação** de uma sentença.

Extremamente esclarecedoras, e muito atuais, **as razões** com que o eminente **e** saudoso Ministro OSCAR CORRÊA, **na condição** de Relator, **fundamentou**, em referido julgamento, **o seu douto voto**:

*(...) **Não há como querer distinguir** entre efeitos da sentença condenatória **para fins comuns e para fins especiais**, **como seriam** os da lei de inelegibilidade. **Tal distinção** – que não se encontra em nenhum texto e não nos cabe criar – **não tem razão de ser**, tanto mais excepcionada contra o réu, para agravar-lhe a situação.*

***Na verdade**, quando a lei – **qualquer** que seja – se refere à **condenação**, **há que se entender condenação definitiva**, **transitada em julgado**, **insuscetível** de recurso que a possa desfazer.*

Nem se alegue *(...) que "essa interpretação era a que se coadunava com a moralidade que o art. 151, IV, da Constituição visa a preservar":* ***há que preservar a moralidade***, ***sem que***, *sob pretexto de defendê-la* ***e*** *resguardá-la,* ***se firam os direitos do cidadão à ampla defesa***, ***à prestação jurisdicional***, ***até a decisão definitiva***, *que o julgue, e condene, ou absolva.*

Não preserva a moralidade interpretação que considera condenado *quem o não foi,* ***em decisão final irrecorrível***. ***Pelo contrário****: a ela se opõe,* ***porque põe em risco*** *a reputação de alguém, que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito,* ***senão*** *depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença* ***de que não possa***, ***legalmente***, ***recorrer***.

11. ***Nem vem ao caso*** *(...)* ***discutir aqui***, *como se debateu larga, proficiente* ***e*** *notavelmente no RE 86.297 (****RTJ*** *79/671)* ***o problema da presunção de inocência***, *se dele prescindo para a conclusão a que viso. É que condenado o Recorrente, pela Justiça Federal da Bahia, absolveu-o o C.T.F.R. (certidão de fl. 43), o que demonstra, irrespondivelmente, como é precipitada, "****data vênia****", a interpretação que faz da* ***condenação*** *– sujeita ainda a recurso – motivo suficiente para a decretação da inelegibilidade prevista na LC 5/1970, art. 1º, I, "n": a absolvição do Recorrente responde aos argumentos que, em contrário, se formulem. Sem que nos precisemos deter, em hipóteses – não insuscetíveis de ocorrerem – em que a ação penal e a própria condenação possam ser o resultado de uma urdida inelegibilidade, que, consumada, se faz irreparável.*

12. ***Este*** *(...) aspecto* ***que não pode*** *ser olvidado,* ***e a que conduz*** *a interpretação do v. acórdão recorrido. Veja-se a hipótese dos autos: julgado inelegível, em virtude de condenação, no Juízo de 1º grau, teve o Recorrente negado o registro de sua candidatura a deputado federal. Conseguida, agora, a absolvição, e admitindo – se o provimento deste recurso – argumento que me permito expender – à véspera do pleito, já se lhe terá causado mal irreparável: não pôde concorrer à eleição, à qual se candidatara, e nem há reparação possível, de qualquer espécie, a esse mal.*

13. Nem se argumente que "se o simples recebimento da denúncia se compatibilizava com esse preceito constitucional, não é possível entender-se que a interpretação que não exija o trânsito em julgado de decisão condenatória seja atentatória a ele" (fl. 160).

A verdade é que *a decisão singular desta egrégia Corte,* ***que acolheu*** *a constitucionalidade daquele preceito –* ***com os memoráveis*** *debates que provocou –* ***não chegou a ser provada*** *em outros casos.* ***E tanto não era esta*** *a melhor solução* ***que a LC 42/1982 a excluiu***, *com o que, em verdade,* ***valorizou*** *a posição assumida* ***pelos que a combateram***.

14. ***Não há de se exigir*** *que a lei se refira à condenação* ***transitada*** *em julgado,* ***o que seria levar adiante*** *demais as exigências de explicitação.*

Na verdade, *quando o art. 151* ***delegou*** *à legislação complementar* ***estabelecer*** *os casos de inelegibilidades e os prazos nos quais cessará esta,* ***não lhe autorizou alterar*** *o sistema legal brasileiro (e, pode dizer-se, universal)* ***para considerar condenação*** *a que, desde logo, em* ***primeiro*** *grau, se imponha,* ***sem*** *que transite em julgado.* ***Assinalou*** *bem o recorrente que esse entendimento "implica, nada mais, nada menos, do que atribuir, ao Juiz criminal de 1º grau, que nem eleitoral é, o poder de decretar inelegibilidades.*

Pior*: de fazê-lo* ***em caráter irrevogável***, *quando se sabe que a sentença de que se recorre em tempo hábil é apenas um projeto de decisão judicial a que a lei,*

por forma expressa, ao atribuir efeito suspensivo ao recurso, negou executoriedade" (fls. 5/6 do agravo).

***Considero que**, com isso, em realidade, se vulnerou o § 15 do art. 153 da C.F., **recusando a ampla defesa a que têm direito os acusados**, e, mais, **desconsiderando** recurso que lhe é inerente, **e conferindo efeitos agravadores** que não tem, **tomando**, como definitiva, sentença **reformável**, e tanto, que o foi. (...).*
(**RE 99.069/BA**, Rel. Min. OSCAR CORRÊA – **Grifei**.)

Com a instauração, em nosso País, de uma ordem **plenamente** democrática, **assim consagrada** pela vigente Constituição, **intensificou-se** o círculo de proteção **em torno** dos direitos fundamentais, **qualquer** que seja o domínio de sua incidência **e** atuação, **compreendidos**, para efeito dessa tutela constitucional **e** em perspectiva **mais** abrangente, **todos** os blocos normativos **concernentes** aos direitos individuais e coletivos, aos direitos sociais **e** aos direitos políticos, **em ordem** a conferir-lhes real eficácia, **seja impondo**, ao Estado, **deveres de abstenção** (liberdades clássicas **ou** negativas), **seja dele exigindo** deveres de prestação (liberdades positivas **ou** concretas), **seja**, ainda, **assegurando**, ao cidadão, o acesso aos mecanismos institucionalizados de exercício do poder político na esfera governamental (liberdade-participação).

É por isso que entendo, Senhor Presidente, **mesmo tratando-se** do bloco **pertinente** aos direitos políticos – **que se vinculam** aos postulados da soberania popular **e** da democracia representativa –, **que não se pode**, como corretamente **adverte** o eminente Ministro EROS GRAU, **buscar** interpretação **que substitua**, com grave **comprometimento** da legalidade **e** do procedimento legal, a racionalidade formal do direito, **que se funda** nas instituições **e** nas leis, por critérios **impregnados** de valorações **que culminam por afetar** a segurança **e** a certeza jurídicas, **com sério risco** à integridade do próprio sistema de garantias **construído** pela Constituição, cuja normatividade **não pode** ser potencializada **nem** tornada relativa, **consoante ressalta** o Ministro EROS GRAU, por uma explicitação teórica de distintos blocos de direitos e preceitos.

Daí a precisa observação que esse ilustre magistrado **e** Professor **fez**, em tom de grave advertência, sobre a matéria ora em exame, **quando** da apreciação, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, da Consulta 1.621/PB, **considerando**, então, **na formulação** da resposta, **o próprio teor** do que se contém **no § 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** que lhe deu a ECR 4/1994:

*(...) **A suposição** de que o Poder Judiciário **possa**, na ausência de lei complementar, **estabelecer** critérios de avaliação **da vida pregressa** de candidatos **para o fim** de definir situações de inelegibilidade **importaria a substituição** da "presunção de não culpabilidade" **consagrada** no art. 5°, LVII, da Constituição ("**[n]inguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**") **por uma** "presunção de culpabilidade" **contemplada em lugar nenhum** da Constituição (**qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória**).*
(**Grifei**.)

Também o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **em julgamento** de que participou **como Presidente** do E. Tribunal Superior Eleitoral, **expendeu** precisas e procedentes observações **a respeito** da matéria ora em exame (**RO** 1.069/RJ), **reafirmando**, de um lado, **a não autoaplicabilidade** do § 9º do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994, **e reconhecendo**, de outro, que o Judiciário **não pode**, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, **substituir-se** ao legislador, para, **na ausência** da lei complementar **exigida** por aquele preceito constitucional, **definir**, **por critérios próprios**, os casos em que a vida pregressa do candidato implicar inelegibilidade:

> ***Indaga-se**: **a quem está dirigida** a referência contida hoje, reconheço, em bom vernáculo, **no § 9º** do art. 14, **ao objeto** da previsão de casos de inelegibilidade – **a fim de proteger** a probidade administrativa **e** a moralidade para o exercício do mandato, tendo em vista a vida pregressa do candidato? **Ao Judiciário**? **Trata-se** de uma carta em branco quanto a casos de inelegibilidade, para se ter, como foi dito por um advogado militante nesta Corte, o implemento da ira cívica? **A resposta para mim é desenganadamente negativa**. **Não somos legisladores**, **não nos podemos substituir ao Congresso Nacional** no que o Poder Legislativo, muito embora, promulgada a Emenda Constitucional de Revisão 4/1994, **em verdadeiro lembrete** do que já **estaria latente** na previsão do § 9º, **não veio a alterar** a lei de 1990, a Lei Complementar 64.*
>
> ***Qual o parâmetro de referência** para o caso concreto? **É aquele revelado** pela Lei Complementar 64/1990, cujo art. 1º, inciso I, **preceitua** que a inelegibilidade, **considerados** os processos criminais, **está jungida** aos condenados criminalmente com sentença **transitada** em julgado.*
>
> ***Posso substituir**, **revogando mesmo** – e seria uma derrogação – **o que previsto** na alínea "e" dos citados artigos **e** incisos? **Posso concluir** que, onde está revelada a inelegibilidade em decorrência da existência de sentença **transitada** em julgado, é dado ler "processo em curso"? **A meu ver**, **não**, **a menos que caminhemos para o estabelecimento**, no âmbito do próprio Judiciário, em um campo tão restrito como é o da inelegibilidade, **de situações concretas ao sabor das circunstâncias reinantes**, da quadra vivida no País, que, reconheço, realmente é de purificação. Enquanto o Direito for ciência, o meio justifica o fim, mas não o fim, o meio. **Não se tem como olvidar** que, no caso, **exige-se bem mais** para assentar-se a inelegibilidade **do que o simples curso** de processo criminal.*
>
> *(...)*
>
> ***Mas**, aqui, **a questão não se define** pela simples razoabilidade, este é o problema. **Não posso**, onde a Constituição **exige** a previsão em lei complementar, **entender que é dispensável** esse instrumental. **E**, à mercê de uma interpretação, de uma construção constitucional, segundo a minha concepção humanística, **eleger outras causas**. O subjetivismo vai grassar e a insegurança jurídica será total.*
>
> *(...)*
>
> *(...) como conciliar a cláusula constitucional que revela suspensos os direitos políticos – só aí – quando existente sentença transitada em julgado, com o assentamento de que é causa de inelegibilidade, sem previsão legal normativa, o simples curso de processo criminal?*
>
> (**Grifei**.)

O eminente Ministro CEZAR PELUSO, por sua vez, **reiterando** todos esses fundamentos **e dando** especial ênfase ao princípio **que consagra**, em nosso sistema constitucional, **o estado de inocência**, **proferiu** substancioso voto, no **mesmo** julgamento do **RO** 1.069/RJ, **no qual** – **após acentuar** a significativa importância da presunção de inocência – **assinalou**, com propriedade, **que se trata** de garantia oponível ao arbítrio do Estado **e extensível**, em sua abrangência tutelar, aos direitos fundamentais, **inclusive** àqueles que se referem ao exercício, pelo cidadão, do seu direito de participação política:

> *(...)* ***Começo*** *por dizer que,* ***em matéria*** *de interpretação,* ***há um consenso*** *de que* ***nem todo texto*** *comporta* ***todas*** *as interpretações.* ***Há interpretações absolutamente inadmissíveis****, as chamadas superinterpretações (...).*
>
> ***Há****, portanto, em* ***todos*** *os textos,* ***uma chamada resistência semântica****, além da qual* ***intervém*** *o arbítrio. Isto é,* ***sustenta-se*** *alguma coisa* ***além*** *do que o limite léxico-sintático* ***permite****,* ***simplesmente porque se quer****.*
>
> ***Vou****, Senhor Presidente,* ***porque me parece pertinente****,* ***ao fato*** *de que a Constituição de 1988* ***consagrou****, entre outras,* ***uma garantia importantíssima****:* ***a chamada garantia ou principio da presunção da inocência****.*
>
> *(...)*
>
> *(...) os direitos, tantos os individuais como os sociais, são todos previstos em função de cada homem,* ***enquanto*** *tem dupla dimensão,* ***enquanto*** *é uma pessoa irredutível* ***e enquanto*** *membro da comunidade.* ***Todos os direitos*** *se reportam à existência humana.*
>
> *(...)*
>
> ***O que****, portanto,* ***significa o enunciado*** *de que* ***ninguém*** *será considerado culpado até o trânsito julgado da sentença condenatória?* ***Significa uma garantia****.* ***Garantia contra o quê****?* ***Contra a aplicação de qualquer sanção****, entendida como* ***qualquer*** *restrição a* ***qualquer*** *direito do réu,* ***até que advenha*** *uma sentença penal condenatória* ***que transite*** *em julgado* ***e****,* ***portanto****,* ***significa que nenhuma modalidade de sanção****, de restrição, de consequência gravosa ao patrimônio jurídico do réu,* ***concebido*** *no largo sentido da esfera de seus direitos* ***de todas*** *as índoles,* ***nenhuma dessas*** *pode ser admitida a título de juízo de culpabilidade* ***senão depois*** *do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*
>
> *(...)*
>
> *(...) Ora, isso significa* ***que não é*** *possível,* ***a não ser*** *que a Constituição* ***disponha*** *em sentido contrário,* ***justificar nenhuma sanção****, medida restritiva, medida lesiva ao patrimônio, à esfera jurídica do cidadão,* ***em se tratando*** *de imputação de caráter penal,* ***enquanto não transite*** *em julgado uma sentença que reconheça a sua culpabilidade.* ***Ou seja****,* ***nenhuma*** *medida pode ser justificada* ***a título*** *de juízo de culpabilidade* ***precário****, emitido por quem quer que seja.*
>
> *Por isso mesmo é que o art. 15, inciso III, alude à sentença penal transitada um julgado.*
>
> *(...)*
>
> ***Trata-se*** *de um direito individual.* ***Pertence*** *ao indivíduo o direito de recorrer,* ***desde*** *que obedeça aos requisitos previstos na legislação e no ordenamento jurídico em geral.*
>
> ***Ora****,* ***não há dúvida alguma de que a inelegibilidade do art. 14 exige tipicidade*** *quando se remete à necessidade da lei.* ***É preciso que a lei estabeleça*** *o fato típico do qual se origina a inelegibilidade.* ***Portanto****,* ***não se trata*** *de juízo subjetivo*

de nenhum julgador *que se reconheça corregedor dos costumes e interprete as imputações segundo os seus padrões de julgamento pessoal.* ***É preciso que a lei****, a norma jurídica,* ***determine*** *que tal fato, com tais e tais características,* ***impeça*** *o cidadão de concorrer – a lei, a Constituição, o ordenamento jurídico.*

É preciso*, portanto,* ***a tipicidade****, que é o que domina a matéria penal,* ***que****, de certo modo,* ***é análoga*** *à legislação de caráter eleitoral.*

(...)

Portanto*,* ***é necessário*** *este juízo legislativo,* ***ou*** *este juízo normativo,* ***que*** *(...)* ***se reduz*** *à simplicidade de que a lei* ***não previa*** *a hipótese;* ***ao contrário****, ela, textualmente,* ***como limite*** *de resistência semântica,* ***exigiu o trânsito em julgado*** *de sentença condenatória.* ***E qual o reverso disso? O reverso disso*** *é que, da circunstância absolutamente irrelevante, para quem não se julga Deus, capaz de avaliar o que o cidadão fez de fato,* ***a simples pendência*** *de um processo penal* ***não pode justificar*** *um juízo de culpabilidade de caráter pessoal, subjetivo,* ***que justifique****, segundo a ótica de quem o emite, um caso de inelegibilidade que a Constituição* ***não admite****.*

(...)

(...) ***Ora, isso significa permitir*** *que qualquer juiz, de* ***qualquer*** *modo, por* ***variadas*** *explicações, da sua cultura, do seu modo de ser, do seu maior rigor,* ***maior*** *severidade,* ***avalie algo absolutamente precário****, porque pode resultar* ***em nada*** *ao cabo do processo,* ***e isto basta para afirmar a improbidade****, a falta de requisitos de moralidade e costumes,* ***para que impeça*** *a condição de elegibilidade.* ***Isto significa um retorno*** *(...), um retrocesso à época pré-revolucionária de 1789; isto é o que o dono do trono entendia como suficiente a impor uma pena: o juízo dele,* ***sem necessidade*** *de condenação.* ***Basta o juízo dele****, tirado do fato de constar de uma certidão que há inúmeros processos em andamento.*

Que diferença há *em que haja um processo* ***em andamento ou dez? Se não há*** *trânsito em julgado de sentença condenatória,* ***tanto faz*** *haver um como dez.* ***Nada se altera****.*

(...)

Onde está dito que a Justiça Eleitoral pode emitir juízo sobre a idoneidade da pessoa fora das hipóteses previstas na Constituição?

(...) nenhum juiz eleitoral nem os não eleitorais têm autorização do ordenamento jurídico para emitir juízo sobre idoneidade do cidadão.

(**Grifei**.)

Tenho para mim que a pretensão **deduzida** pela Associação dos Magistrados Brasileiros, **considerados** todos os fundamentos **expostos**, pelos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO **e** EROS GRAU, **nos já mencionados julgamentos** realizados pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **revela-se inacolhível**, **porque desautorizada**, **não só** pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (**CF**, art. 14, § 9º, **c/c** o art. 2º), **mas**, **também**, por cláusulas **instituídas pela própria** Constituição da República **e que consagram**, em favor da pessoa, **o direito fundamental** à presunção de inocência (**CF**, art. 5º, LVII) **e que lhe asseguram**, nas hipóteses de imposição de medidas **restritivas** de **quaisquer** direitos, **a garantia essencial** do devido processo (**CF**, art. 5º, LIV).

Como sabemos, a presunção de inocência – **que se dirige** ao Estado, para lhe impor **limitações** ao seu poder, **qualificando-se**, sob tal perspectiva, **como**

típica garantia de índole constitucional, **e que também se destina** ao indivíduo, **como direito fundamental** por este titularizado – **representa** uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua **permanente** luta **contra** a opressão do poder.

É interessante registrar, no ponto, **em reflexão** sobre as origens históricas **do direito fundamental** de ser presumido inocente **até** o trânsito em julgado da condenação judicial, que, **não obstante** a sua consagração, **no século XVIII**, como um dos grandes postulados iluministas (**para Beccaria**, "*A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz...*"), **essa prerrogativa não era desconhecida** pelo direito romano, **como resultava** de certas presunções **então** formuladas ("*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*"), **valendo mencionar** o que se continha no *Digesto*, **que estabelecia**, em benefício daquele que era processado, **verdadeiro** *favor rei*, **que enfatizava**, ainda que de modo incipiente, **essa ideia-força** que viria a assumir **grande** relevo com a queda do *Ancien Régime*.

A presunção de inocência, a que **já** se referia Tomás de Aquino, em sua "*Suma Teológica*", **constitui** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes**, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), **embora**, segundo outros autores, **o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando**, sob o influxo das ideias iluministas, **vem esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

Esse, pois, **o momento inaugural** em que se deu o reconhecimento **de que ninguém** se presume culpado, **nem pode sofrer** sanções **ou** restrições em sua esfera jurídica **senão após** condenação transitada em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários **e** filosóficos do Iluminismo, **projetou-se**, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, **cujo art. 9º** solenemente proclamava a **presunção de inocência**, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

O que se mostra importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, é que, **não obstante** golpes desferidos por mentes autoritárias **ou** por regimes autocráticos, **que preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário, **a presunção de inocência**, **legitimada** pela ideia democrática, **tem prevalecido**, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, **no contexto** das sociedades civilizadas, **como valor fundamental e exigência básica** de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** em 10-12-1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação** aos abusos inomináveis **cometidos** pelos regimes totalitários nazifascistas, **proclamou**, em seu art. 11, **que todos se presumem inocentes**, até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas **ou** interpretações que golpeiem o alcance **e** o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada** a toda **e** qualquer pessoa, **mostrou-se** presente em **outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional**, **como a Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Art. XXVI), **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Art. 8º, § 2º), **a Convenção Europeia** para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Art. 6º, § 2º), **a Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (Nice, 2000, Art. 48, § 1º), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Art. 7º, § 1º, "**b**") **e a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Art. 19, "**e**") **e outros**, **de caráter global**, como o **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Art. 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, **que a repulsa** à presunção de inocência, **com todas** as consequências **e** limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, **mergulha** suas raízes em uma visão **incompatível** com os padrões ortodoxos do regime democrático, **impondo**, **indevidamente**, à esfera jurídica dos cidadãos, **restrições não autorizadas** pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, **a partir** da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("**Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**", p. 12/17, 1991, Saraiva), **que esse conflito ideológico** entre **o valor** do princípio democrático, **que consagra** o primado da liberdade, **e o desvalor** do postulado autocrático, **que privilegia** a onipotência do Estado, **revelou-se muito nítido na Itália**, **a partir** do século XIX, **quando se formaram**, em momentos sucessivos, **três escolas de pensamento** em matéria penal: **a Escola Clássica**, **cujos maiores expoentes foram** FRANCESCO CARRARA E GIOVANNI CARMIGNANI, **que sustentavam**, inspirados nas concepções iluministas, **o dogma** da presunção de inocência, **a que se seguiram** os adeptos **da Escola Positiva**, **como** ENRICO FERRI **e** RAFFAELE GAROFALO, **que preconizavam** a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, **e**, a refletir o "*espírito do tempo*" (Zeitgeist) **que tão perversamente** buscou justificar visões **e** práticas totalitárias de poder, **a Escola Técnico-Jurídica**, que teve, em EMANUELE CARNEVALE **e** em VINCENZO MANZINI, os seus corifeus, **responsáveis**, dentre **outros** aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista – a noção **de que não tem sentido nem é razoável** presumir-se a inocência do réu**!!!**

O exame da obra de **VINCENZO MANZINI** ("**Tratado de Derecho Procesal Penal**", tomo I/253-257, item n. 40, **tradução** de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete**, com exatidão, essa posição **nitidamente** autocrática, **que repudia** "*A chamada tutela da inocência*" **e que vê**, na "*pretendida presunção*

de inocência", algo "*absurdamente paradoxal e irracional*" (**op. cit.**, p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira, **promulgada** em 1988 **e destinada** a reger uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **é bem o símbolo representativo da antítese** ao absolutismo do Estado **e** à força opressiva do poder, **considerado** o contexto histórico **que justificou**, em nosso processo político, **a ruptura** com paradigmas autocráticos do passado **e que baniu**, por isso mesmo, **no plano** das liberdades públicas, **qualquer** ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, **somente** justificável **numa perspectiva** "*ex parte principis*", **cujo efeito** mais conspícuo, **em face** da posição daqueles **que presumem a culpabilidade** do réu, **ainda** que para fins extrapenais, **será a virtual esterilização** de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, **que é** a de **jamais** ser tratado, pelo Poder Público, **como se culpado fosse**!

O postulado do estado de inocência, **ainda** que não se considere como presunção em sentido técnico, **encerra**, em favor **de qualquer** pessoa sob persecução penal, **o reconhecimento** de uma *verdade* provisória, com caráter probatório, **que repele** suposições **ou** juízos prematuros de culpabilidade, **até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em favor** da pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

Há, portanto, **um momento** claramente definido no texto constitucional, **a partir do qual se descaracteriza** a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém** o trânsito em julgado da condenação criminal. **Antes** desse momento – ***insista-se*** –, o Estado **não pode** tratar os indiciados ou réus **como se** culpados fossem. **A presunção** de inocência **impõe**, desse modo, ao Poder Público, **um dever** de tratamento **que não pode** ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** *progressivamente*, **à medida em que se sucedem** os graus de jurisdição, **a significar** que, **mesmo** confirmada a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental**, que **só** deixa de prevalecer – ***repita-se*** – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Vale referir, no ponto, a esse respeito, **a autorizada advertência** do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, **em obra escrita** com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica**", vol. 4/85-91, 2008, RT):

> ***O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência*** *(tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade (esta*

última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente).

***Trata-se de princípio consagrado** não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana **senão também** (em parte) no art. 5°, LVII, da Constituição Federal, **segundo o qual** toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.*

***Do princípio da presunção de inocência** ("todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade") emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.*

"***Regra de tratamento**": **o acusado não pode ser tratado** como condenado **antes** do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5°, LVII).*

***O acusado**, por força da regra que estamos estudando, **tem o direito de receber a devida** "**consideração**" bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como "regra de tratamento" a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., **podendo-se exemplificar**: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. **É contrária** à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (**Corte Interamericana**, Caso Cantoral Benavides, **Sentença** de 18-8-2000, parágrafo 119).*

(**Grifei.**)

Disso resulta, segundo entendo, **que a consagração constitucional** da presunção de inocência **como direito fundamental** de qualquer pessoa **há de viabilizar**, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica **essencialmente** emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, **cuja prerrogativa** de ser **sempre** considerada inocente, **para todos e quaisquer** efeitos, **deve atuar**, **até** o superveniente **trânsito** em julgado da condenação judicial, **como uma cláusula de insuperável bloqueio** à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou que restrinjam**, **seja** no domínio civil, **seja** no âmbito político, **a esfera jurídica** das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência **teria** pertinência e aplicabilidade **unicamente** restritas ao campo do direito penal **e** processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, **embora** historicamente vinculada ao processo penal, **também irradia** os seus efeitos, **sempre** em favor das pessoas, **contra** o abuso de poder **e** a prepotência do Estado, **projetando-os** para esferas processuais **não** criminais, **em ordem a impedir**, dentre **outras** graves consequências no plano jurídico – **ressalvada a excepcionalidade** de hipóteses previstas **na própria** Constituição –, **que se formulem**, precipitadamente, contra **qualquer** cidadão, **juízos morais** fundados em situações juridicamente **ainda não** definidas (**e**, por

isso mesmo, **essencialmente instáveis**) **ou**, então, **que se imponham**, ao réu, **restrições** a seus direitos, **não obstante inexistente** condenação judicial **transitada** em julgado.

Foi por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido sob a égide da Carta Política de 1967 – que **não** previa, de modo explícito, **a garantia** inerente à presunção de inocência, **reconhecida**, no entanto, por esta Corte, **como imanente** ao sistema constitucional (art. 150, **§ 35**) –, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do art. 48 do Decreto-Lei 314/67, **no ponto** em que essa regra legal **impunha**, ao réu, **como efeito automático** da prisão em flagrante delito **ou** do mero recebimento da denúncia, **a** "***suspensão*** *do exercício da profissão, emprego em entidade privada (...),* ***até*** *a sentença absolutória*" (**HC 45.232/GB**, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, **RTJ** 44/322 – **Grifei**).

É interessante observar, neste ponto, que o Tribunal Constitucional português, **examinando** a validade jurídica de certo diploma normativo, **declarou-o** inconstitucional **na parte** em que determinava **a perda total**, pelo servidor, de sua remuneração, **em decorrência** de suspensão preventiva **resultante** da mera instauração de processo disciplinar, **sequer** concluído.

Esse julgamento, realizado em 1990 (**Acórdão** 198/90, **Relator** Conselheiro Monteiro Diniz, "***in***" "**Acórdãos do Tribunal Constitucional**", vol. 16/473), **acha-se consubstanciado** em decisão assim ementada:

> ***I – O princípio da presunção de inocência*** *do arguido* ***é****, no seu núcleo essencial,* ***aplicável ao processo disciplinar****.*
>
> ***II*** *– Este princípio* ***ilegitima*** *a imposição de* ***qualquer*** *ônus* ***ou*** *restrição de direitos ao arguido* ***que representem a antecipação de condenação****.*
>
> ***III – É****, pois,* ***inconstitucional*** *a norma* ***que consente*** *a perda total de vencimento do funcionário* ***desligado*** *ao serviço* ***em virtude*** *de processo disciplinar,* ***por se traduzir*** *na antecipação de um quadro de efeitos semelhantes ao da pena disciplinar de demissão.*
>
> ***IV – Revela-se****, além disso,* ***tal medida afrontadora*** *do princípio da proporcionalidade postulado pelo princípio do Estado de direito democrático,* ***dada a manifesta desconformidade*** *entre a medida cautelar imposta e o fim que através dela se pretende atingir.*
>
> (**Grifei.**)

O que se mostra relevante, a propósito **do efeito irradiante** da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza **não** criminal, **como resulta** dos julgamentos ora mencionados, **é a preocupação**, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, **com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, **prematuramente**, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, **desde logo**, **indevidamente** tratadas, pelo Poder Público, **como se** culpadas fossem, **porque presumida**, por arbitrária antecipação **fundada** em juízo **de mera** suspeita, **a culpabilidade** de quem figura, em processo penal **ou** civil, **como simples réu!**

Daí a advertência de MÁRIO TORRES, autor português de trabalho **sobre o aspecto** ora ressaltado ("**Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais**", "*in*" "Revista do Ministério Público", vols. 25/119 **e** 26/161):

> ***A sujeição** do arguido **a uma medida** que tenha **a mesma natureza** de uma pena **e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola**, intoleravelmente, **a "presunção de inocência"** que lhe é constitucionalmente garantida **até** à sentença definitiva, **pois tal antecipação de pena basear-se-á**, justamente, **numa "presunção de culpabilidade"**. **É porque se julga** o arguido culpado – **antes** de a sua culpa ser firmada em sentença **transitada** – que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (**eventualmente** a descontar na pena definitiva).*
> (**Grifei.**)

Cabe referir, por extremamente oportuno, **que o Supremo Tribunal Federal**, em **recentíssimo** julgamento plenário (**RE 482.006/MG**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), **e interpretando** a Constituição da República, **observou**, em sua decisão, essa **mesma** diretriz – **que faz incidir** a presunção constitucional de inocência **também** em domínio extrapenal –, **explicitando** que esse postulado constitucional **alcança quaisquer** medidas **restritivas** de direitos, **independentemente** de seu conteúdo **ou** do bloco que compõe, **se** de direitos civis **ou** de direitos políticos.

Em mencionado julgamento, esta Suprema Corte **assim se pronunciou**:

> ***ART. 2º** DA LEI ESTADUAL 2.364/1961 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, **QUE DEU** NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/1952, **AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS** DE SERVIDORES PÚBLICOS **PROCESSADOS** CRIMINALMENTE. **DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO** PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. **AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E** DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. **RECURSO IMPROVIDO**.*
>
> ***I** – **A redução de vencimentos** de servidores públicos **processados** criminalmente **colide** com o disposto **nos arts. 5º, LVII**, e 37, XV, da Constituição, **que abrigam**, respectivamente, **os princípios da presunção de inocência e** da irredutibilidade de vencimentos.*
>
> ***II** – **Norma estadual não recepcionada** pela atual Carta Magna, **sendo irrelevante a previsão** que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição.*
>
> *(...)*
>
> ***IV** – Recurso extraordinário **conhecido**, em parte **e**, na parte conhecida, **improvido**.*
> (**Grifei.**)

Mostra-se **extremamente** valioso, **no que se refere** ao reconhecimento **da possibilidade** de incidência do postulado da presunção de inocência em processos **destituídos** de natureza criminal, **o voto** que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI **proferiu**, como Relator, **no exame** do RE 482.006/MG, **impondo-se**, por relevante, **a reprodução textual** de fragmento de tão importante decisão:

A questão central *está em saber se,* ***diante*** *dos princípios* ***da presunção de inocência*** *e da irredutibilidade de vencimentos, é legítima a sua redução no caso de servidores públicos afastados por responderem a processo penal.*

Entendo que não*.*

(...)

Isso porque*, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses,* ***estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena****, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição.*

Mostra-se patente*, pois,* ***a ofensa ao inciso LVII do art. 5º*** *da Carta Magna,* ***razão pela qual concluo*** *que a referida norma estadual* ***não foi recepcionada*** *pela nova ordem constitucional.*

Veja-se*, a propósito, que a Lei federal 8.429/1992, a qual dispõe sobre atos de improbidade administrativa,* ***prevê****, no parágrafo único do art. 20, que "a autoridade judicial ou administrativa competente* ***poderá*** *determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função,* ***sem prejuízo da remuneração****, quando a medida se fizer necessária à instrução processual" (...).*

Esse dispositivo*, inserido no ordenamento jurídico após o advento da Constituição de 1988,* ***demonstra*** *que o legislador ordinário,* ***ao redigi-lo****, buscou, em caso análogo ao presente,* ***fazer valer o princípio da presunção de inocência****.*

(...)

Não pode*, à evidência, a lei infraconstitucional,* ***excepcionar*** *um princípio constitucional expresso,* ***qual seja****, da estatura de presunção de inocência que, ao lado do valor da dignidade humana,* ***corresponde*** *a um dos esteios básicos do capítulo relativo aos direitos e garantias do cidadão.* ***Por essa razão****, penso, não pode prevalecer a possibilidade de redução dos vencimentos dos servidores prevista na Lei estadual 869/52, com a redação dada pela Lei estadual 2.364/61.*

(**Grifei.**)

Bastante incisivo, ainda, nesse **mesmo** sentido, o douto voto **concordante** proferido, em referido julgamento, pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO:

(...) ***também acompanho****,* ***e quero ressaltar*** *a importância deste julgamento,* ***porque*** *o Tribunal de modo expresso* ***está reconhecendo*** *que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição,* ***é garantia*** *contra a aplicação* ***de qualquer*** *medida gravosa àquele que, como réu, está sendo, ainda, objeto de ação penal, cuja sentença condenatória não transitou em julgado.*

O Tribunal está reconhecendo que não lhe pode ser aplicada *sequer medida de caráter patrimonial;* ***que a garantia constitucional*** *não permite sequer imposição de caráter patrimonial, que é importantíssimo para se fixar o entendimento de que a injunção de gravame de caráter penal, que diga diretamente com restrição à liberdade do réu, "a fortiori"* ***não pode*** *ser tolerada perante* ***aquela*** *cláusula constitucional.*

(**Grifei.**)

Também eu, Senhor Presidente, **ao acompanhar** o eminente Relator, **tive o ensejo** de enfatizar o extravasamento, **para além** do domínio **estritamente** processual penal, da garantia da presunção de inocência:

***Ressalto**, como aqui já foi afirmado, **a importância deste julgamento**, em que o Supremo Tribunal Federal, **interpretando** a Constituição da República, **deixa perfeitamente claro** que o princípio da não culpabilidade **projeta-se para além** de uma dimensão **estritamente** penal, **alcançando** quaisquer medidas **restritivas** de direitos, **independentemente** de seu conteúdo, ainda que em sede administrativa.*

(...)

***Entendo** que esta é uma decisão **de grande** importância, **pois reconhece** que, no Estado democrático de Direito, **os poderes** do Estado **acham-se juridicamente limitados** em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão. **O Estado não pode legislar**, **imoderadamente**, de maneira abusiva (**RTJ** 182/1102-1103 – **RTJ** 190/874-876 – **RTJ** 195/635 – **ADI 2.551-MC-QO/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), para, **em transgressão** ao postulado da não culpabilidade **e** ao princípio da proporcionalidade, **estabelecer** normas ou adotar medidas administrativas **que culminem** por impor restrições absolutamente **inconvivентes** com referidas diretrizes fundamentais.*

(**Grifei.**)

Os julgamentos que venho de referir, **notadamente** os emanados do Supremo Tribunal Federal, **revelam** a significativa importância **de que se reveste**, em nosso ordenamento positivo, **o postulado constitucional que consagra**, como prerrogativa ínsita ao regime dos direitos fundamentais, **a presunção de inocência**.

Com a superveniência da nova Constituição do Brasil, **proclamou-se**, explicitamente (art. 5º, LVII), **um princípio que sempre existira**, **de modo imanente**, em nosso ordenamento positivo: **a presunção de inocência** das pessoas sujeitas a procedimentos estatais (DALMO DE ABREU DALLARI, "**O renascer do direito**", p. 94/103, 1976, Bushatsky; WEBER MARTINS BATISTA, "**Liberdade Provisória**", p. 34, 1981, Forense).

Esse postulado – **cujo domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova** – impede que se atribuam à denúncia penal – **ou à existência** de processos pendentes **ou**, **ainda**, a sentenças recorríveis – **consequências jurídicas apenas compatíveis** com decretos judiciais de condenação definitiva, **transitada** em julgado. **Esse princípio tutelar repudia** presunções contrárias ao réu, **que não deverá sofrer** punições antecipadas **nem** restrições em sua pessoal dimensão jurídica.

De outro lado, a presunção de inocência, **enquanto** garantia constitucional, **faz recair**, **sobre o órgão da acusação**, agora de modo **muito mais** intenso, **o ônus substancial** da prova, **fixando** diretriz **a ser indeclinavelmente** observada pelo magistrado **e** pelo legislador.

Daí, Senhor Presidente, **a regra de prudência estabelecida** no art. 15, III, da Constituição da República, **a exigir**, para efeito de suspensão temporária dos direitos políticos, **notadamente** da capacidade eleitoral passiva, **vale dizer**, do direito de ser votado, **o trânsito em julgado** da condenação judicial.

É preciso relembrar, Senhor Presidente, **que não compete ao réu demonstrar a sua inocência**. Antes, **cabe**, ao Ministério Público, **comprovar**,

de forma inequívoca, **a culpabilidade** do acusado. **Hoje já não mais prevalece**, em nosso sistema de direito positivo, **a regra hedionda** que, em dado momento histórico de nosso processo político, **criou**, para o réu, **com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários**, **a obrigação de ele**, **acusado**, **provar a sua própria** inocência!!! **Refiro-me** ao art. 20, inciso 5, do Decreto-Lei 88, de 20-12-1937 – **editado** sob a égide do nefando Estado Novo de VARGAS – **que veiculava**, no que se refere aos delitos submetidos a julgamento pelo Tribunal de Segurança Nacional, **e em ponto** que guarda inteira pertinência com estas observações, **uma fórmula jurídica** de despotismo explícito: "***Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário*** *(...)*".

O fato indiscutivelmente relevante no domínio processual penal, Senhor Presidente, **mas com repercussão** na esfera extrapenal, **é que**, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, **não se justifica** a formulação possível, por antecipação **ou** presunção, de **qualquer** juízo condenatório, que deve, **sempre**, respeitada, **previamente**, a garantia do devido processo, assentar-se – **para que se qualifique** como ato revestido de validade ético-jurídica – **em elementos de certeza**, os quais, **ao dissiparem** ambiguidades, **ao esclarecerem** situações equívocas **e ao desfazerem** dados eivados de obscuridade, **revelam-se capazes** de informar, **com objetividade**, o órgão judiciário competente, **afastando**, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas **que poderiam** conduzir qualquer magistrado ou Tribunal **a pronunciar** o "*non liquet*".

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal –, **não se revestem**, em sede processual penal (ou extra-penal), **de idoneidade jurídica**. **Não se pode** – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – **atribuir** relevo **e** eficácia a juízos **meramente** conjecturais, **para**, com fundamento neles, apoiar um **inadmissível** decreto condenatório **e deste extrair**, **sem** que ocorra o respectivo **trânsito** em julgado, **consequências** de índole extrapenal, **compatíveis**, no plano jurídico, **unicamente** com um título judicial **qualificado** pela nota da definitividade.

É sempre importante advertir, Senhor Presidente, **na linha** do magistério jurisprudencial **e em respeito** aos princípios estruturantes do regime democrático, que, "***Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal***" (**RT 165/596**, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO).

Com igual razão, restrições à esfera jurídica de qualquer pessoa, **porque qualificadas** por seu caráter essencialmente gravoso, **não podem derivar**, **seja** da mera instauração de procedimentos estatais contra alguém, **seja** da prolação de sentenças judiciais de condenação **ainda não tornadas** irrecorríveis, **especialmente** no campo do exercício da cidadania **e**, em particular, **no plano da elegibilidade**.

Cumpre ter presente, neste ponto, **em face** de sua permanente atualidade, **a advertência** feita por RUI BARBOSA **àqueles** que, muitas vezes **deslembrados** dos princípios que a Constituição da República **contempla** em favor

das pessoas em geral, **precipitam-se** na formulação de juízos moralmente derrogatórios, **impregnados** de reprovabilidade, **embora destituídos** de suporte idôneo, **necessariamente apoiado** em decisões **transitadas** em julgado. **Para RUI** ("**Novos Discursos e Conferências**", p. 75, 1933, Saraiva), "*Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, **para os guardas da ordem social**, a obrigação **de não aventurar** inferências, **de não revelar** prevenções, **de não se extraviar** em conjecturas (...)*".

Daí a ênfase com que RUI ("**O Dever do Advogado**", p. 19, 1985, Fundação Casa de Rui Barbosa/AIDE) **destaca a necessidade imperiosa** de os magistrados e Tribunais **não** formularem juízos apressados, inconsequentes e antecipatórios de efeitos resultantes de uma condenação **sequer** proferida **ou**, **se** proferida, ainda **não** tornada definitiva:

> *(...) **Não sigais** os que argumentam **com o grave** das acusações, **para se armarem de suspeita e execração** contra os acusados. **Como se**, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, **e menos perder de vista a presunção de inocência**, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.*
> (**Grifei.**)

Não podemos desconhecer que o sistema constitucional brasileiro, **além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova nenhuma**, também **não** legitima **nem** tolera decretos condenatórios **apoiados** em elementos de informação **unilateralmente** produzidos pelos órgãos de repressão penal **ou** por autores de ações civis de improbidade administrativa.

A condenação do réu pela prática **de qualquer** delito – até mesmo pela prática **de uma simples** contravenção penal – **somente se justificará** quando existentes, **no processo**, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, **elementos de convicção**, que, **projetando-se** "*beyond all reasonable doubt*" (**além**, portanto, **de qualquer** dúvida razoável), **veiculem** dados **consistentes** que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

No ordenamento positivo brasileiro, **não existe** qualquer possibilidade de o Poder Público, por simples **presunção** ou com fundamento em **meras suspeitas**, reconhecer, **sem** prévia decisão judicial condenatória **irrecorrível**, a culpa de alguém, **especialmente** quando, **para além** da gravíssima privação da liberdade individual – **ou** da atribuição da qualidade de "*improbus administrator*" –, **resultar**, ainda, dentre **outras** sérias consequências, **a suspensão temporária** da cidadania, em particular **do direito de ser votado**.

Na realidade, **os princípios democráticos** que informam o modelo constitucional **consagrado** na Carta Política de 1988 **repelem** qualquer comportamento estatal **que transgrida** o dogma de que **não haverá** culpa penal por presunção **nem** responsabilidade criminal **ou** civil por mera suspeita (**RT** 690/390 – **RT** 698/452-454).

É por essa razão que a jurisprudência desta Suprema Corte **enfatiza**, com particular veemência, que "***Não podem repercutir**, contra o réu, situações jurídico--.processuais **ainda não definidas** por decisão **irrecorrível** do Poder Judiciário, **especialmente** naquelas hipóteses **de inexistência** de título penal condenatório **definitivamente** constituído*" (**RTJ 139/885**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não constitui demasia enfatizar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção constitucional de inocência, **além** de incidir, **precipuamente**, no domínio da prova (**impondo**, ao órgão estatal, **o ônus** de provar a culpa daquele **a quem se atribuiu** a prática de um crime), **também consagra**, em nosso sistema jurídico, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público **de agir e de se comportar**, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **e** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados **definitivamente** por sentença do Poder Judiciário.

Nesse sentido, **e considerando** as lições da doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES, "**Estudos de Direito Penal e Processo Penal**", p. 114/115, item n. 3.6, 1999, RT, **v.g.**), **cabe ter presente decisão** proferida pelo Supremo Tribunal Federal, **na qual** esta Corte **deixou assentada diretriz** da mais alta significação **na exegese** do princípio constitucional **de que ninguém** pode ser considerado culpado **antes** que sobrevenha sentença penal condenatória **irrecorrível**:

> *– **Ninguém pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.*
>
> ***O princípio constitucional da não culpabilidade**, em nosso sistema jurídico, **consagra uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes**.*
>
> (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Não custa reafirmar, por isso mesmo, **a advertência** constante do magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte, **no sentido** de que "***Nenhuma** acusação penal se presume provada. **Não compete**, ao réu, demonstrar a sua inocência. **Cabe**, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. **Já não mais prevalece**, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (**Estado Novo**), criou, **para o réu**, **com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários**, **a obrigação de o acusado** provar **a sua própria** inocência (**Decreto-Lei 88**, de 20-12-1937, art. 20, n. 5)* (**RTJ 161/264-266**, **265**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Penso ser importante, pois, **dar-se consequência efetiva** ao postulado constitucional da presunção da inocência, **que representa** uma prerrogativa de caráter bifronte, **cujos** destinatários são, **de um lado**, o Poder Público, **que sofre limitações** no desempenho das suas atividades institucionais, **e**, **de outro**, o

próprio cidadão, **que encontra**, nesse princípio, **o fundamento** de uma garantia essencial **que lhe é reconhecida** pela Constituição da República **e que se mostra** inteiramente oponível ao poder do Estado, **neutralizando-lhe**, por isso mesmo, **qualquer** iniciativa que objetive **impor**, ao cidadão, **restrições** à sua esfera jurídica, **sem** que exista, para tanto, **qualquer** título judicial **definitivo**.

O eminente **e** saudoso Ministro LEITÃO DE ABREU, em substancioso pronunciamento, **manifestou-se**, vencido, **pela inconstitucionalidade parcial** da regra legal (**LC 5/1970**, art. 1º, I, "**n**") **que tornava inelegível** qualquer réu **contra quem fosse** recebida, por órgão judiciário competente, denúncia **oferecida** pela suposta prática **de determinados** ilícitos penais, **valendo ressaltar**, no entanto – **e esta é a percepção pessoal** que extraio **de tão precioso** voto –, que os fundamentos nele expostos **desautorizam**, por completo, **especialmente** em face do que dispõe o art. 15, III, **da vigente** Constituição, **o reconhecimento**, ora pretendido pela Associação dos Magistrados Brasileiros, de que a causa da inelegibilidade **também** pode resultar da existência de sentença **ainda impugnável** mediante recursos, **mesmo que destituídos** de eficácia suspensiva (**RTJ** 79/695-705):

> *(...)* ***Não me situo*** *em plano meramente conjetural,* ***quando avento a possibilidade*** *de vir o candidato, cujo registro se recusou, com fundamento na alínea "n",* ***a ser absolvido****, isto é,* ***a de se lhe aplicar****, sem causa jurídica,* ***indiscutível*** *penalidade,* ***consistente em se lhe trancar*** *o exercício de direito individual –* ***o de ser votado*** *–,* ***com base*** *em recebimento de denúncia,* ***que lhe imputava*** *ilícito penal,* ***cuja inexistência o órgão judiciário****, mediante o exame da prova,* ***acabe por declarar****, de modo perentório e indiscutível.*
>
> ***Não suscito****, a esse respeito –* ***insisto*** *–* ***mera conjetura****, de tal modo improvável que orce pelo impossível,* ***mas formulo hipótese****, não só provável,* ***mas de realização já verificada*** *em concreto.* ***Não disponho de elementos****, pois que disso não cuidei,* ***para afirmar quantas vezes****, porém o bastante para tornar certo que o dogma da constitucionalidade da alínea "n"* ***pode conduzir à iniquidade****, que inquina essa regra de vício irremediável,* ***em face*** *dos postulados, que informam a nossa ordem constitucional.*
>
> ***Exatamente*** *no julgamento do recurso especial,* ***acerca do qual*** *versa o presente apelo extraordinário,* ***lembrou*** *o eminente Ministro José Boselli,* ***ao proferir*** *o seu voto,* ***no TSE****, haver emitido opinião,* ***na qualidade*** *de Relator,* ***no sentido*** *da constitucionalidade da alínea "n",* ***tendo prevalecido*** *essa tese,* ***pelo voto*** *de desempate.* ***Recordou que assim se manifestara****, não obstante a profunda impressão que lhe haviam causado os argumentos do Ministro Xavier de Albuquerque,* ***em prol da inconstitucionalidade*** *dessa norma,* ***porque lhe parecera*** *que cumpria fosse mantida a orientação anterior (...).*
>
> ***Asseverou****, porém, que,* ***depois*** *de haver proferido aquele voto,* ***no aludido*** *julgamento,* ***pelo qual*** *o candidato* ***foi impedido*** *de concorrer às eleições,* ***este foi absolvido****,* ***perdendo a oportunidade de concorrer*** *ao mandato legislativo,* ***que pretendia disputar****,* ***fazendo-se irreparável*** *o agravo que se perpetrara ao seu direito.* ***Depois de frisar*** *quanto esse fato, para o qual concorrera com seu voto, lhe tocara a sensibilidade, quão profundamente chocado – foram as suas palavras – ficara com essa situação,* ***retificava*** *a sua posição* ***para filiar-se****, também, à opinião que dava* ***pela inconstitucionalidade*** *da alínea "n".* ***Fato idêntico acaba de se verificar***

***neste pleito**, em relação ao candidato José Maria de Jesus Pereira, **contra o qual se recebera denúncia** como incurso nos arts. 293 e 350 do Código Eleitoral, **denúncia** em razão da qual fora julgado inelegível pelo TRE. **Houve recurso especial e o TSE**, de acordo com aresto que declarou inconstitucional a dita "alínea", **conheceu** do recurso **e lhe deu provimento** para determinar o registro **deste** candidato (**Acórdão** 6.137, de 31 de outubro). **Dias depois**, em 10 de novembro, **o aludido candidato**, por seu procurador, **protocolava**, no TSE, **petição** na qual pedia a juntada de certidão da sentença **pela qual se julgara improcedente a denúncia** oferecida pelo Ministério Público **para absolver** o aludido candidato, **por ser** – diz a decisão – **indiscutível** a inocência do acusado. **Eis aí**: se essa decisão **sobreviesse** às eleições do dia 15, **irreparável** seria o dano sofrido pelo candidato, **se** houvesse sido mantida a decisão do TRE, **que lhe recusara o registro**, ou seja, **se** o TSE não houvesse declarado inconstitucional a alínea "n". **Indiscutivelmente inocente**, como declarou a sentença absolutória, **o candidato** estaria ferreteado, **nos termos** da presunção de culpa **injuridicamente** irrogada pela alínea "n", **pelo estigma** da imoralidade **e**, como tal, **injustamente**, **impedido** de exercer direito público subjetivo, que indubitavelmente lhe assistia.*

***3**. **Na censura que se irroga**, de modo parcial, **à regra** estatuída na alínea "n" **não se envolve**, como é palmar, **qualquer restrição** a providências legislativas, **que tenham por fim impedir** que candidatos **desprovidos** de moralidade **concorram** aos comícios eleitorais. **Além de cumprir** dever constitucional, **quando dispõe** a tal respeito, **o legislador realiza** tarefa do mais alto interesse público. **Como organismo** essencialmente ético que é, **o Estado há de exigir** que possuam predicados éticos **aqueles** a quem confere o direito de acesso às funções públicas, **notadamente** as de condutor político, **barrando o caminho** aos que não dispuserem de moralidade para o exercício do mandato. "**Nada mais legítimo**, por certo" – **sublinhei eu** no voto que proferi no acórdão recorrido – "**do que a exigência de moralidade** para o exercício do mandado eletivo, **não havendo senão aplaudir** o se ter tornado explícita essa exigência **no preceito constitucional já mencionado** (art. 151, IV, da CF). **Em face dessa cláusula constitucional**, está o legislador, **por via** de norma de caráter complementar, **habilitado**, seguramente, **a definir casos** em que, **por não concorrer** em favor do candidato **a capacidade moral**, **incorre este** em inelegibilidade. **Não é isto**, entretanto," – sinalei – "**que se discute** na espécie, **porquanto** o de que se cuida de saber **é se** a lei complementar, **com apoio** nessa regra constitucional, **pode pronunciar a inelegibilidade** de quem responda a processo judicial **instaurado** por denúncia do Ministério Público, **recebida** pela autoridade judiciária competente, **enquanto** não absolvido" (...).*

(...)

***Enquanto não sobrevém**, destarte, sentença **definitiva** condenatória, **não é possível considerar** culpável o acusado, **para impor-lhe** pena, **que supõe** apurada a sua culpabilidade (...).*

(...)

***8**. **Assentado** que o princípio da presunção da inocência **não constitui** declaração retórica ou inócua, **revestindo**, pelo contrário, **a condição** de imperativo destinado a atuar, praticamente, **em defesa** de prerrogativa **inerente** à dignidade humana, **cumpre encarar** face a face esse postulado, **para determinar** os traços que o caracterizam. **Pondo de lado** a circunstância histórica, aliás, notória, **que induziu se incluísse**, na Declaração de Direitos, **esse dogma** (...), **não me parece**, contudo, que deva fazer o mesmo em relação ao exame dos trabalhos preparatórios*

do aludido documento, no concernente à elaboração da regra a respeito de cujo alcance ora se fere a controvérsia.

***Conhecido é o papel** que exerceu, **na elaboração** desse documento, **René Cassin**. Depois de haver redigido o projeto da Declaração, **retomou-lhe o texto para nele inserir o princípio da presunção de inocência**, visto como este lhe parecia essencial (...). **Na verdade**, com o estabelecer-se que "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei", **por estabelecido cumpre ter-se**, necessariamente, **que não pode ele**, enquanto não provada a sua culpabilidade, **ser castigado ou punido**. **De qualquer sorte**, **o fato de ter sido expressa**, nos trabalhos preparatórios, **em mais** de uma versão do projeto, **a norma** de que, **em face** da presunção de inocência do acusado, **não pode ele** ser punido **antes** de ter sido julgado, **torna absolutamente induvidoso** que, **dada** a presunção de inocência, **garantida** ao acusado, **atenta contra direito subjetivo público**, de que é titular, **impor-lhe** castigo ou punição.*

***9**. **Ora**, já tive oportunidade **de salientar**, no voto proferido **no TSE**, a suma, a capital importância do direito político, **que assiste** ao cidadão, **particularmente** no tocante à sua participação na formação da vontade estatal. **Esse direito cria** – para servir-me do ensinamento de Jellinek – **uma condição nova** da personalidade. **Esta se enriquece**, em razão dessa prerrogativa, **com o direito** de ser admitido a exercer a atividade política, **a servir** de órgão. **Investido** nessa qualidade, **o cidadão** – observa o famoso publicista – **adquire** uma espécie de direito de cidade de natureza superior. "**A posição que daí resulta**" – acrescenta – "**é o estado de cidadão ativo** que, para o pensamento antigo, **se confunde c**om o do cidadão em geral", Georg Jellinek, "L'État Moderne et son Droit", t. II, pg. 55).*

***Despojar**, pois, **o cidadão**, pelo simples fato do recebimento de denúncia contra ele oferecida pelo Ministério Público, **do direito a concorrer** a cargo eletivo **importa em privá-lo**, sem julgamento, **de** "**status**" ligado ao seu direito de cidade, **o** "**status activae civitatis**". **Implica isso**, inequivocamente, **cominar-lhe pena**, punição **ou** castigo. **Independente** do "due process of Law", **podendo isso acontecer** até sem que lhe haja sido proporcionada, em juízo, **qualquer** oportunidade de defesa. **Equivale isso** a sujeitá-lo a pena acessória **sem** pena principal, **a submetê-lo** a punição, **que pode recair**, não sobre quem venha a ser condenado, **mas sobre quem acabe** por ser declarado inocente. **A essa iniquidade** – bom é que se registre – **ficarão sujeitos**, a vingar a tese da constitucionalidade da alínea "n", **pretendentes aos ofícios políticos** de menor **ou** de maior hierarquia, **que nada poderão**, por mais ilibados que sejam, **contra** os azares do recebimento de denúncia, **seja** por infração levíssima, **seja** por imputação delituosa que se comprove inconsistente.*

***10**. **Raciocina-se que**, pela Constituição Federal, art. 151, IV, **se comete à lei complementar estabelecer** os casos de inelegibilidade, **visando a preservar** a moralidade **para o exercício** do mandato, **levada em consideração a vida pregressa** do candidato. **Deste modo**, **havendo elementos**, em determinado processo, **para se emitir juízo** quando **à falta** de moralidade do candidato, **nada mais seria preciso** para se lhe pronunciar a inidoneidade **para concorrer** a cargo eletivo. **Poderia isso acontecer se** a Constituição **tivesse deixado** ao critério do juiz **o discernir** entre os que possuem **e** os que não possuem moralidade para o exercício do mandato. **Ocorre**, no entanto, **que**, **no art. 151**, itens I a IV, **não se estabelecem normas autoexecutáveis**, **mas programáticas**, **cabendo**, tão somente, **ao legislador**, **mediante** lei complementar, **definir**, com base **nos princípios** aí estabelecidos, **os casos de inelegibilidade**.*

(...)

*Ora, **o postulado** da presunção de inocência **está em perfeita sintonia** com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. **O valor social e jurídico**, que se exprime **na presunção** de inocência do acusado, **é inseparável** do sistema axiológico, **que inspira** a nossa ordem constitucional, **encontrando lugar necessário**, por isso, **entre** os demais direitos e garantias individuais, **especificados** no art. 153 da Constituição Federal. **Além de se tratar**, desse modo, como declara, com a sua costumeira elegância, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, **de princípio** eterno, universal, imanente, **que não precisa** estar inscrito em Constituição nenhuma, **esse princípio** imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, **direito positivo** (...).*

(**Grifei.**)

Cabe reafirmar, bem por isso, Senhor Presidente, **uma observação concernente** ao postulado da presunção de inocência: **trata-se** de garantia – **que possui eficácia irradiante**, **apta a projetá-la** para esferas processuais **não** criminais – **cuja invocação**, **contra qualquer** autoridade **ou** Poder do Estado, **mostra-se pertinente não só** nos casos **de recebimento** da denúncia (**como sucedia** no regime anterior), **mas**, também, **em qualquer** situação na qual **não se haja** formado a coisa julgada, **a significar**, portanto, **que os fundamentos** que deram suporte **ao magnífico** voto **proferido** pelo eminente **e** saudoso Ministro LEITÃO DE ABREU **a propósito** da qualificação do recebimento judicial da denúncia como causa de inelegibilidade **são inteiramente aplicáveis** a qualquer **outra** situação processual, **mesmo** àquelas **com** sentença **já** proferida, **mas** ainda **não tornada** definitiva, **por efeito** do trânsito em julgado.

A exigência de coisa julgada – **que representa**, na constelação axiológica **que se encerra** em nosso sistema constitucional, **valor** de essencial importância **na preservação** da segurança jurídica – **não colide**, por isso mesmo, com a cláusula de probidade administrativa **nem** com a que se refere à moralidade para o exercício do mandato eletivo, **pois a determinação** de que se aguarde a **definitiva** formação da autoridade da "*res judicata*", **além de refletir** um claro juízo de prudência do legislador, **quer** o constituinte (**CF**, art. 15, III), **quer** o comum (**LC 64/1990**, **art. 1º**, I, "**d**", "**e**", "**g**" e "**h**", **e** art. 15), **encontra** plena justificação **na relevantíssima** circunstância de que **a imposição**, ao cidadão, **de gravíssimas** restrições à sua capacidade eleitoral, **deve condicionar-se** ao trânsito em julgado da sentença, **seja** a que julga procedente a ação penal, **seja** aquela que julga procedente a ação civil por improbidade administrativa.

Mostra-se relevante acentuar o alto significado **que assume**, em nosso sistema normativo, **a coisa julgada**, **pois**, ao propiciar a estabilidade das relações sociais **e** a superação dos conflitos, **culmina** por consagrar a segurança jurídica, **que traduz**, na concreção de seu alcance, **valor** de transcendente importância política, jurídica e social, **a representar** um dos fundamentos estruturantes **do próprio** Estado democrático de direito.

Daí a correta observação de NELSON NERY JUNIOR **e** de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY ("**Código de Processo Civil Comentado**", p. 680, item n. 1, p. 685, item n. 23, e p. 687, itens ns. 27 **e** 29, 10. ed., 2007, RT):

> ***A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º caput). Entre*** *o "justo absoluto", utópico,* ***e*** *o "justo possível", realizável,* ***o sistema constitucional brasileiro****, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais,* ***optou pelo segundo*** *("justo possível"),* ***que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada*** *é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.*
>
> *(...)*
>
> ***A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material*** *como "elemento de existência" do Estado Democrático de Direito (...).* ***A "supremacia da Constituição"*** *está na própria coisa julgada,* ***enquanto manifestação*** *do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º "caput"),* ***não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada*** *como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional.* ***Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada****, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito (...).*
>
> *(...)*
>
> *"****Desconsiderar" a coisa julgada é ofender a Carta Magna****, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º "caput").*
>
> *(...)*
>
> ***Consoante o direito constitucional de ação*** *(CF 5º XXXV),* ***busca-se*** *pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa.* ***A sentença "justa"*** *é o ideal – "utópico" – maior do processo.* ***Outro valor não menos importante para essa busca é a "segurança" das relações sociais e jurídicas****. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas),* ***o sistema constitucional brasileiro resolve o choque****,* ***optando pelo valor segurança*** *(**coisa julgada**).* (**Grifei.**)

Não se ignora que a sentença, **enquanto** sujeita a recurso, de natureza ordinária **ou** de caráter extraordinário, **qualifica-se** como um ato estatal **essencialmente** instável **e** provisório, **caracteristicamente** reformável **e naturalmente dependente**, no desenvolvimento de seu integral conteúdo eficacial, **do trânsito** em julgado, **pois é deste fato processual** que resulta **a especial** qualidade **que torna imutável e indiscutível** o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial.

É por isso que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("**Comentários ao Código de Processo Civil**", vol. V/234, item n. 136, 14ª ed., 2008, Forense), **ao analisar** a condição jurídica da sentença **sujeita** a recurso, **destituída**, portanto, da autoridade da coisa julgada, **põe em destaque o caráter instável** do título sentencial:

(...) ***O grau de instabilidade****, aqui,* ***é obviamente muito maior****:* ***pode ser*** *que o pronunciamento* ***venha a prevalecer*** *em caráter definitivo,* ***se decorrer*** *"in albis" o prazo recursal,* ***ou*** *por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível;* ***mas****, "****a priori****",* ***há pelo menos igual possibilidade*** *de que a superveniência de outro pronunciamento,* ***em grau superior****, retire ao primeiro* ***toda a aptidão*** *para cristalizar-se em "res iudicata".*
(**Grifei.**)

Não se pode desconhecer, portanto, **quanto** à sentença **ainda** recorrível, **que se registra**, quanto a ela, **a possibilidade** – que **não** é simplesmente teórica – de vir a ser reformada pelos Tribunais de segundo grau, **inclusive** por Cortes judiciárias superiores, **como** o próprio Tribunal Superior Eleitoral, **ou** o Superior Tribunal de Justiça (quando **não** se tratar de processos de natureza eleitoral), **ou**, ainda, o Supremo Tribunal Federal, **atuando** em sua condição de instância de superposição.

Veja-se, desse modo, que a privação temporária (**suspensão**) dos direitos políticos – **de que resulta** a perda da elegibilidade, **como consequência** de condenação criminal **transitada** em julgado (**CF**, art. 15, III) **ou** da procedência **definitiva** da sentença que julga a ação civil de improbidade administrativa **ou** a representação em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político (**Lei 8.429/1992**, art. 20, "*caput*", **c/c** a **LC 64/1990**, art. 1º, I, "**d**", "**g**" e "**h**") – **acha-se condicionada** à estrita observância do trânsito em julgado do respectivo ato sentencial.

Essa **exigência** de irrecorribilidade **atende** à própria racionalidade do sistema de direito positivo, **considerados** os fundamentos **que justificam** a coisa julgada **como um dos valores estruturantes** do Estado democrático de direito.

Não foi por outra razão que a Lei 9.504/1997, **que** "***Estabelece*** *normas para as eleições*", **tornou necessária**, para fins **de registro** de candidatos (art. 11, § 1º, IV e VII), **a produção** de determinados documentos, **como** certidões criminais **fornecidas** pelo Poder Judiciário, **com o objetivo de subsidiar** os órgãos da Justiça Eleitoral **com informações relevantes** sobre a vida **e**, também, sobre os antecedentes judiciais do candidato em potencial, **mesmo** porque **a existência** de condenação criminal **transitada** em julgado **provoca**, embora temporariamente, **mas como efeito desabonador** resultante da vida pregressa do condenado, **a privação** dos seus direitos políticos de cidadania (**CF**, art. 15, III), **afetando-o**, dentre **outras** consequências, **com a perda** da elegibilidade.

Cumpre ter presente, no entanto, **a advertência** que faz, dentre **outros** autores, RENATO VENTURA RIBEIRO ("**Lei Eleitoral Comentada**", p. 131/133, item n. 11.2.7, 2006, Quartier Latin), **em lição** expendida a propósito **dessa específica** exigência legal:

Demais *processos criminais,* ***sem*** *decisão transitada em julgado,* ***não devem*** *ser considerados para fins de pedido de registro de candidatura,* ***em razão*** *da presunção de inocência (****CF****, art. 5º, LVII)* ***e*** *da previsão constitucional de suspensão de direitos políticos* ***somente*** *com condenação criminal* ***transitada*** *em julgado (****CF****,*

*art. 15, III). **Assim**, certidões positivas, **mas sem registro** de condenação **transitada** em julgada **ou** de casos de inelegibilidade, **não obstam** o deferimento do pedido de registro de candidato.*
(**Grifei.**)

Cabe fazer, neste ponto, **uma observação**, Senhor Presidente.

Refiro-me ao fato de que o art. 1º, I, "**e**", da LC 64/1990, **ao estender a inelegibilidade** por "*(...) 3 (três) anos, **após** o cumprimento da pena*", **claramente reforça**, com essa extensão temporal, **e no que concerne** aos delitos **expressamente** mencionados em referido preceito legal (**crimes** contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes **e** crimes eleitorais) **a exigência ético-jurídica** de respeito à probidade administrativa **e** à moralidade para o exercício da função eletiva.

Como se sabe, pela regra inscrita no art. 15, III, da Constituição, **a perda da elegibilidade** prevalece **enquanto** durarem os efeitos da condenação, **sendo** que a norma legal em questão, **tratando-se** dos crimes nela taxativamente referidos, **estende** essa privação da cidadania passiva **pelo período adicional** de 3 anos **subsequentes** ao cumprimento da pena.

É de destacar, neste ponto, que, **não obstante o teor da Súmula 9/TSE** ("*A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos*"), **a jurisprudência** que se formou no Tribunal Superior Eleitoral **tem salientado** que o entendimento sumular **não se aplica** quando o delito pelo qual alguém foi condenado **irrecorrivelmente coincidir** com qualquer daqueles **tipificados** no questionado art. 1º, I, "**e**", da LC 64/1990, **como resulta claro** das várias decisões que aquela Alta Corte judiciária tem proferido:

ELEITORAL – INELEGIBILIDADE – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONDENAÇÃO: TRÂNSITO EM JULGADO – LEI 64/1990, ART. 1º, ALÍNEA "E".

***I – São inelegíveis**, pelo prazo **de três anos após** o cumprimento da pena, os que forem condenados pela prática de crime contra a Administração Pública.*

II – Recurso especial provido.
(**Recurso 11.838/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**.)

AGRAVO REGIMENTAL. REGISTRO DE CANDIDATO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. TRÂNSITO EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PENA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INELEGIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º, I, "E", LC 64/1990. SÚMULA TSE 9. INDULTO.

***1** – O art. 15, III, da Constituição Federal **não torna inconstitucional** o art. 1º, I, "e", da LC 64/1990, que tem apoio no art. 14, **§ 9º**, da Constituição Federal.*

***2 – Considera-se inelegível**, por três anos, contados da data em que declarada a extinção da pena, o candidato condenado por sentença criminal **transitada** em julgado (...).*
(**REspe 22.148-AgR/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **Grifei**.)

Nem se diga, ainda, **que se revelaria possível** a utilização de recursos **procrastinatórios para obstar**, por um gesto **de puro arbítrio** do condenado, **a formação** da coisa julgada, **o que frustraria** a incidência da cláusula de inelegibilidade.

Essa alegação **não se justifica**, pois o Supremo Tribunal Federal **formou jurisprudência de neutralização** do abuso do direito de recorrer, **mesmo** em se tratando de processos de natureza eleitoral, com a determinação **de imediata execução** dos seus julgados **ou** daqueles mantidos, em sede recursal (**tanto** ordinária **quanto** extraordinária), **por esta** Suprema Corte (**AI 469.699-ED-AgR/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE 179.502-ED-ED-ED/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES, **v**.**g**.):

> *– O Supremo Tribunal Federal – **reputando** essencial **impedir** que a **interposição sucessiva** de recursos, **destituídos** de fundamento juridicamente idôneo, culmine por gerar **inaceitável** procrastinação do encerramento da causa – tem admitido, **em caráter excepcional**, notadamente quando se tratar de processos eleitorais, que se proceda ao **imediato cumprimento** da decisão recorrida, **independentemente** da publicação de acórdão **e** de eventual oposição ulterior de embargos de declaração. **Precedentes**. **Hipótese** em que a decisão do TSE, embora proferida em 22-9-98, **ainda** não havia sido executada.*
> (**RE 247.416-AgR-EDv-ED/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

> *(...) **Eficácia imediata** das decisões da justiça eleitoral, salvo exceções previstas em lei. Comunicada a decisão à Presidência da Câmara dos Deputados, cabe a esta dar posse imediata ao suplente do parlamentar que teve seu diploma cassado. (...).*
> (**MS 25.458/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, **Pleno**.)

> *– **Embargos de declaração**.*
> *Embargos de declaração que são manifestamente protelatórios.*
> *– **Em casos** como o presente, **em que os embargos de declaração** com relação a outros embargos de declaração **são manifestamente protelatórios**, **especialmente em se tratando de matéria eleitoral**, deve-se a aplicar a jurisprudência desta Corte, firmada em acórdãos inclusive do Pleno (**RE** 179.502-ED-ED-ED, **RE** 244.161-ED-ED, **EREEDA** 247.416, **RE** 247.987-ED, **AI** 260.266-AgR-ED-ED **e AI** 285.969-AgR-ED-ED, a título exemplificativo), no sentido de que se proceda ao imediato cumprimento da decisão tomada no recurso extraordinário em causa, independentemente da publicação do acórdão destes embargos.*
> *Embargos rejeitados, **determinando-se o imediato cumprimento da decisão** tomada no recurso extraordinário em causa, **independentemente** da publicação do acórdão destes embargos.*
> (**RE 301.343-ED-ED/ES**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei**.)

Presente esse contexto, Senhor Presidente, **não vejo como o respeito ao instituto** da coisa julgada **possa traduzir** transgressão **à exigência** de probidade administrativa **e** de moralidade para o exercício do mandato eletivo.

Inexiste, na realidade, **qualquer** situação de antinomia **entre** esses valores constitucionais, **pois eles convivem**, harmoniosamente, em nosso sistema normativo, **na medida em que a observância** do trânsito em julgado de sentenças, **cujos efeitos afetam e restringem**, gravemente, **a esfera jurídica** de quem é condenado, **apenas confere** certeza **e prestigia** a segurança jurídica, **que também se qualifica** como valor constitucional a ser preservado.

Esse, pois, Senhor Presidente, **o sentido de racionalidade** que se mostra **ínsito** às cláusulas, que, **fundadas** na Constituição **e** na legislação comum, **condicionam** a eficácia supressiva da elegibilidade **de qualquer** cidadão **à prévia** consumação do trânsito em julgado da sentença, penal ou civil, que contra ele foi proferida.

Como **anteriormente** assinalado, a Constituição de 1988, **tratando-se** de condenação penal, **erigiu-a** em causa suspensiva dos direitos políticos, **desde** que "*transitada em julgado*" (**CF**, art. 15, III).

Essa exigência – que **decorre** do próprio texto constitucional **e que não se opõe** à aplicação dos postulados da probidade **e** da moralidade (**que incidirão** tão logo se torne **irrecorrível** o ato sentencial) – **representou** uma significativa evolução **em relação** ao modelo que prevaleceu sob o ordenamento constitucional anterior, **eis que**, como se sabe, a norma inscrita no art. 15, III, da vigente Constituição **foi considerada** autoaplicável pelo Supremo Tribunal Federal (**RE 179.502/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RMS 22.470-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **enquanto** que esta mesma Corte (**RTJ** 61/581 – **RTJ** 82/647) **e** o Tribunal Superior Eleitoral (**Boletim Eleitoral do TSE**, vol. 256/328), **em decisões** proferidas **sob a égide** da Carta Federal de 1969, **que exigia** lei complementar (**jamais** editada) **para dispor** sobre a suspensão dos direitos políticos "*por motivo de condenação criminal*", **reconheciam** que essa medida **dependia** da integração normativa do art. 149, **§ 3º**, daquela Carta Política, **que contemplava** regra impregnada de eficácia meramente limitada, **desprovida**, em consequência, de aplicabilidade direta, imediata e integral.

Vê-se, desse modo, **que o modelo que se contém na vigente** Constituição, por **não** depender de **qualquer** complementação legislativa, **torna imediata**, com o **trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **a privação temporária** dos direitos políticos, **inclusive** a supressão da própria elegibilidade, **assim obstando** que criminosos **tenham acesso** a qualquer mandato eletivo.

Ao contrário do que sustentado pela arguente, **o condicionamento** imposto pela necessidade **de prévia** formação da coisa julgada **não representa**, considerados os fundamentos que venho expondo **ao longo** deste voto, **impedimento a que incidam** as exigências **concernentes** à probidade administrativa **e** à moralidade para o desempenho da função eletiva.

A perda da elegibilidade **constitui** situação **impregnada** de caráter excepcional, **pois inibe** o exercício da cidadania passiva, **comprometendo** a prática da liberdade em sua dimensão política, **eis que impede** o cidadão de ter efetiva participação na regência e na condução do aparelho governamental.

Por tal motivo, o constituinte **impôs**, como requisito **necessário** à suspensão dos direitos políticos, **na hipótese** de condenação criminal, **o trânsito** em julgado da respectiva sentença, **pois a gravidade** dos efeitos inibitórios **que resultam** da sentença penal condenatória **mostra-se tão radical** em suas consequências, na dimensão político-jurídica do cidadão, **que tornou imprescindível**, por razões de segurança jurídica **e** de prudência, **a prévia formação** da coisa julgada.

De outro lado, Senhor Presidente, **não se ignora que o julgamento de procedência** da ação civil de improbidade administrativa **também se qualifica** como causa de suspensão dos direitos políticos (**CF**, art. 15, V), **observados**, no entanto, para esse efeito, **os termos** estabelecidos no art. 37, **§ 4º**, da Constituição, **que dispõe** que "*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos (...), **na forma e gradação** previstas em lei (...)*".

A regra constitucional em questão, **implementada e desenvolvida** pela Lei 8.429/1992, **outorgou**, ao legislador comum, **a possibilidade** de disciplinar as condições em que se dará, **uma vez julgada procedente** a respectiva ação civil, **a privação temporária** dos direitos políticos do "*improbus administrator*".

O legislador, no desempenho dessa verdadeira delegação constitucional, **prescreveu**, de modo **plenamente** legítimo, **que a suspensão** dos direitos políticos, **nos processos civis** instaurados por improbidade administrativa, **efetivar-se-á** "*com o trânsito em julgado da sentença condenatória*" (**art. 20**, "*caput*").

A Lei de Improbidade Administrativa, dessa maneira, **em atenção** ao princípio da segurança jurídica (**que tem**, na formação da coisa julgada, **a causa visível** de sua concretização), **condicionou a adoção** daquela medida **restritiva** de direitos políticos, **à existência** de uma situação juridicamente consolidada, **que representa** – tal a importância de que se revestem os direitos políticos em nosso sistema constitucional – **uma garantia de preservação** de sua integridade.

Daí, Senhor Presidente, **a advertência** – **corretamente formulada** por MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, em **precisa** lição sobre o tema ("**O Limite da Improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei 8.429/1992**", p. 734/736, 3. ed., 2006, América Jurídica) – **de que se justifica**, plenamente, **em face** do ordenamento constitucional **e para efeito** de suspensão dos direitos políticos, **a exigência de trânsito em julgado** da sentença **que declara procedente** a ação civil por improbidade administrativa:

> ***Em nome da segurança jurídica**, o art. 20 **assenta** que a perda da função pública **e a suspensão** dos direitos políticos do acusado **só se efetivam após o trânsito** em julgado da sentença condenatória. Essas penas estão contidas no art. 12, aplicáveis aos agentes públicos condenados por ato de improbidade administrativa.*
>
> ***Os efeitos** dessa condenação **refletem-se** na esfera administrativa **e** política do agente público, **não sendo lícito considerar-se culpado** antes do trânsito em julgado da sentença (art. 5°, LVII, da CF) **quem quer que seja**, ainda mais quando se trata de privações políticas e funcionais. **A prudência exige** que a perda desses fundamentais direitos **somente** se efetive **após** o esgotamento de todos os recursos cabíveis, **para que não se puna** o agente público **antes** que a Justiça possa considerá-lo, **em definitivo**, inocente **ou** culpado da acusação que lhe é desferida **ou***

mande arquivar a ação por qualquer vício processual. ***O Estado Democrático de Direito não permite*** *a aplicação de graves sanções, com a condenação preliminar do acusado,* ***antes*** *do trânsito em julgado da sentença condenatória,* ***tendo em vista a possibilidade*** *de reversibilidade do que foi determinado:*

(...)

A probabilidade de reversão *de decisão desfavorável ao agente público* ***é bem grande****, funcionando o "periculum in mora" ao reverso, em favor do réu,* ***que possui*** *o direito de* ***somente*** *ser demitido* ***e perder*** *os seus direitos políticos* ***após*** *a regra do devido processo legal* ***e da*** *ampla defesa,* ***verificadas após*** *o esgotamento de todos os recursos legais.* ***Esse princípio é salutar****, pois, pelo princípio da proporcionalidade, a adequação entre a conduta perpetrada pelos réus e a sua penalização deve guardar correspondência (...).*

(**Grifei**.)

Essa **mesma** preocupação é revelada por ARNOLDO WALD **e** GILMAR FERREIRA MENDES, **em sua atualização** à obra do saudoso Professor HELY LOPES MEIRELLES ("**Mandado de Segurança**", p. 215, 30. ed., 2007, Malheiros):

O uso *da Lei de Improbidade Administrativa* ***não pode*** *transformar os acusados em* ***automaticamente*** *culpados,* ***antes*** *de devidamente processados e condenados.* ***Os princípios constitucionais*** *da ampla defesa* ***e*** *do devido processo legal* ***e, especialmente, o da presunção de inocência*** *devem ser respeitados* ***e são essenciais*** *à preservação do regime democrático.*

(**Grifei**.)

Na realidade, a presunção de inocência **atua** como verdadeiro obstáculo constitucional a decisões estatais **que possam afetar** o exercício de direitos básicos, **como** o direito à liberdade **e** o direito de participação política **na gestão** dos negócios públicos **e na condução** das atividades governamentais.

Vale reafirmar, por isso mesmo, **a advertência** de que **a mera existência** de procedimentos estatais em curso (**como** inquéritos policiais, processos penais, arguições de inelegibilidade **ou** ações civis por improbidade administrativa) **não pode** gerar consequências **incompatíveis** com a presunção de inocência, **porque** esta **só** se desfaz com o reconhecimento definitivo, **em ato irrecorrível**, da culpabilidade **ou** da inelegibilidade de alguém.

Não é por outro motivo que a própria Constituição, **ao dispor** sobre a suspensão dos direitos políticos, **como** a privação temporária do direito de sufrágio (*direito de votar*) **e** do direito de investidura em mandatos eletivos (*direito de ser votado*), **impõe**, como requisito inafastável, **a existência** de "*condenação criminal* ***transitada*** *em julgado, enquanto durarem seus efeitos*" (**CF**, art. 15, III). **O fato relevante**, em tal matéria, **é um só**: episódios processuais **ainda** não definidos, porque deles ausente sentença judicial **transitada** em julgado, **não podem repercutir**, de modo irreversível, sobre o estado de inocência **que a própria** Constituição **garante e proclama** em favor de qualquer pessoa.

O *status poenalis* **e** o estatuto de cidadania **não podem sofrer** – **antes** que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições** que afetem a esfera jurídica das pessoas em geral **e** dos cidadãos em particular.

Essa opção do legislador constituinte (**pelo reconhecimento** do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, **comum a todas as pessoas**, de que ninguém – **absolutamente ninguém** – **pode** ser presumido culpado em suas relações com o Estado, **exceto** se já existente sentença **transitada** em julgado. **É por isso** que este Supremo Tribunal Federal **tem repelido**, por incompatíveis com esse direito fundamental, **restrições** de ordem jurídica, **somente justificáveis** em face da irrecorribilidade de decisões judiciais.

O fato é que **não** podem repercutir (**como já salientado**), contra **qualquer** pessoa, **sob pena** de transgressão ao postulado constitucional **que consagra** o estado de inocência, situações jurídico-processuais **ainda não** definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário. **Isso significa** que inquéritos policiais em andamento, processos penais, arguições de inelegibilidade **ou** processos civis por improbidade administrativa (**Lei** 8.429/1992) **ainda** em curso **ou**, até mesmo, **condenações criminais sujeitas** a recursos (**inclusive** aos recursos excepcionais) **não podem** ser considerados, **enquanto** episódios processuais **suscetíveis** de pronunciamento absolutório, **como fatores** de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

Pelas razões expostas, Senhor Presidente, **e por entender** que o postulado **consagrador** da garantia de inocência **irradia** os seus efeitos **para além** dos limites dos processos penais de natureza condenatória, **impedindo**, desse modo, que situações processuais **ainda não definidas** por sentenças **transitadas** em julgado **provoquem a inelegibilidade** dos cidadãos **ou obstem** candidaturas para mandatos eletivos, **não vejo como acolher**, no ponto, **e em relação** ao art. 1º, inciso I, **alíneas** "**d**", "**e**" e "**h**", **e** ao art. 15 da LC 64/1990, **a pretensão** deduzida pela ora arguente.

A Associação dos Magistrados Brasileiros **também sustenta que a ressalva** a que alude o art. 1º, inciso I, **alínea** "**g**", da LC 64/1990 **se acha** em situação de conflito **com o que dispõe** a ECR 4/1994, **que deu nova redação ao § 9º** do art. 14 da Constituição, **por haver sido** – **segundo alega** a ora arguente – **descaracterizada** a hipótese de inelegibilidade **referida** no preceito legal em questão ("***salvo*** *se a questão houver sido* ***ou*** *estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário*").

A LC 64/1990 dispõe, em seu art. 1º, I, "**g**", **que são inelegíveis** "*os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente,* ***salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário****, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão*" (**grifei**).

O E. Tribunal Superior Eleitoral, **em decorrência** de várias decisões proferidas, **veio a estabelecer** diretriz jurisprudencial **consolidada na Súmula 1** de

sua jurisprudência, **em enunciado** que possui o seguinte conteúdo: "*Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (LC 64/1990, art. 1º, I, g)*".

Segundo essa formulação sumular, **bastaria** o mero ajuizamento de uma ação, **para suspender** a cláusula de inelegibilidade **inscrita** na regra legal mencionada.

Ocorre, no entanto, que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **já sob a presidência** do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **reformulou** essa orientação, **com o declarado propósito** de conferir maior intensidade à proteção **e** defesa da probidade administrativa **e** da moralidade para o exercício do mandato eletivo, **como resulta claro** dos julgamentos **consubstanciados** em acórdãos assim ementados:

> *– **A análise da idoneidade** da ação anulatória **é complementar e integrativa à aplicação da ressalva contida no Enunciado 1** da Súmula do TSE, **pois** a Justiça Eleitoral **tem o poder-dever** de velar pela aplicação dos preceitos constitucionais **de proteção** à probidade administrativa **e à** moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º, CF/88). (...).*
> (**RO 912/RR**, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA – **Grifei**.)

> *1. O Tribunal Superior Eleitoral, **revendo o Verbete 1** da Súmula de sua jurisprudência, **afirmou a necessidade de se obter**, na ação desconstitutiva, medida liminar **ou** a tutela antecipada. **Havendo tal entendimento** ocorrido no meio do processo eleitoral, **deve ser admitida**, para as atuais eleições, **a notícia** da concessão de liminar **ou** de tutela antecipada, **depois** do pedido de registro de candidatura.*
> *2. **A mera propositura** da ação anulatória, **sem a obtenção** de provimento liminar **ou** antecipatório, **não suspende a cláusula de inelegibilidade** da alínea "g" do inciso I do art. 1º da LC 64/1990. (...)*
> (**RO 965/MA**, Rel. Min. GERARDO GROSSI – **Grifei**.)

> *1. **Para se aplicar a súmula 1** do TSE, **é mister que tenha sido concedida eficácia** à ação proposta contra a decisão **que rejeitou** as contas, **ainda** que por meio de tutela antecipada (**RO** 912). (...)*
> (**RO 1.067-AgR/MT**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **Grifei**.)

Vê-se, do teor de tais decisões, que o E. Tribunal Superior Eleitoral **deixou** claramente assentado **que a mera propositura** da ação anulatória, **sem** a obtenção de provimento liminar **ou** de medida cautelar **ou**, ainda, de tutela antecipatória, **não mais** se revela suficiente para suspender, **só por si**, a inelegibilidade **a que alude** o art. 1º, I, "**g**", da LC 64/1990.

Essa revisão, pelo Tribunal Superior Eleitoral, de sua orientação jurisprudencial, **teve o aplauso** da doutrina, **como se vê** da observação feita pelo Professor LUCAS ROCHA FURTADO, **em seu** "**Curso de Direito Administrativo**" (p. 1122/1123, item n. 18.6.6.1.6, 2007, Fórum):

***Em decisão extremamente moralizadora**, na sessão de 23-8-2006, **o TSE cancelou** o enunciado da Súmula n.1 **e**, **sem afastar o controle judicial** sobre as decisões dos Tribunais de Contas, **interpretou** a legislação de inelegibilidades **de modo a melhor realizar** a probidade **e** a moralidade requeridas pela Constituição Federal.*

*A **vigente** interpretação **adotada** pelo TSE **acerca** da Lei Complementar 64, de 1990, **é a de que a simples existência** de ação judicial em curso **não suspende** a inelegibilidade **decorrente** do julgamento das contas dos gestores públicos. **É necessário** que o candidato **obtenha algum provimento judicial** (cautelar, liminar, tutela antecipada, decisão definitiva etc.) **que suspenda** os efeitos da decisão que julgou suas contas irregulares de modo a torná-lo elegível.*

*A **nova** orientação do TSE **constitui** evidente mudança de rumo **na jurisprudência** da Justiça Eleitoral. **Em decisões anteriores**, não obstante as contas do gestor tivessem sido julgadas irregulares pelo TCU, o TSE havia entendido que cabia à Justiça Eleitoral verificar as razões da irregularidade para que o gestor se tornasse inelegível. **De acordo** com essa orientação, não bastava que as contas tivessem sido julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas para o candidato se tornar inelegível. **Era necessário** que a Justiça Eleitoral atestasse que a irregularidade das contas decorresse de irregularidade insanável. Ora, nos termos da Lei 8.443/1992, somente irregularidades gravíssimas justificam a irregularidade das contas. **A nova orientação do TSE** acerca da Lei de Inelegibilidade **aponta**, portanto, **para a maior valorização** da moralidade administrativa. Essa **nova** orientação **deve** provocar revisão em vários aspectos da jurisprudência da Justiça Eleitoral.*
(**Grifei**.)

Não vejo, portanto, **em que** a ressalva legal **implique descaracterização** da hipótese de inelegibilidade **referida** no art. 1º, I, "**g**", da LC 64/1990, **especialmente** agora, em face **das novas exigências** impostas pela jurisprudência do E. Tribunal Superior Eleitoral.

Demais disso, **não tem sentido sustentar-se** a suposta transgressão a preceitos fundamentais da Constituição da República, **pelo fato** de determinada regra legal **ressalvar**, para efeito de superação da cláusula de inelegibilidade, como sucede na espécie, **o acesso** ao Poder Judiciário, **muitas vezes** tornado necessário **para neutralizar** eventual deliberação arbitrária que haja rejeitado, de modo abusivo, as contas do administrador.

Impõe-se observar, neste ponto, **que a instauração** de processos judiciais **traduz legítima expressão** de uma prerrogativa constitucional **assegurada**, pela Carta Política, **a qualquer** pessoa, entidade **ou** organização **que se sinta lesada ou ameaçada de lesão**, em seus direitos, por comportamentos abusivos **ou** ilegais praticados pelo Poder Público.

Na realidade, **o acesso** ao Poder Judiciário **reflete**, na significativa projeção dos seus efeitos, **uma expressiva garantia** de índole constitucional **destinada** a permitir a intervenção do Poder Judiciário **com o objetivo** de restaurar a ordem jurídica vulnerada por atos eivados de ilicitude **ou** de desrespeito ao sistema normativo.

O direito ao processo constitui prerrogativa jurídica da maior relevância.

Não custa rememorar, neste ponto, por oportuno, **que o direito de acesso** aos Juízes e Tribunais – **concebido**, de um lado, **para salvaguardar** direitos e liberdades fundamentais **e reconhecido**, de outro, **como o meio mais eficaz** de neutralizar situações de convulsão social **e** de impedir o exercício arbitrário das próprias razões – **apoia-se** em proclamação formal, que, introduzida, **de modo explícito**, pela Constituição democrática de 1946 (**art. 141**, **§ 4º**), **tem sido reiterada**, ao longo do nosso processo histórico, pelos **sucessivos** documentos constitucionais republicanos **até hoje** promulgados.

O legislador constituinte, ao consagrar o postulado assegurador do ingresso em juízo, **fez uma clara opção** de natureza política, **pois teve a percepção** – fundamental sob todos os aspectos – de que, **onde inexista a possibilidade** do amparo judicial, **haverá**, **sempre**, **a realidade opressiva e intolerável** do arbítrio do Estado **ou**, até mesmo, **dos excessos** de particulares, **quando transgridam**, injustamente, os direitos de **qualquer** pessoa.

É por essa razão que a norma constitucional garantidora **do direito ao processo** tem sido definida por eminentes autores **como o parágrafo régio** do Estado Democrático de Direito, pois, **sem** o reconhecimento dessa **essencial** prerrogativa de caráter político-jurídico, **restarão descaracterizados** os aspectos que tipificam as organizações estatais **fundadas** no princípio da liberdade.

Veja-se, portanto, **que a necessidade** de respeito ao império da lei **e a possibilidade** de invocação da tutela jurisdicional do Estado – **que constituem** valores essenciais em uma sociedade estruturada em bases democráticas, **organizada** sob a égide do princípio da liberdade – **devem representar**, no contexto de nosso sistema normativo, o sopro inspirador da harmonia social, **significando**, ainda, na expressiva concreção do seu alcance, **um veto permanente** a qualquer tipo de comportamento impregnado de arbítrio **e** de ilicitude.

Em suma: a possibilidade de **solução jurisdicional** dos conflitos **representa** índice revelador do grau de desenvolvimento cultural dos povos **e significa**, por isso mesmo, a diferença fundamental entre **civilização e barbárie**, **nada podendo justificar**, desse modo, que o exercício concreto do direito de ação, **na situação** mencionada no art. 1º, I, "**g**", da LC 64/1990, **represente** um ato de descumprimento dos preceitos da probidade administrativa **e** da moralidade.

Observo, ainda, Senhor Presidente, que, **em julgamento** que proferi nesta Suprema Corte, **invalidei** procedimento de que resultou **arbitrária rejeição**, por certa Câmara de Vereadores, **das contas públicas** de determinado ex-Prefeito Municipal, **a quem se negou**, abusivamente, **o exercício** da garantia constitucional **inerente** ao "*due process*".

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal **desconstituiu**, em processo **fundado na mesma** ressalva que a Associação dos Magistrados Brasileiros **ora sustenta ser transgressora** dos preceitos da probidade administrativa **e** da moralidade para o exercício da função eletiva, **um julgamento** político-administrativo **emanado** de Câmara Municipal **e gerador** da inelegibilidade que injustamente incidira, naquele caso, sobre certo ex-Prefeito Municipal.

A decisão por mim proferida está assim ementada:

***JULGAMENTO** DAS CONTAS DO PREFEITO MUNICIPAL. **PODER** DE CONTROLE E DE FISCALIZAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES (**CF**, ART. 31). **PROCEDIMENTO** DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. **NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA** DA CLÁUSULA DA PLENITUDE DE DEFESA **E** DO CONTRADITÓRIO (**CF**, ART. 5º, LV). **IMPRESCINDIBILIDADE** DA MOTIVAÇÃO DA DELIBERAÇÃO **EMANADA** DA CÂMARA MUNICIPAL. **DOUTRINA**. **PRECEDENTES**. **TRANSGRESSÃO**, NO CASO, PELA CÂMARA DE VEREADORES, DESSAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. **SITUAÇÃO DE ILICITUDE CARACTERIZADA**. **CONSEQUENTE INVALIDAÇÃO** DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO **E** PROVIDO.*

*– **O controle externo** das contas municipais, **especialmente** daquelas pertinentes ao Chefe do Poder Executivo local, **representa** uma das mais **expressivas** prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, **que o exercerá** com o auxílio do Tribunal de Contas (**CF**, art. 31).*

*Essa fiscalização institucional **não pode** ser exercida, de modo abusivo e arbitrário, pela Câmara de Vereadores, eis que – **devendo efetivar-se** no contexto de procedimento **revestido** de caráter político-administrativo – **está subordinada** à necessária observância, pelo Poder Legislativo local, **dos postulados constitucionais que asseguram**, ao Prefeito Municipal, **a prerrogativa** da plenitude de defesa **e** do contraditório.*

*– **A deliberação** da Câmara de Vereadores **sobre** as contas do Chefe do Poder Executivo local, **além de supor o indeclinável** respeito ao princípio do devido processo legal, **há de ser fundamentada**, sob pena de a resolução legislativa **importar em transgressão** ao sistema de garantias consagrado pela Constituição da República.*
(**RE 235.593/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

A pretensão da Associação dos Magistrados Brasileiros, desse modo, **se** analisada **sob a perspectiva** da cláusula constitucional do "*due process of law*", **também não pode** ser acolhida, **eis** que, como se sabe, **ninguém** – qualquer que seja a natureza do procedimento estatal (judicial **ou** administrativo) – **pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou de seus direitos sem** o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante **entre** o Estado, de um lado, **e** o indivíduo, de outro (**MS 27.422-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).

Cumpre ter presente, bem por isso, **na linha** dessa orientação, que o Estado, **em tema de restrição** à esfera jurídica **de qualquer** cidadão, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois** – cabe enfatizar – **o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida imposta pelo Poder Público, **de que resultem** consequências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais, **exige a fiel observância** do princípio do devido processo legal (**CF**, art. 5º, LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1/176 **e** 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES

PEREIRA JÚNIOR, "**O Direito à Defesa na Constituição de 1988**", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "**O Direito à Defesa na Constituição**", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 401/402, 5. ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 290 **e** 293/294, 2. ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 588, 17. ed., 1992, Malheiros, **v.g.**).

A jurisprudência dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida**, ou não, de caráter punitivo (**RDA** 97/110 – **RDA** 114/142 – **RDA** 118/99 – **RTJ** 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 306.626/MT**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 253/2002 – **RE 140.195/SC**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RE 191.480/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 199.800/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**):

> ***RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW".***
>
> *– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou** de restrição a direitos, **qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado da plenitude de defesa**, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou** em limitação de direitos – **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (**CF**, art. 5º, LV), **a fiel** observância do princípio do devido processo legal.*
>
> ***A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou da medida restritiva de direitos**. **Precedentes**. **Doutrina**.*
>
> (**RTJ 183/371-372**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Isso significa, portanto, **que assiste**, ao cidadão, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **a prerrogativa indisponível** do contraditório **e** da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes, **consoante prescreve** a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV.

O respeito efetivo à garantia constitucional do "*due process of law*", **ainda que se trate** de procedimento administrativo, **condiciona**, de modo estrito, **o exercício** dos poderes de que se acha investido o Poder Público, **sob pena** de descaracterizar-se, **com grave ofensa** aos postulados que informam a própria

concepção do Estado democrático de Direito, **a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado.

Esse entendimento – que valoriza a perspectiva constitucional que deve orientar o exame do tema em causa – **tem o beneplácito** do autorizado magistério doutrinário **expendido** pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER ("**O Processo em Evolução**", p. 82/85, **itens** ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária), **como pude assinalar** em decisão por mim proferida, **como** Relator, **no MS 26.200-MC/DF**.

Vê-se, desse modo, **que também o exame** da controvérsia **sob a perspectiva** da garantia do "*due process of law*" – **que representa** expressiva limitação constitucional aos poderes do Estado – **demonstra ser inacolhível** o pleito ora deduzido pela parte ora arguente.

A Associação dos Magistrados Brasileiros **também argui** que as **sucessivas** decisões do Tribunal Superior Eleitoral **que deram origem** à Súmula 13 ("***Não é autoaplicável*** *o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão 4/1994*") **teriam importado** em descumprimento dos preceitos fundamentais por ela invocados.

Entendo não lhe assistir razão, **eis** que a norma constitucional em causa (**CF**, art. 14, § 9º) **veicula típica norma de integração**, que reclama, para fins de sua integral aplicabilidade, a necessária "*interpositio legislatoris*", **consoante adverte** a doutrina **ao analisar** a questão do gradualismo eficacial das regras inscritas no texto da Constituição (CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO, "**Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 48/49, 1982, Saraiva; MARIA HELENA DINIZ, "**Norma constitucional e seus efeitos**", p. 101/102, 1989, Saraiva; MICHEL TEMER, "**Elementos de Direito Constitucional**", p. 27, 5. ed., 1989, **RT**; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 75/77, 1968, **RT**).

Na realidade, o exame do conteúdo material da regra **inscrita no § 9º** do art. 14 da Constituição **evidencia** que referida norma **depende**, para efeito de sua incidência, **notadamente** naquilo que se refere aos critérios **e** elementos nela estipulados (**como** a definição **de outros** casos de inelegibilidade **e a fixação** de prazos), de regulamentação normativa **concretizável**, unicamente, **mediante** lei complementar, pelo Congresso Nacional.

Isso significa, portanto, **que o § 9º** do art. 14 da Constituição **qualifica-se** como típica regra provida de eficácia **meramente** limitada, cuja aplicabilidade **depende**, em consequência, da edição de ato legislativo **que atue** como requisito indispensável **ao pleno desenvolvimento** da normatividade do preceito constitucional em questão.

É preciso ter presente, neste ponto, que a Constituição brasileira **consagrou**, em seu texto, uma ordem normativa **cujo grau de eficácia e de aplicabilidade** revela-se **essencialmente desigual**.

A doutrina constitucional – **quer no âmbito do direito brasileiro** (RUY BARBOSA, "**Comentários à Constituição Federal Brasileira**", **coligidos** por Homero Pires, vol. 2/474-476, 1933; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 253/255, 1968, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS/CARLOS AYRES BRITTO, "**Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", 1982, Saraiva, **dentre outros**), **quer no plano do direito comparado** (THOMAS M. COOLEY, "**A treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union**", p. 119/120, 1903, Boston; CAETANO AZZARITI, "**Problemi attuali di diritto costituzionale**", p. 98, 1951, Milano; VEZIO CRISAFULLI, "**La Costituzione e le sue disposizione di principio**", 1952, Milano, **inter plures**) – **sempre sustentou**, ainda que com variações terminológicas diversas **e** expressões conceituais distintas, **a existência** de um irrecusável **gradualismo eficacial das normas constitucionais**.

MARIA HELENA DINIZ, em precisa abordagem desse tema ("**Norma Constitucional e seus Efeitos**", p. 104, 1989, Saraiva), **assevera**:

> ***Há, portanto, um gradualismo na eficácia das normas constitucionais****, por não serem idênticas quanto à produção de seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade.*
>
> ***Certos mandamentos constitucionais*** *são completos e plenos, por não exigirem normação subconstitucional posterior, independendo de leis complementares ou de leis ordinárias que permitam a sua aplicação imediata; outros não têm essa execução imediata, devendo ser completados por leis ulteriores. Nestes últimos, os efeitos pretendidos pelo poder constituinte só ocorrerão se houver a requerida emissão de norma jurídica ordinária ou complementar.*
>
> *Há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais, pois a Constituição contém normas com eficácia absoluta, plena e relativa. Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficacial é variável. Logo, não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, à sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados.*
>
> (**Grifei**.)

Outro não é, na matéria, **o ensinamento** de JOSÉ AFONSO DA SILVA (**op**. **cit**., p. 75), **para quem** "*O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida*".

É, **precisamente**, **o que ocorre** com o preceito inscrito **no § 9º** do art. 14 da Constituição, **que configura**, na clássica acepção das regras constitucionais de eficácia limitada, **uma estrutura jurídica sem suficiente densidade normativa**. **Sem** a legislação integrativa da vontade do constituinte, normas constitucionais – **como a de que ora se trata** – "***não produzirão efeitos positivos***" **nem mostrar-se-ão** aplicáveis em plenitude, **pois** "*Não receberam (...) do constituinte*

normatividade suficiente para sua aplicação imediata" (MARIA HELENA DINIZ, **op**. **cit**., p. 101).

Essa exigência de completabilidade da norma constitucional de eficácia **meramente** relativa **torna-a**, por via de consequência, **diretamente dependente**, para fins de sua integral aplicabilidade, **de ato legislativo futuro**. **Essa particular situação normativa** das regras constitucionais **que demandam** a "*interpositio legislatoris*", **para que possam**, então, operar, **em plenitude**, todas as suas consequências e virtualidades eficaciais, **foi bem apreendida** por VEZIO CRISAFULLI (**op**. **cit**., p. 159), **que lhes conferiu** a designação formal de normas constitucionais de eficácia limitada, por dependerem:

> *(...) de emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei (...), lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados.*

A regra inscrita **no § 9º** do art. 14 da Carta Política – norma constitucional de eficácia limitada – **constitui**, pois, preceito de integração que reclama, **em caráter necessário**, para efeito de sua plena incidência, **a mediação legislativa concretizadora** do comando nela positivado.

O Congresso Nacional desempenha, nesse contexto, **a relevantíssima** função **de sujeito concretizante** da vontade formalmente proclamada no texto da Constituição.

Sem que ocorra a "*interpositio legislatoris*", a norma constitucional de eficácia limitada **não produzirá**, em plenitude, as consequências jurídicas que lhe são pertinentes.

A imprescindibilidade da "*interpositio legislatoris*" evidencia-se em face **da insuficiência mesma** dos elementos normativos que compõem a estrutura da regra constitucional em questão.

Na expressiva lição dos eminentes constitucionalistas CELSO RIBEIRO BASTOS **e** CARLOS AYRES BRITTO ("**Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 48/49, 1982, Saraiva), **as normas de integração** – como a de que ora se trata – "***são inexequíveis** em toda a sua potencialidade*", **condicionando-se**, por isso mesmo, a sua real aplicação, **à existência** de "*outra norma integradora de sentido, **de modo a surgir** uma unidade de conteúdo entre as duas espécies normativas*".

Na verdade, assinalam esses autores, **a complementação integradora** do preceito constitucional, **por via legislativa**, **decorre do fato**, juridicamente relevante, **de a matéria normada** ainda não ter obtido "*definitividade em seu perfil*".

Tenho para mim, desse modo, **consideradas** as razões ora expostas, **que não se mostra possível** reconhecer, **quanto à interpretação** dada pelo Tribunal Superior Eleitoral **ao § 9º** do art. 14 da Constituição (**qualificado** por essa Alta Corte judiciária como norma **desprovida** de autoaplicabilidade), **que teria ocorrido** o alegado descumprimento dos preceitos fundamentais invocados pela ora arguente.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, **ao pretender** que o Supremo Tribunal Federal **determine**, "*a todos os juízes eleitorais, de qualquer instância, **que observem** a autoaplicabilidade da norma **do § 9º** do art. 14 da CF, **com a redação dada** pela ECR 4/1994*" (fl. 33), **busca**, em última análise, **que esta** Suprema Corte, **com apoio** no art. 10 da Lei 9.882/1999, "***fixe**, como condição e como modo de interpretação dos preceitos fundamentais, que caberá à Justiça Eleitoral sopesar a gravidade das condutas apontadas na lei complementar, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato*" (fl. 34).

Como venho de assinalar, **o § 9º** do art. 14 da Constituição, **por traduzir** norma **revestida** de eficácia **meramente** limitada, **não dispõe** de autoaplicabilidade.

Esta Suprema Corte **não pode**, por isso mesmo, **substituindo-se**, inconstitucionalmente, ao legislador, **estabelecer**, com apoio **em critérios próprios**, meios **destinados** a viabilizar **a imediata** incidência da regra constitucional mencionada (**CF**, art. 14, § 9º), **ainda mais** se se considerar **que resultarão**, dessa proposta da AMB, **restrições** que comprometerão, **sem** causa legítima, **a esfera jurídica** de terceiros, **a quem não se impôs** sanção condenatória **com trânsito** em julgado.

É preciso advertir que o princípio constitucional da reserva de lei formal **traduz limitação** ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

A definição de outras hipóteses de inelegibilidade **e o estabelecimento** do lapso temporal em que tais restrições jurídicas subsistirão **encontram**, **no Congresso Nacional** – **e neste**, apenas –, **o sujeito concretizante** da cláusula **fundada no § 9º** do art. 14 da Constituição, **a significar** que, **na regência** dessa matéria, **há de prevalecer** o postulado constitucional da reserva de lei em sentido formal, **como tem sido proclamado**, pelo Tribunal Superior Eleitoral, nas **sucessivas** decisões **que refletem**, com absoluta fidelidade e correção, **a orientação** consagrada na Súmula 13/TSE.

Não constitui demasia observar, **a propósito da reserva de lei** – **consoante adverte** JORGE MIRANDA ("**Manual de Direito Constitucional**", tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) –, **que se trata** de postulado **revestido de função excludente**, de caráter negativo (**que veda**, nas matérias a ela sujeitas, **quaisquer** intervenções, **a título primário**, de órgãos estatais **não legislativos**), **e cuja incidência também reforça**, positivamente, o princípio **que impõe**, à administração **e** à jurisdição, a **necessária** submissão aos comandos **fundados** em norma legal, **de tal modo que**, conforme **acentua** o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, "***quaisquer intervenções** – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais **só podem** dar-se **a título secundário**, derivado ou executivo, **nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão***" (**grifei**).

Disso resulta **não se revelar** constitucionalmente possível a **substituição**, por critério autônomo **do Poder Judiciário** (deste Supremo Tribunal Federal,

inclusive), dos critérios que a Lei Fundamental, **em tema** de definição **de outras** hipóteses de inelegibilidade, **quis** – em cláusula **impregnada** de inquestionável intencionalidade – que emanassem, **unicamente**, do legislador.

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário, **na matéria em questão**, atuar na **anômala** condição **de legislador positivo** (**RTJ** 126/48 – **RTJ** 143/57 – **RTJ** 146/461-462 – **RTJ** 153/765 – **RTJ** 161/739-740 – **RTJ** 175/1137, **v.g.**), para, **em assim agindo**, proceder **à imposição de seus próprios** critérios de inelegibilidade, **afastando**, desse modo, os fatores que, **no âmbito** de nosso sistema constitucional, **só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento**.

É que, **se** tal fosse possível, o Poder Judiciário – **que não dispõe** de função legislativa – **passaria** a desempenhar atribuição que lhe é **institucionalmente** estranha (**a de legislador positivo**), **usurpando**, desse modo, **no contexto** de um sistema de poderes **essencialmente** limitados, **competência que não lhe pertence**, **com evidente transgressão** ao princípio constitucional da separação de poderes.

Devo ressaltar, neste ponto, Senhor Presidente, **com especial veemência**, que o Supremo Tribunal Federal **e** os órgãos integrantes da Justiça Eleitoral **não podem** agir abusivamente **nem fora** dos limites **previamente** delineados nas leis **e** na Constituição da República.

Em consequência de tais limitações constitucionais, o Judiciário **não dispõe** de qualquer poder para ferir, **com a inelegibilidade**, **quem inelegível não é**, **seja** em face do texto constitucional, **seja** em face da legislação comum, de natureza complementar.

Tenho presente que este é um julgamento de grande importância, **considerada** a natureza do pleito nele formulado.

Devo reconhecer, no entanto, que, **no Estado democrático de Direito**, os poderes do Estado (**inclusive** os desta Suprema Corte) **acham-se juridicamente limitados** em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão.

O Estado, em tal contexto, **não pode**, mediante resposta jurisdicional **que implica usurpação** dos poderes **constitucionalmente** reconhecidos ao Legislativo, **agir de maneira abusiva**, para, **em transgressão inaceitável** aos postulados da presunção de inocência, da divisão funcional do poder **e** da proporcionalidade, **fixar** normas **ou impor** critérios **que culminem** por estabelecer restrições **absolutamente inconviventes** com referidas diretrizes fundamentais.

Não se questiona a alta importância da vida pregressa dos candidatos, **pois** a probidade pessoal **e** a moralidade administrativa **representam** valores **que consagram** a própria dimensão ética em que **necessariamente** se deve projetar a atividade pública.

Sabemos todos que o cidadão **tem o direito de exigir** que o Estado seja dirigido **por administradores íntegros**, **por legisladores probos e por juízes incorruptíveis**, que desempenhem as suas funções **com total respeito** aos postulados ético-jurídicos **que condicionam** o exercício legítimo da atividade pública.

O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – **traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania**.

Tenho reconhecido, por isso mesmo, que a probidade **e** a moralidade **traduzem** pautas interpretativas **que devem reger** o processo de formação **e** composição dos órgãos do Estado, **observando-se**, no entanto, **as cláusulas constitucionais** cuja eficácia subordinante **conforma e condiciona**, qualquer que seja a dimensão de sua atuação, **o exercício** dos poderes estatais.

A defesa dos valores constitucionais da probidade administrativa **e** da moralidade para o exercício do mandato eletivo **traduz** medida **da mais** elevada importância **e** significação para a vida política do País.

O respeito a esses valores, **cuja integridade** há de ser preservada, **acha-se presente**, de qualquer forma, **na própria** LC 64/1990, **pois** esse diploma legislativo, em prescrições **inteiramente** fiéis à Constituição, **como aquelas constantes de suas alíneas** "**d**", "**e**", "**g**" e "**h**" do inciso I do art. 1º, **afasta**, do processo eleitoral, pessoas **desprovidas** de idoneidade moral, **condicionando**, no entanto, **o reconhecimento da inelegibilidade**, **ao trânsito em julgado** das decisões judiciais, **fazendo-o** em cláusulas normativas **plenamente** compatíveis com o nosso ordenamento constitucional.

A legitimidade dos fins, Senhor Presidente, **não justifica** a ilegalidade **ou** inconstitucionalidade dos meios cuja adoção se entenda necessária à consecução dos objetivos visados, por mais elevados, dignos e inspirados que sejam.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **deixo assentadas as seguintes conclusões**:

> **(1) a regra** inscrita no **§ 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994, **não é** autoaplicável, **pois a definição de novos** casos de inelegibilidade **e a estipulação** dos prazos de sua cessação, **a fim** de proteger a probidade administrativa **e** a moralidade para o exercício do mandato, **considerada** a vida pregressa do candidato, **dependem**, exclusivamente, **da edição** de lei complementar, cuja ausência **não pode** ser suprida **mediante** interpretação judicial;
>
> **(2) a mera existência** de inquéritos policiais em curso **ou** de processos judiciais em andamento **ou** de sentença penal condenatória **ainda não transitada** em julgado, **além** de não configurar, **só por si**, hipótese de inelegibilidade, **também não impede** o registro de candidatura **de qualquer** cidadão;
>
> **(3) a exigência de coisa julgada** a que se referem **as alíneas** "**d**", "**e**" **e** "**h**" **do inciso I** do art. 1º **e** o art. 15, **todos** da Lei Complementar 64/1990, **não** transgride **nem** descumpre os preceitos fundamentais **concernentes** à probidade administrativa **e** à moralidade para o exercício de mandato eletivo;
>
> **(4) a ressalva** a que alude **a alínea** "**g**" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar 64/1990, **mostra-se compatível com o § 9º** do art. 14 da Constituição, **na redação** dada pela ECR 4/1994.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **julgo improcedente** a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Quero esclarecer, Senhor Presidente, que o meu voto examina, inicialmente, algumas questões preliminares, notadamente aquela referente à ausência, no caso, de qualquer incompatibilidade processual que possa impedir o exame desta causa pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal que têm assento no Tribunal Superior Eleitoral.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Necessito de um esclarecimento, Ministro.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Pois não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Foi suscitada essa preliminar?

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Não foi!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência está apenas registrando a matéria?

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Apenas registrando, por considerá-la relevante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É importante, sem dúvida alguma. Geraria enorme perplexidade, ante os precedentes, se tivesse sido suscitada, principalmente pelo Presidente do Senado Federal.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O registro que faço em meu voto, no qual examino, amplamente, essa questão, expressa a posição dominante na jurisprudência desta Corte, no sentido de que os eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, com assento no Tribunal Superior Eleitoral, não sofrem qualquer incompatibilidade para julgar processos de controle abstrato, quando instaurados contra ato normativo emanado do TSE.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há neste caso qualquer confusão, considerada a participação do Ministro no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo. E, no precedente citado por Vossa Excelência, originário do Rio de Janeiro, ocorreu até uma curiosidade a revelar a equidistância daqueles que personificam o Estado-juiz: um flamenguista votou a favor do vascaíno e um vascaíno votou contrário ao candidato vascaíno – o cidadão Eurico Miranda.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a coerência deve primar nos atos humanos. Estou lembrado de haver suscitado, quanto a essa mesma Associação de âmbito nacional, em certo caso a envolver lei do Estado de Sergipe, a questão da pertinência temática.

O que se tem na verdade? Não reconheço, Presidente, a qualquer associação, seja de âmbito regional ou nacional, o papel de tutora dos cidadãos em geral.

E, aqui, a autora desta ação vem adotando o papel, no cenário jurídico nacional, de tutora dos eleitores. Refiro-me expressamente ao fenômeno

verificado: a divulgação de lista de candidatos que têm contra si inquérito ou ação em andamento. Também não é a Associação dos Magistrados Brasileiros censora da Justiça Eleitoral, do Judiciário especializado Eleitoral, no que o Tribunal Superior Eleitoral elucidou o tema de forma contrária ao que ela sustenta.

O que ocorre quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental? Remete a lei regedora dessa ação à Constituição Federal, no que busca definir os legitimados para propô-la. E, aí, se tem preceito a revelar como legitimados – estamos aqui no campo das condições da ação – aqueles que são legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

A jurisprudência do Tribunal é pacífica no que distingue, por exemplo, o papel das associações de âmbito nacional do papel reservado aos partidos políticos, reservado mesmo ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem uma tradição de atuação em defesa da própria sociedade.

A Corte impõe, no tocante à legitimidade, instituto que deve ser perquirido quando ajuizada ação direta de inconstitucionalidade e, consequentemente, quando ajuizada arguição de descumprimento de preceito fundamental por associação de âmbito nacional. O instituto é o da pertinência temática.

Não consigo, por mais que me esforce – como não consegui também ver a pertinência temática quanto à legitimação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para impugnar lei de Sergipe que versava prerrogativa dos delegados, a não ser que admita que a AMB está no mesmo patamar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil –, perceber a pertinência temática quanto ao ajuizamento, quanto à matéria de fundo versada na inicial.

Estava me reservando para votar sob esse ângulo quando chegasse a oportunidade, fazendo-o de forma concentrada, presente a concepção quanto à matéria de fundo, mas houve o destaque das preliminares e permito-me, Presidente, até para guardar coerência, concluir – e chego ao voto sobre a matéria – pela ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, extinguindo o processo sem a apreciação do tema de fundo.

DEBATE

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O meu voto examina, preliminarmente, Senhor Presidente, a questão concernente à legitimação ativa "*ad causam*" da Associação dos Magistrados Brasileiros.

Nesse voto, e ante a constatação do vínculo de pertinência temática, tenho como ativamente legitimada, ao exercício da presente arguição de descumprimento, essa entidade de classe de âmbito nacional.

Se Vossa Excelência e os eminentes Ministros o quiserem, poderei ler, integralmente, o meu voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é necessário.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mesmo porque, Senhor Presidente, não vejo como, contrariamente, *data venia*, ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, entender-se que a OAB seja um legitimado universal e a AMB, Associação dos Magistrados Brasileiros, não o seja. Não entendo com qual critério poderíamos estabelecer essa distinção.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, referi-me à tradição e à jurisprudência da própria Corte.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas ainda que não se reconheça a legitimação universal, no caso há uma pertinência específica.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: No caso, não há dúvida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não tivesse havido o veto ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/1999, que cogitava da legitimação de todo e qualquer prejudicado ou ameaçado em certo direito por ato do Poder Público, concluiria pela legitimação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Mas como vejo a AMB? Como existem outras associações que também congregam magistrados, como entidade de classe de âmbito nacional, assento – com a devida vênia daqueles que a colocam no mesmo patamar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não o faço – a ilegitimidade para a propositura.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): No caso, todavia, primeiro, a polêmica já instaurada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A conveniência em adentrar-se a matéria é a maior possível. Isso reconheço. Mas é insuficiente. Prevalece o aspecto legal.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Não tenho qualquer dúvida, Senhor Presidente, em reconhecer plenamente configurado, na espécie, o requisito relativo ao vínculo de pertinência temática, a tornar plenamente admissível o exercício, pela AMB, desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Inclusive por conta do vínculo de pertinência por parte da própria Associação. Depois tivemos aqui a manifestação clara do próprio Procurador-Geral da República no sentido da procedência, o que significaria também uma manifestação, em um processo objetivo, no sentido da viabilidade.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Quero deixar claro, Senhor Presidente, que **não** atribuo, à AMB, legitimação ativa universal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A proposta de ação formulada no caso específico. Creio que depois poderemos e deveremos, talvez, discutir essa questão em outros casos. Mas, no caso específico, a própria polêmica instaurada a partir da ação institucional da AMB recomenda que conheçamos da ação.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator, mas tenho a mesma convicção firmada pelo Ministro **Marco Aurélio**.

Eu tinha também resolvido, como, aliás, ao meu ver, converge o Ministro **Marco Aurélio**, não levantar esta preliminar, entendendo que a matéria está posta. O eminente Procurador-Geral da República fez a sua intervenção e o tema merece decidido pela Suprema Corte, considerando especificamente a proximidade do processo eleitoral e, igualmente, as manifestações variadas dos Juízes e dos Tribunais Regionais Eleitorais, embora manifestações indevidas porque já contrárias à decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

Mas, já que a preliminar é arguida, eu peço vênia ao eminente Relator para entender também que a Associação dos Magistrados Brasileiros tem uma finalidade institucional, e essa finalidade, com todo maior respeito, não está agasalhada na questão submetida a esta Corte relativa ao processo eleitoral.

Portanto, peço vênia ao Relator e acompanho o voto do eminente Ministro **Marco Aurélio** no sentido de acolher a preliminar de ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, vou pedir vênia e acompanhar o Ministro Marco Aurélio com a observação, inclusive, de haver um outro cânone, o da neutralidade do magistrado. Eu diria até que o envolvimento nessa questão talvez acabasse levando ao impedimento dos magistrados que optaram por esse caminho, amanhã ou depois, para julgar qualquer processo em que se discuta a matéria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Talvez o receio da Associação de ver os filiados votando em candidatos que tenham inquérito ou processo-crime!

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, só para consignar que estou, com o devido respeito, acompanhando, sobre a preliminar, o voto do eminente Relator, pelas particularidades do caso. Não me comprometo com a tese de que a Associação tenha legitimidade de caráter universal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tenho a impressão de que em outros momentos teremos oportunidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Há, aqui, uma série de fatos que envolvem pronunciamentos e críticas de juízes e, até, questões disciplinares da magistratura.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A própria ação institucional.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O meu voto **não** atribui legitimação ativa universal à Associação dos Magistrados Brasileiros. Foi por tal razão que procedi à indagação em torno da existência, ou não, neste processo, do nexo de pertinência temática, vindo a concluir, no caso ora em análise, no sentido de sua configuração.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso vai ficar claro.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Parece-me, Senhor Presidente, que a leitura do meu voto torna muito claro o aspecto ora discutido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Relator, na verdade, imaginou que a matéria não daria ensejo a tanta polêmica e, por isso, quis adiantar a sua manifestação.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, queria fazer apenas uma rápida intervenção em razão da questão suscitada pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa. Eu gostaria de afirmar que a legitimação universal da Ordem dos Advogados do Brasil decorre expressamente do Estatuto da OAB, a Lei 8.906/1994, que no art. 44 estabelece competir à OAB:

> Art. 44. (...)
> I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela mais rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

E à semelhança do que fez o eminente Ministro Cezar Peluso, não me comprometo com a tese da abrangência da legitimação, assim como também o fez o eminente Ministro Relator.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Desejo registrar **que reconheço presente**, na espécie, o vínculo de pertinência temática **qualificador** da legitimação ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, **sem** que isso implique afirmar que a AMB **dispõe** de legitimação ativa universal para a instauração do processo de controle normativo abstrato.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, no caso concreto, e Sua Excelência o eminente Relator mostrou muito bem existir uma perplexidade na magistratura nacional com relação à interpretação dos dispositivos impugnados. Portanto, a meu ver, neste caso específico, há, sim, a legitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros.

Portanto, acompanho o Relator nesse aspecto.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, talvez fosse conveniente deixar registrado que aqueles que não acompanharam o Ministro Marco Aurélio estão acompanhando o Ministro Relator exatamente segundo foi exposto. Vale dizer, rigorosamente em função deste caso agora julgado. Até porque, como foi arguido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, haveria um outro dado a considerar, é que a Constituição fala exclusivamente numa entidade: Ordem dos Advogados. Daí a diferença. Então, é matéria constitucional.

Apenas para deixar esse registro, pois acho conveniente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Teremos oportunidade de nos manifestarmos em outro caso, mas o eminente Relator deixou isso claro.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, eu não posso deixar de começar sem elogiar o voto erudito, profundo do Ministro Celso de Mello. Como diria o Ministro Peluso, o Ministro Celso de Mello nos regalou a todos com um voto que confirma a biografia de Sua Excelência como um dos mais importantes Ministros da história deste Supremo Tribunal Federal. Um voto antológico, com toda certeza; um voto de quem maneja as categorias jurídicas com a segurança do mais experimentado guia.

De sorte que, Ministro Celso de Mello, seria uma insensibilidade de minha parte deixar de dizer que Vossa Excelência, nesse voto que acabou de proferir, nos encheu às medidas no plano das nossas mais, digamos, requintadas exigências intelectuais, notadamente no plano do Direito Constitucional e do Direito Penal. Vossa Excelência transitou com impressionante desembaraço por essas duas áreas do saber jurídico; e, como eu antecipo, tenho ponto de vista contrário ao de Vossa Excelência, confesso também que me sinto, aqui, em posição desconfortável intelectualmente.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Não posso deixar de registrar, eminente Ministro *Carlos Britto*, que os pronunciamentos de Vossa Excelência a propósito do tema ora em exame, ainda que divergentes do voto que venho de proferir, mostram-se extremamente densos e altamente respeitáveis.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Obrigado, Excelência.

Senhor Presidente, basicamente a minha divergência com o voto do Ministro Celso de Mello está nos seguintes aspectos: eu não absolutizo – permitam-me falar assim – a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que se lê no inciso LVII do art. 5º da Constituição, isso porque não identifico de todo a esfera penal e a esfera eleitoral. Vale dizer, não identifico a individualidade e a representatividade política. Faço uma separação,

não radical, mas entendo que são setores diferenciados da Constituição e que reclamam, de nossa parte, equacionamento jurídico também distinto.

Nessa mesma linha, não equiparo o instituto da suspensão dos direitos políticos e condição de elegibilidade, nem causa de inelegibilidade. Também eu distingo as coisas e tentarei, no tempo mais curto que me for possível, explicar meu ponto de vista.

No mais, o relatório de Sua Excelência foi preciso. De fato, o TSE, na resposta formal à consulta que lhe foi endereçada pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, em um processo administrativo parece-me que foi a Consulta 1261 –, confirmou a sua Súmula de Jurisprudência 13, no sentido de recusar ao § 9º do art. 14 da Constituição o traço da autoaplicabilidade eficacial.

Também Sua Excelência deu conta de que a matéria, no âmbito da Justiça Eleitoral, não é pacífica, dado que vinte e seis tribunais regionais eleitorais, reunidos no Rio de Janeiro, no mês de junho, entenderam que vida pregressa do candidato nessa perspectiva ética, vida pregressa enquanto histórico de vida moral ou biografia moral do candidato é, sim, condição de elegibilidade e, portanto, habilitante de um juízo de valor por parte de juízes eleitorais e dos próprios tribunais quando da análise dos pedidos de registro de candidatura. No caso desta eleição, como é municipal, tudo se passa no âmbito dos juízes eleitorais.

O meu voto, que foi vencido, mas que teve algum merecimento para trazer comigo as qualificadíssimas adesões do Ministro Joaquim Barbosa, desta Casa, e do Ministro Félix Fischer, do STJ, faz uma diferença entre os diversos blocos ou subconjuntos normativos dos direitos fundamentais que estão inscritos no Título II da Constituição. Eu faço uma separação bem nítida entre direitos individuais, direitos sociais e direitos políticos, valendo-me do que tenho como aplicação rigorosa do método sistemático de interpretação do Direito. Porque, de fato, os temas agitados nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental e naquela consulta no TSE são de elevada estatura constitucional ou forte compleição constitucional, exigindo de nossa parte um raciocínio jurídico verdadeiramente sutil, refinado, requintado, delicado, obrigando-nos a fazer distinções que põem à prova a nossa acuidade intelectual, ou que nos requesta o uso do chamado olho clínico – olho clínico na esfera da cognição jurídica.

É um caso, portanto, particularmente ilustrativo dessa ontologia do Direito, para o que tem especial serventia não só o método sistêmico de interpretação jurídica, mas o manejo do que se tem chamado de conceitos constitucionais capitais, na doutrina de Fix Zamudio, porque são conceitos que orientam, parametrizam, conduzem à interpretação de numerosos dispositivos constitucionais. E, como o método sistêmico é particularmente prestimoso para identificar no continente dos direitos fundamentais esses três conteúdos eminentes – dos direitos individuais, dos direitos sociais e dos direitos políticos –, eu fiz essa distinção que agora tento reproduzir com brevidade.

Os direitos fundamentais tanto quanto as garantias constitucionais do Título II distribuem-se por blocos menores, por subconjuntos em apartado, pela

forte razão de que eles não mantêm vínculo funcional imediato com os mesmos princípios constitucionais estruturantes, que são aqueles cinco fundamentos que vão do inciso I ao inciso V do art. 1º da CF. Trata-se de direitos e garantias que operacionalmente se vinculam mais a uns protoprincípios constitucionais do que a outros, porque são modelos de direitos e garantias que têm a sua própria história de vida, o seu inconfundível perfil político filosófico, definidor das respectivas finalidades. Vale dizer, um perfil político filosófico que é a própria justificativa do vínculo funcional mais direto com esse ou com aquele outro princípio constitucional fundante da nossa República Federativa.

Veja-se que o bloco dos direitos e garantias individuais está centralmente direcionado para a concretização desse fundamento da República que é a dignidade da pessoa humana, reverenciando por modo exponencial o indivíduo e seus particularizados grupamentos. Suas corporações. Por isso que o capítulo é dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Logo, são dispositivos constitucionais voltados para a proteção dos bens chamados de personalidade individual, ou, então, bens de personalidade corporativa. São bens que se caracterizam por uma clássica, tradicional oponibilidade à pessoa jurídica do Estado, mas tudo de acordo com o clássico modelo político liberal de estruturação tanto do Estado quanto da sociedade civil. É o imperecível legado do iluminismo enciclopedista que desaguou na Revolução Francesa de 1789.

Quanto aos direitos sociais, também identifico a sua etiologia constitucional a partir do século XIX, para dizer que eles têm um vínculo funcional direto, não propriamente com o princípio da dignidade da pessoa humana – embora os direitos sociais sejam também servientes do princípio da dignidade da pessoa humana –, mas o seu vínculo direto ou imediato com esse fundamento da República que se inscreve no inciso IV do art. 1º da Constituição e que leva o nome de valores sociais do trabalho.

Então eu salto para o sistema dos direitos políticos – agora sim, é o que mais de perto nos interessa – a fim de apontar o seu vínculo funcional mais próximo com dois geminados princípios constitucionais: o princípio da soberania popular, que é o inciso I do art. 1º, e o princípio da democracia representativa ou indireta, que está no parágrafo único do art. 1º da Constituição.

Aqui, neste campo dos direitos políticos, o exercício deles não é para servir imediatamente aos seus titulares – e já vai aí uma primeira diferenciação fundamental –, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva – esses dois valores que acabei de dizer: da soberania popular e da democracia representativa ou democracia indireta. É uma diferenciação que precisa ficar bem clara. Quanto aos magnos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, para que eles existem? Eles existem como a resultante lógica, como a consequência do particularizado exercício dos direitos de índole social e daqueles rotulados como de natureza individual. Logo, nestes últimos, o que se visa em primeiro plano é beneficiar por modo concreto os individualizados sujeitos das duas categorias de direitos: direitos individuais e direitos sociais. Somente no segundo momento lógico é que se pode falar de

concreção desses dois fundamentos da República: dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho.

Quando nos deslocamos, todavia, para os basilares princípios da soberania popular e da democracia representativa, quem primeiro resplende não são os bens de personalidade. Nem de personalidade individual nem de personalidade corporativa; pelo contrário, são valores ou ideias transindividuais, porque agora estamos no reino do coletivo. Reino de tudo aquilo que é de todos, pela sua maior abrangência individual, geográfica e material, tudo conjugadamente.

Por isso é que o eleitor, titular de direito político de votar, não exerce esse direito para primeiramente se beneficiar. Seu primeiro dever, no instante mesmo em que ele exerce o direito de votar, é para com a afirmação da soberania popular e da autenticidade do regime representativo. O mesmo acontecendo com o candidato. O candidato a cargo político eletivo só está autorizado a disputar a preferência do eleitorado para representar uma coletividade geográfica ou territorial por inteiro. Jamais para presentar a si mesmo, como diria Pontes de Miranda.

É por isso que o voto é um direito e um simultâneo dever e ninguém pode vender o seu voto porque não se trata de direito potestativo, disponível. Não estamos no campo dos bens de personalidade individual, portanto, e não são bens também da chamada personalidade corporativa. O candidato também não pode comprar voto, porque o direito de votar e o de ser votado estão jungidos a valores outros que são dominados por um princípio da responsabilidade, que só podem ser exercidos nos quadrantes de valores muito mais abrangentes, como o da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo.

Portanto, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do cargo, considerada a vida pregressa do candidato, são valores condicionantes do exercício dos direitos políticos, os quais se dão nessa perspectiva da responsabilidade, que termina sendo um respeito ou uma reverência para com esses conjugados valores da soberania popular, do regime representativo, da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo. Sempre considerada a vida pregressa do candidato.

Se fizermos um confronto entre as duas categorias de direitos que mais nos interessam, os individuais e os políticos, chegaremos à conclusão de que subjaz à configuração constitucional dos direitos individuais uma inspiração político-filosófica de apriorístico antagonismo entre o indivíduo e o Estado. Antagonismo que, em linha de princípio, se resolve em favor do indivíduo, a quem se reconhece como quê um direito natural de se presentar em plenitude nos atos da vida civil. A traduzir, portanto, o primado da liberdade sobre os Poderes do Estado. Donde a própria razão de ser da regra segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (inciso LVII do art. 5º da CF). Isso porque não se pode antecipar em desfavor do indivíduo limitações e constrições impeditivas do seu elementar direito de se presentar em plenitude nos atos da vida civil. É a razão de ser dessa

regra que todos nós saudamos como traço definidor de civilidade e de avanço democrático, simultaneamente.

Já no plano da formatação constitucional do direito de cunho político eletivo, que é de representação de toda uma coletividade, já se transborda do campo da presentação para o campo da representação. Agora, o indivíduo não quer falar por si mesmo, não quer celebrar negócios, participar de licitação, constituir uma empresa, participar de reunião; o indivíduo já não quer defender direito a uma patente ou a uma marca industrial. Não! Agora, ele quer ser o próprio Estado em ação. Ele quer ser membro do Estado. Ele quer disputar um cargo, no âmbito do Executivo ou do Legislativo, para se tornar membro do Poder Público; a encarnação, a face visível do Estado.

Vale dizer, agora, a base de inspiração jurídica do poder constituinte é outra. Agora, o indivíduo já não quer ser simplesmente indivíduo; ele quer ser representante de toda uma coletividade. Por isso, deve conhecer limites, constrições, responsabilidades compatíveis com essa sua pretensão de representar toda uma coletividade geograficamente situada e federativamente personalizada.

É nesse contexto que avulta a exigência de uma vida pregressa honrada, não como causa de inelegibilidade, mas como elementar, primária, axial, naturalíssima condição de elegibilidade. Tão necessária, tão da natureza do tema da representação popular que a própria Constituição nem se deu ao trabalho de explicitá-la, especiosa e detalhadamente. Assim como a Constituição não precisou explicitar, não incluiu no rol das condições de elegibilidade a escolha do candidato em convenção partidária. A Constituição não falou disso; como também do ato em si de deferimento do pedido de registro de candidatura, que, evidentemente, é uma condição de elegibilidade. Mas a Constituição não cuidou disso, de tão evidente que é a exigência.

E todos nós, quando interpretamos a Constituição ou qualquer dispositivo, preceito, princípio jurídico ou discurso jurídico positivo, partimos de um elementar dever de casa: procuramos revelar o significado técnico, ou, então, coloquial de cada palavra, de cada expressão.

Ora, num contexto republicano, que significa *res publica* senão "coisa de todos"? Tão autoevidente que levou Rui Cirne Lima a dizer que "**administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, porém gestor de coisa alheia**". Ora, num contexto em que se fala de "candidato", substantivo recolhido pela Constituição do vocabulário comum, do manancial vocabular do povo, candidato é cândido, puro, depurado eticamente. É aquele que, se eleito, como se fazia em Roma, usará uma simbólica túnica branca, sinalizadora de respeito às normas éticas, regentes dessa relação primária entre governantes e governados, entre administradores e administrados. Candidatura, a seu turno, é candura. Como se pode ignorar isso? É candura, limpeza, pureza, depuração ética.

A Constituição não emprestou significado diferente a certas palavras – "candidato", estou a dizer –, porque trabalhou com esse pressuposto de que quem

pretende ingressar nos quadros estatais, notadamente como membro do Poder, há de possuir, há de corresponder à exigência de um mínimo ético.

Platão falava, no que foi confirmado por Montesquieu, do governo dos melhores, inclusive e sobretudo no plano ético-intelectual, mas, com o tempo, a República de Platão, estruturada e dirigida a partir dessa ideia de recrutamento dos melhores, foi ficando reduzida, reduzida, reduzida, mas não se pode reduzir tanto as coisas a ponto de se eliminar da vida pública o mínimo ético.

Veja-se o que sucede com a magistratura. Nós, aqui, fomos sabatinados, fomos arguidos publicamente pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado e, depois, tivemos os nossos nomes submetidos ao Plenário do Senado Federal, tivemos que satisfazer alguns requisitos: somos brasileiros natos, à época da nomeação tínhamos mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco e portávamos, como ainda portamos, com toda certeza, esse requisito eminentemente ético da reputação ilibada.

E é mais do que também lógico que os nossos examinadores fossem portadores de reputação ilibada. Se não se exige nada no plano ético, no plano da reputação para os membros do Senado, qual seria a conclusão? Os examinadores de todos nós, que detínhamos e detemos reputação ilibada, estaríamos submetidos a exame por parte de agentes públicos inteiramente liberados de um passado, de uma biografia pautada em exigências de ordem moral.

Não é só. Quando estudei esses temas, agora objeto da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, manejada com mão e sobremão pela Associação dos Magistrados Brasileiros, também busquei me louvar numa distinção metodológico-hermenêutica conhecida, presente no livro *Hermenêutica e aplicação do direito*, de Carlos Maximiliano. O autor diz que é preciso atentar para o fato de que certos dispositivos têm uma lógica própria, exclusiva, particular. Por exemplo: o servidor público se aposenta aos setenta anos. Não adianta procurar, fora desse específico dispositivo, a lógica impositiva da sua redação e comando. O trabalhador tem direito a férias de trinta dias após doze meses de trabalho: esse tipo de dispositivo não tem uma lógica perpassante de todo o ordenamento, mas é exclusivo dele próprio. Não adianta procurar transbordamento, irradiação político-filosófica para o sistema de comandos da Constituição.

No entanto, uma norma que diga "o Brasil é uma República", bem, essa permeia tudo. Um dispositivo cuja norma seja "a administração pública é regida pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência", também essa perpassa todos os poros do ordenamento jurídico. A lógica é permeante de todo o sistema de comandos da Constituição, à luz da qual os próprios direitos individuais hão de ser interpretados. Aí já não se pode fazer o apartamento, a segmentação das coisas.

Com essa base, procurei comparar a redação do texto magno – § 9º do art. 14 –, após a EC 4, de 1994, com a redação originária da Constituição. Encontrei uma diferença substancial. Esse dispositivo, na redação originária, não se referia à vida pregressa do candidato, à probidade administrativa nem à moralidade

para o exercício do cargo. Natural seria, portanto, que a LC 64/1990, editada, portanto, à luz dessa originária redação constitucional, se referisse a trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aliás, assim o fez muitas vezes. Mas com a Emenda 4, houve uma diferença substancial. Agora, a Constituição aporta para esse dispositivo valores, ou seja, a moralidade para o exercício do cargo; a probidade administrativa, considerada a vida pregressa do candidato.

Vale dizer, a LC 64, na medida em que tantas vezes exige trânsito em julgado, sofreu o que uns chamam de revogação, tecnicamente, e, outros, de inconstitucionalidade superveniente. Isso porque a exigência de trânsito em julgado é para proteger pessoas, o indivíduo, ao passo que a lei complementar, após a Emenda 4, somente foi requestada para proteger valores, não pessoas. A nova redação é esta, substancialmente diferente da anterior:

> Art. 14. (...)
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger [o único sentido da edição da lei complementar é proteger, salvaguardar valores, não indivíduos, não pessoas. Que valores?] a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e [conforme já constava da redação anterior] a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Como se não bastasse isso, se seccionarmos os núcleos deônticos ou os enunciados desse § 9º, poderemos dizer que probidade administrativa é uma coisa, é um enunciado, um núcleo; moralidade para o exercício do cargo é outra. Há um terceiro núcleo deôntico: "considerada a vida pregressa do candidato". Podemos concluir que, no mínimo, na parte em que se manda observar a vida pregressa do candidato, a norma seria de eficácia plena. No mínimo, não se pode desconsiderar a vida pregressa do candidato, seja como condição de elegibilidade, seja como causa de inelegibilidade. Vida pregressa como histórico de vida. Não se trata de um, dois ou três processos perdidos aqui e ali, muitos deles até abertos – conforme sabemos – por capricho, por perseguição, por açodamento, por maquinação. Falo é de um passivo processual somado a fatos públicos e notórios desabonadores da personalidade moral do candidato. A partir do momento em que dele não se exigir esse mínimo ético, a eleição corre o sério risco de se tornar uma corrida de revezamento, cujo bastão ora é um cassetete policial, ora um cone com as trinta moedas de que tanto ouvimos falar desde os primórdios do cristianismo.

No meu sentir, não há como fazer da vida pregressa do candidato à investidura em cargo político eletivo um indiferente jurídico. Peço vênia a todos que pensam divergentemente. No mínimo, a autoaplicabilidade estaria na expressão "considerada a vida pregressa do candidato".

Para concluir, quero dizer que não identifico, de todo, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Aliás, para mim, suspensão de direitos políticos é uma coisa, elegibilidade é outra e inelegibilidade já é uma terceira categoria constitucional.

A Constituição, no art. 15 – e nisso ela não inovou, não foi modificada –, estabelece o seguinte:

> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará [agora, sim, é em *numeros clausus*, diferentemente do § 9º do art. 14; agora o rol é taxativo, é fechado] nos casos de:
>
> I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
>
> II – incapacidade civil absoluta;
>
> III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Vou parar por aqui, porque, quando se fala em improbidade administrativa, não se exige o requisito do trânsito em julgado, mas se remete ao art. 37, § 4º, que fala na lei, e, aí, abriríamos uma discussão interminável aqui.

Centremos nossa atenção nesta exigência: condenação criminal transitada em julgado. Por que a exigência do trânsito em julgado? Porque a suspensão ou a perda dos direitos políticos irradia os seus efeitos para o campo dos direitos sociais e para o campo dos direitos individuais. O prejuízo é múltiplo, é grande, é lato. Aí, é diferente. Até no mercado de trabalho o cidadão, que perdeu os seus direitos e deixa temporariamente de ser cidadão, ou que tem os seus direitos suspensos, já não pode, por exemplo, contratar com o Poder Público, participar de licitação, concorrer a cargo público, propor ação popular ou fazer denúncias perante o Tribunal de Contas e, portanto, decai da sua capacidade fiscalizadora dos atos do Poder Público. Por isso se exige o trânsito em julgado. Mas não estou falando de inelegibilidade; estou falando, apenas, de suspensão dos direitos políticos: a categoria é outra.

Exigiu-se o trânsito em julgado para a suspensão ou perda dos direitos políticos, pela irradiação dos efeitos maléficos desse campo político para o campo social e para o campo individual. Aí o indivíduo já não se presenta em plenitude nos atos da vida civil. É diferente de inelegibilidade, porque, nela, os direitos políticos permanecem: não há suspensão, não há perda. A inelegibilidade é um *minus*, é uma precaução, é uma cautela. O cidadão não perde, sequer, o direito de votar. Ele tem, sim, obstruído o seu direito de representar uma coletividade, de ser votado, mas ele conserva todos os outros direitos.

Faço a seguinte pergunta, com a qual eu concluo: é proporcional, ou não, equiparar causas de elegibilidade, com suspensão ou perda dos direitos políticos? Claro que a suspensão dos direitos políticos, ou a perda dos direitos políticos, implica uma causa de não elegibilidade, mas não se exaure nisso: vai muito além, há muitos outros efeitos nas esferas de vida do indivíduo e do cidadão.

Por isso estou assentando a procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental em todos os seus termos. Entendo que o momento é histórico é o melhor possível para que o Supremo Tribunal Federal retire a Constituição do papel e impeça que ela se torne um "elefante branco" em temas de tamanha envergadura, porque dizem respeito à autenticidade do regime representativo, à afirmação da soberania popular e ao império da moralidade para

o exercício do cargo e da probidade administrativa; que impeça que a nossa Constituição se torne um "elefante branco", para não dizer um "latifúndio improdutivo", na linguagem de Lênio Streck.

É claro que estou dizendo isso com todo o respeito aos que pensam diferentemente. Longe de mim a intenção de desqualificar o argumento de quem quer que seja, menos ainda a personalidade de quem quer que seja. Todos nós estamos empenhados em cumprir a Constituição que, para mim, na matéria, não padece de nenhum déficit de normatividade. Talvez nós, a partir de mim mesmo, quem sabe, é que padeçamos de um déficit de interpretatividade. É como disse certa vez Gilberto Gil, numa música chamada Drão: os filhos são todos sãos; os defeitos são todos meus.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a Corte é chamada a decidir neste processo o conflito aparente entre, de um lado, os princípios da moralidade e da probidade, que informam de maneira decisiva o nosso sistema constitucional como um todo e, em particular, o subsistema atinente à representação política e, de outro lado, o princípio da presunção de inocência.

Pronunciei-me sobre a questão na qualidade de Ministro do TSE, ocasião em que aderi ao luminoso voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, que, lançando mão de uma interpretação sistemática do texto constitucional, adotou uma arguta diferenciação entre a ontologia e as funcionalidades dos direitos e garantias individuais, dos direitos fundamentais sociais e as referentes aos direitos políticos. Segundo Sua Excelência, enquanto os direitos sociais e os direitos e garantias individuais, ao serem exercidos, servem diretamente aos respectivos titulares, o mesmo não se dá quanto aos direitos políticos. Sustentou o eminente Ministro: "Aqui, o exercício de direitos não é para servir imediatamente a seus titulares, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva: os valores que se consubstanciam, justamente, nos protoprincípios da soberania popular e da democracia representativa".

Concordo plenamente com essa tese que postula um caráter preponderantemente objetivo para os direitos fundamentais de cunho político. E é nessa distinção que reside, a meu sentir, o elemento-chave para a conciliação de princípios constitucionais aparentemente em atrito.

Com efeito, é hoje incontestável o entendimento acerca da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto. Ao contrário, restrições a direitos fundamentais de natureza política são encontradas no próprio texto constitucional, como é o caso da proibição à elegibilidade do analfabeto (CF, art. 14, § 4º). Por outro lado, tornou-se rotina no âmbito desta Corte, e de inúmeras outras Cortes Constitucionais e Supremas, o exercício da ponderação entre princípios e valores

constitucionais *a priori* dotados da mesma carga normativa, de sorte que, no caso concreto, um deles possa eventualmente prevalecer.

Ora, o princípio da presunção de inocência, como bem sustentado pelo Ministro Carlos Britto, constitui norma princípio que serve eminentemente ao indivíduo, sem qualquer repercussão fora da esfera individual. Visa a preservar a liberdade individual do cidadão contra constrangimentos de ordem criminal que se lhe sejam opostos, por meio de procedimentos pouco obsequiosos do devido processo legal e das normas de direito processual-penal protetoras dos direitos do cidadão acusado da prática de algum delito. Já os direitos políticos têm outra conotação. Tanto o seu exercício de maneira abusiva, quanto a sua fruição na perspectiva passiva por pessoas ímprobas ou envolvidas em atividades delitivas repercutem de maneira negativa não apenas na esfera individual do titular, mas sim no próprio sistema representativo como um todo. Interfere, em última análise, na relação de representação política que une os cidadãos aos seus representantes. Em suma, é a própria democracia que se vê diminuída e deslegitimada, o que tem como consequência direta a não identificação do cidadão com os seus representantes, a desafeição do cidadão em relação aos assuntos de interesse da *polis*, ou seja, aquilo que os alemães chamam apropriadamente de *Politikverdrossenheit*.

Estou convencido, portanto, que no confronto aparente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e as exigências postas pelo art. 14, § 9º, da Constituição, estas devem prevalecer.

E mais: creio que o Poder Judiciário não pode simplesmente dar de ombros e jogar a culpa no legislador. Não. É imperioso termos presente o papel que nos cabe na fixação do conteúdo do § 9º do art. 14 da Constituição, que fixa como exigência para o exercício da capacidade eleitoral passiva a probidade administrativa e a moralidade. Ao fixarmos esse conteúdo temos que ter em mente a eficácia desse dispositivo constitucional. Ouvi com atenção o eminente Advogado-Geral da União sustentar a tese de que a exigência do trânsito em julgado seria um critério razoável. Razoável, sim, mas para tornar letra morta o dispositivo constitucional, que, como bem frisado pelo Ministro Britto em seu voto, foi modificado em 1994 para tornar explícita a determinação do constituinte derivado de tornar cogentes os princípios da probidade, da moralidade e da observância da vida pregressa dos candidatos, valores que não constavam do texto constitucional originário.

Contudo, não obstante essas minhas observações, devo assinalar que ao aderir ao voto proferido pelo Ministro Carlos Britto no TSE, ponderei que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e para evitar situações de abuso no indeferimento indiscriminado e descriterioso de candidaturas, que se adotasse o entendimento de que a condenação criminal em primeira instância, confirmada pelo órgão jurisdicional de segundo grau, já seria o suficiente para se barrar a candidatura de pessoas cuja vida pregressa não as recomendam ao exercício de mandatos eletivos.

Creio ser esse um critério seguro e compatível com o nosso sistema constitucional. Primeiro, porque leva em conta o esgotamento das instâncias ordinárias, isto é, as instâncias incumbidas do exame dos fatos em matéria criminal. Condenado o réu em primeira e segunda instâncias, tem-se a segurança necessária quanto à materialidade dos fatos de que é acusado o eventual candidato. Em segundo lugar, acredito ser imperioso, nos dias atuais, ter presente a circunstância de que o recurso extraordinário tornou-se uma modalidade recursal de rara cognoscibilidade, em razão da introdução pelo constituinte derivado, em nosso sistema jurídico, do instituto da repercussão geral.

Voto, portanto, pedindo vênia ao eminente Relator, pela procedência parcial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reconhecendo a eficácia plena do § 9º do art. 14 da Constituição, com os adendos que lhe foram trazidos pela EC 4/1994, entendendo que, para esse efeito, a sentença criminal condenatória, confirmada em segunda instância, constitui critério bastante para a aferição da probidade e da moralidade, para fins de preenchimento dos requisitos de elegibilidade.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Em seu ensaio intitulado "Da Dignidade ou Fraqueza da Natureza Humana", David Hume (século XVIII) diz: "Quando um homem tem em alta conta o seu próprio caráter e o seu lugar na criação, ele naturalmente se esforçará para corresponder a essa ideia, evitando fazer qualquer ação torpe ou viciosa, que o deixaria abaixo da imagem que ele construiu em sua própria imaginação" (Ensaios, *Liberty Fund*, *Topbooks*, tradução de Luciano Trigo, 2004, p. 188).

Creio também que assim é. E hoje a Suprema Corte tem diante de si questão que não está livre de complexidade nesse padrão humano de comportamento dos agentes políticos no exercício do mais sagrado dos direitos da representação popular que é o processo eleitoral.

O nascedouro é a questão de saber se efetivamente é possível uma interpretação constitucional que autorize a impugnação de candidatos com base apenas na existência de processos judiciais em que figure como réu, embora ainda sem trânsito em julgado.

Em brilhante voto, proferido no Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro **Ari Pargendler** fez um histórico da evolução do sistema eleitoral no campo das inelegibilidades resgatando a história do sistema legal, considerando a disciplina do regime constitucional anterior e a nova disciplina legal. O Ministro **Ari Pargendler**, então, trazendo precedentes do Tribunal Superior Eleitoral e desta Suprema Corte, mostrou a diferença existente de forma a comportar interpretação que consagrou a impossibilidade da impugnação a partir da interpretação da LC 5, de 1970, presente a absolvição do candidato em sentença, embora haja recurso da acusação. Mas essa orientação do TSE não vingou na Suprema Corte, que manteve a constitucionalidade do art. 1º, I, *n*, da LC 5, de 1970, de modo a reconhecer a inelegibilidade mesmo diante da sentença absolutória de 1º grau sujeita a recurso. O voto condutor,

naquela oportunidade, deixou claro que não se poderia exigir sentença condenatória com trânsito em julgado para o fim de dar como inelegível o candidato, admitindo até mesmo o que chamou de "sacrifício parcial do direito cívico".

Ora, nos termos da legislação vigente, a LC 64, de 1990, o legislador complementar dispôs de modo diverso, ou seja, mantida no art. 19, § 9º, da Constituição Federal a exigência da lei complementar para regular a matéria, a exigência do trânsito em julgado aparece agora como eixo para a inelegibilidade.

O que se pretende é, pela via da interpretação, restabelecer o sistema anterior ao fundamento de que os princípios constitucionais assim exigem, a partir da ideia de que o próprio art. 14, § 9º, da Constituição Federal menciona a proteção da probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Mas, sob todas as luzes, não me parece possível, por via de interpretação, em caso dessa natureza, restabelecer legislação expressamente revogada. Ao contrário, com todo respeito, entendo que a atuação jurisdicional nesse cenário significa violência contra o sistema constitucional da separação de poderes que reserva ao Poder Legislativo competência para a elaboração do direito posto. Se o Congresso Nacional, no exercício dessa competência que lhe foi distribuída pelo constituinte, alterou a regra da inelegibilidade, não pode o Poder Judiciário, por via de interpretação, restabelecer a anterior disciplina legal.

Por outro lado, gostaria de anotar que a iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros nessa questão está bem longe de suas finalidades institucionais, considerando que não lhe cabe pronunciamento sobre o processo eleitoral com orientação de impugnação de mandatos eletivos por via de interpretação. Isso, sem dúvida, passa ao largo de suas atividades institucionais de defesa da Magistratura nacional. Não há, portanto, pertinência capaz de autorizar intervenção nessa área. A tarefa é própria dos partidos políticos, detentores de capacidade política para escolher seus candidatos e responsabilizar-se pelas escolhas que fazem como agentes fundamentais do processo eleitoral. A exagerada judicialização do processo eleitoral não convém ao aperfeiçoamento do sistema de representação política. Os partidos é que devem assumir essa maior responsabilidade de escolher seus candidatos e fazer, portanto, seleção privilegiando a honra e a dignidade daqueles que vão submeter-se ao julgamento popular do voto.

Ernst Tugendhat, da Universidade de Tübingen, escreveu ensaio sob o título "Sobre o que significa justificar juízos morais", ensinando que o justo é um conceito contrário ao poder e, assim, uma ordem normativa justa é aquela em que os indivíduos se impuseram eles mesmos essa ordem. Portanto, uma ordem justa é uma ordem autônoma, em um sentido diferente da autonomia preconizada por Kant. Nessa autonomia dita coletiva, cada um é ao mesmo tempo origem da norma e objeto da norma. Assim, "se um indivíduo fere um tal sistema normativo ao qual pertence, ele fere suas próprias regras, que são igualmente regra de todos.

Ele fere todos os outros em sua capacidade de portadores dessa regra. E podemos dizer que a reação dos outros ao serem feridos dessa maneira é o que é **terrível** para aquele que feriu a norma. Mas o é somente se ele se entende como membro dessa sociedade moral" (BRITO, Adriano Naves (Org.). *Ética*: questões de fundamentação. Brasília: UnB, p. 26).

É bem o panorama exposto nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental. Só existe liberdade dentro da lei, só existe democracia se os direitos estabelecidos forem respeitados, só vinga o estado de direito se todos se sentirem partícipes solidários para garantir a sua plenitude.

Como bem assinalou o Ministro **Ari Pargendler** em seu lúcido voto no Tribunal Superior Eleitoral, "No Estado de Direito, salvo eventual inconstitucionalidade, o critério do Juiz é a lei, não podendo substituir-se a ela para impor restrições".

Foi na mesma linha o belíssimo voto do eminente Ministro **Eros Grau**, no Tribunal Superior Eleitoral, ao mostrar o desafio da vida democrática, que só floresce na grandeza do respeito ao devido processo legal.

Por fim, a questão da autoaplicabilidade está superada pela só leitura da emenda constitucional. O legislador complementar é o destinatário da regra jurídica e esse legislador fez a opção pelo trânsito em julgado. Só a alteração de lei complementar de regência é capaz de autorizar a pretensão manifestada nesta ADPF.

Com essas razões, louvando o notável voto do eminente Ministro **Celso de Mello**, que com sua habitual cultura jurídica, que engrandece a Suprema Corte, examinou exaustivamente a matéria, concluo pela improcedência dessa ação de descumprimento de preceito fundamental.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, Senhores Ministros, farei juntar o voto que escrevi, considerando o adiantado da hora e os belíssimos votos que foram proferidos pelo eminente Relator, Ministro **Celso de Mello**, e já agora pelos eminentes Ministros **Carlos Britto** e **Joaquim Barbosa**, a revelar, em um só termo, a beleza do ato de julgar e a grandeza da divergência.

Nesta Corte, nós todos convergimos para o princípio do colegiado. E é por isso mesmo que aqui, tecnicamente, não há nem vencido nem vencedor. Somos, na verdade, um só quando proclamamos o direito constitucional brasileiro na mais legítima das atividades de interpretação da Constituição.

Escrevi um voto resgatando alguns princípios que me pareciam importantes, a começar de um velho estudo de David Hume, no século XVIII, sobre a dignidade ou fraqueza da natureza humana.

Vou apenas, Senhor Presidente, pedir licença a Vossa Excelência e aos eminentes Ministros para destacar três aspectos que eu reputo relevantes, ao menos para o registro público desta sessão.

O primeiro é que, na minha compreensão, esta Suprema Corte não pode, sob nenhum ângulo, restabelecer uma legislação que foi revogada pelo Congresso Nacional com a edição de uma nova lei. Nós temos a capacidade amplíssima de interpretação da Constituição, mas nós não temos capacidade, porque competência nos falece, de repristinar uma regra jurídica que o legislador complementar entendeu de revogar. Este é o primeiro ponto, e aí confino basicamente toda a fundamentação do voto que escrevi, no sentido preciso de que realmente nós estamos diante de um comando constitucional que destina à lei complementar, obedecidos os princípios que o comando estabelece, o destino de fixar a regra da elegibilidade e da inelegibilidade.

O segundo aspecto, Senhor Presidente, já ressaltei antes, quando acentuei na preliminar de legitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, e agora apenas completo no sentido de entender que, na realidade, este grande papel de seleção dos candidatos, o mais sagrado do Direito Eleitoral, que é o processo de eleição dos representantes populares, deve caber, especificamente, aos partidos políticos, ainda mais considerando a disciplina constitucional dos oitenta, que mudou completamente a sua natureza jurídica. Os partidos políticos devem assumir a sua responsabilidade diante do processo eleitoral. Não existe democracia forte se não há partidos políticos fortes. E esta Suprema Corte, ainda recentemente, dentro da sua mais elevada competência, fazendo uma leitura moral da disciplina constitucional, reforçou essa ideia quando estabeleceu o princípio da fidelidade partidária, dando, portanto, um sinal, ao meu sentir, importante de que é através dos partidos políticos que se exerce a representação democrática na mais legítima forma de representação do povo. Os partidos políticos, portanto, devem assumir essa responsabilidade.

E o terceiro e último ponto, Senhor Presidente, que procuro destacar é um estudo que foi feito por Ernst Tugendhat, da Universidade de Tübingen, em que ele mostra o que significa justificar os juízos morais. Nesse estudo, ele ensina, Senhor Presidente e Senhores Ministros, que o justo é um conceito contrário ao poder e, assim, uma ordem normativa justa é aquela em que os indivíduos se impuseram eles mesmos, a eles mesmos, essa ordem. Portanto, uma ordem justa, diz Tugendhat, é uma ordem autônoma, em um sentido claramente diferente daquele posto por Immanuel Kant. Nessa autonomia que põe Tugendhat, tratar-se-ia bem mais de uma autonomia dita coletiva. Cada um é, ao mesmo tempo, origem da norma e objeto da norma. E, *in verbis*, diz Tugendhat que:

> Assim, se o indivíduo fere um tal sistema normativo ao qual pertence, fere suas próprias regras que são igualmente regras de todos. Ele fere todos os outros em sua capacidade de portadores dessa regra. E podemos dizer que a reação dos outros, ao serem feridos dessa maneira, é o que é terrível para aquele que feriu a norma, mas o é somente se ele se entende como membro dessa sociedade moral.

É, portanto, esse o conceito que, ao meu sentir, tem força para explicitar o respeito que devemos ter ao Poder Legislativo quando exercendo a sua competência no plano constitucional. E aqui ele o fez, com a devida vênia e louvando a interpretação divergente que foi dada, na medida em que demonstrado à saciedade pelo eminente Ministro **Celso de Mello** em seu culto e lúcido voto, que a disciplina normativa, o direito posto, está em sentido expressamente contrário à interpretação que se poderia dar para a exigência pretendida pela inicial desta ação.

Faço, finalmente, uma referência, e é uma homenagem que não poderia deixar de fazer, aos votos brilhantíssimos que foram proferidos no Tribunal Superior Eleitoral pelo eminente Ministro Relator da consulta, Ministro **Ari Pargendler**, e também pelo eminente Ministro **Eros Grau**. Na realidade, como bem assinalou o Ministro **Pargendler** em seu belo voto no Tribunal Superior Eleitoral, "no Estado de Direito, salvo eventual inconstitucionalidade, o critério do Juiz é a lei, não podendo substituir-se a ela para impor restrições."

Com essas breves considerações, peço vênia à divergência para acompanhar o voto do eminente Relator, julgando improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, gostaria de começar cumprimentando os Ministros que me antecederam, mas, de uma forma muito particular, os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto. Portanto, dois votos divergentes, mas não posso deixar de considerar que o trabalho do Ministro Celso de Mello honra cada um que está aqui neste momento histórico e podendo presenciar a oitiva deste voto, a participação deste julgamento.

Eu penso que este julgamento tem uma importância muito grande, e há poucos meses atrás falávamos de outro, presenciamos o debate sobre as células-tronco exatamente porque dizia respeito à dignidade da pessoa humana. Penso que, neste aqui, coloca-se um dado essencial: naquele caso, estávamos a discutir o que é a possibilidade de viver para o outro; e, neste, nós estamos discutindo sobre as condições para se viver com o outro e pelo outro, na formulação posta pelo Ministro Carlos Britto. Quer dizer, como é que a vida política se passa, que sociedade nós queremos ter a partir do que a Constituição concebe como Estado. Ou seja, queremos um Estado no qual se intervém mais na vida?

Eu digo isso, Ministro Carlos Britto, principalmente, porque, quando eu era universitária, portanto, quando me foi dada a primeira possibilidade de votar, eu não votava, porque eu morava numa capital, que me diziam assim: como vocês não sabem votar, melhor de uma vez é já nem deixar votar.

Eu sempre achei que democracia se aprende. É preciso deixar as pessoas se informarem – como foi enfatizado pelo Ministro Celso de Mello. E é com educação e informação que se pode formular uma democracia forte, e não apenas

ausentando alguns quadros que, às vezes, são até ilícitos e realmente chegam a querer fazer o que não pode ser feito: numa democracia representativa, em que a ética está na base da Constituição, o fato de eles poderem se apresentar como eventuais candidatos, quando "candidatos", até na fórmula vocabular, não seriam mesmo.

Ocorre que estamos num Estado democrático concebido constitucionalmente, e, como cansa de lembrar, principalmente, nas obras doutrinárias, o Ministro Gilmar Mendes, esta não é só uma democracia, é uma democracia de direito nos termos expressos da Constituição.

Eu devo dizer, Senhor Ministro Carlos Britto, que eu fiz um enorme esforço para acompanhar Vossa Excelência, porque os dados todos que são colocados são extremamente sensíveis num momento em que, a cada dia, nós vemos pessoas que, pelo menos, são apresentadas como se não pudessem ser os melhores representantes, mas que aparecem, são mostrados. Ocorre que – como lembrou o Ministro Marco Aurélio no voto de 2006 – somos aqui escravos da Constituição para garantir a liberdade do jurisdicionado. Portanto, meu limite é a Constituição; e, dentro dela, eu fiz um voto, Senhor Presidente, que eu também, como o Ministro Menezes Direito, vou fazer juntar, até pelo adiantado da hora, mas não quero deixar de fazer três observações rapidíssimas quanto ao que nele se contém.

Eu estou dando a minha adesão à conclusão apresentada pelo eminente Ministro-Relator, com as vênias de estilo ao Ministro Carlos Britto no seu brilhantíssimo trabalho, e devo dizer que não levo em consideração que a vida pregressa, explicitada com o advento da ECR 4/1994 – tal como bem demonstrou o Ministro Celso de Mello – não esteja sendo cumprida. Eu penso, Ministro Carlos Britto, que ela está sendo cumprida. O que se pode discutir é esse critério de cumprimento, nos casos daqueles que têm contas que tenham sido rejeitadas ou que estejam com pendências judiciais, aguardando o trânsito em julgado; portanto, eu acho que esse é o ponto que pode ser considerado demasiado. Mas dizer que seja desconsiderada a vida pregressa, não, até porque a referência da LC 64, exatamente a ocorrência de decisões judiciais com trânsito em julgado, é uma consideração quanto à vida pregressa. Então o que se poderia mudar é se seria necessário realmente isso e se seria inconstitucional, e aqui eu não vislumbro inconstitucionalidade.

Não consigo ultrapassar esse dado que foi relevado, tanto da parte de Vossa Excelência quanto do Ministro Celso de Mello, quanto agora no voto do Ministro Menezes Direito. Ou seja, quando a Constituição diz que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade no exercício do mandato, considerada a vida pregressa, não consigo ver como, havendo uma lei que estabeleceu os casos e que pelo menos não foi declarada inconstitucional, possa ser substituída por um julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Penso que, neste caso, nós estaríamos a fazer um movimento contrário à Constituição, porque se estaria transgredindo, primeiro, o princípio da segurança jurídica. Qual é a segurança que um cidadão pode ter? Que regra está valendo?

Segundo, o princípio da igualdade. É preciso se ter claro qual critério, ou quais critérios que estão prevalecendo para que um cidadão não ache que o juiz decidiu de um jeito com relação ao candidato no qual ele queria votar; e, um outro, em condições que, para ele, seriam análogas ou semelhantes, não seria permitido o voto. Então, é preciso que a igualdade jurídica aqui seja considerada em benefício exatamente do respeito ao elenco dos direitos fundamentais.

E, em terceiro lugar, o princípio da separação de Poderes, que está no parágrafo único do art. 1º, segundo o qual é incumbido, é encarregado o Poder Legislativo de fazer leis. E, neste caso, nem é apenas o Congresso Nacional, é o legislador complementar, portanto, qualificado.

Foi chamado aqui da tribuna, no belíssimo trabalho feito pelos senhores advogados, e tal como antes feito pelo Ministro Relator, um voto do Ministro Carlos Mário Velloso. No entanto, na condição de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Carlos Mário Velloso formou um conjunto de juristas exatamente para formular um anteprojeto de lei para tratar dessa matéria. Esse documento foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo fato de o Ministro Carlos Mário, na condição de Presidente do TSE, considerar não ser possível o TSE atuar como autor de norma inovadora do sistema jurídico. Então, não se pode deixar de levar em consideração esse dado.

Senhor Presidente, gostaria apenas de sinalizar que seria muito bom começarmos a colocar as coisas em seus devidos lugares e questionarmos por que este julgamento adquiriu esta dimensão, inclusive social. Penso, basicamente, serem dois os motivos. O primeiro é que, a cada dia, todos nós, cidadãos brasileiros, somos afligidos com notícias de atos de absoluta falta de ética, de quebra dos princípios éticos e morais, com casos e mais casos de corrupção na administração pública, fato que afronta o nosso sentimento de viver com justiça em uma sociedade civilizada.

Em segundo lugar, há a morosidade do trânsito em julgado de decisões judiciais. Fossem as decisões rápidas – e isso é uma questão que se coloca – e não tivéssemos tantos casos, ninguém iria afirmar que esta Constituição não está sendo cumprida, inclusive em seu fundamento ético.

Ora, não é exatamente perpassando o problema – tal como proposto pela Associação dos Magistrados Brasileiros – que ele será resolvido, até porque, conforme bem demonstrou o Ministro Celso de Mello em seu brilhantíssimo voto, não é, de forma alguma, restringindo ou constrangendo direitos fundamentais que teremos um Estado Democrático de Direito, no qual a segurança e a liberdade de todos, inclusive as do eleitor, serão garantidas.

Um juiz da Corte Suprema Norte-Americana disse uma vez que quem abre mão da sua liberdade em benefício de um momento de segurança há de chegar, certa e rapidamente, a um momento em que não terá nem liberdade nem segurança.

Penso que, tal como até agora decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, estão não apenas resguardados os direitos fundamentais no plano político e também nas instituições, cujo aprimoramento

nenhum de nós brasileiros há de imaginar, em sã consciência, que não precisa ser aperfeiçoado. Isso é necessário, sim, porque todos nós, cidadãos, não aguentamos mais, todos os dias, depararmo-nos com casos de corrupção, de falta de ética, de falta de apreço pela coisa pública. Não é, porém, contornando normas constitucionais – não apenas dando integral cumprimento a elas e, principalmente, sobrepondo-se ao legislador complementar – que será atingido esse objetivo.

Realmente o Ministro Celso de Mello foi extremamente feliz. Tenha certeza, Ministro Carlos Britto, que levei em consideração, com o maior empenho, a discussão ocorrida no Tribunal Superior Eleitoral quanto ao que foi dito hoje, porque, se eu pudesse e se eu achasse que isso aperfeiçoaria a Constituição, e se o que foi posto por Vossa Excelência fosse realmente um dado constitucional, com todas as vênias, não tenho dúvida de que teria todo gosto em acompanhar – conforme faço todas as vezes – o voto de Vossa Excelência. No entanto, neste caso, o meu compromisso jurado com a Constituição aqui neste Plenário, há mais de dois anos, não me permite votar de forma diversa, razão pela qual, com as vênias de estilo, acompanho o voto do eminente Relator.

Farei juntar o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, louvo inicialmente o belíssimo voto do Ministro Celso de Mello, uma verdadeira lição de Direito Público. Louvo também a divergência, especialmente o voto do Ministro Carlos Britto, que, com seu elevado espírito público, deu-nos uma aula sobre República assim como o substancioso voto do Ministro Joaquim Barbosa. Cumprimento os demais Ministros, que proferiram votos bastante substanciosos, e peço vênia ao eminente Presidente para pontuar alguns trechos das notas que trouxe para esta sessão.

Inicio dizendo, Senhor Presidente, que nós todos sabemos que, em Roma antiga, os candidatos a cargos eletivos trajavam uma toga branca como forma de identificá-los e distingui-los dos demais cidadãos. A palavra "candidato" – conforme já avançou o Ministro Carlos Britto – vem exatamente do latim *candidatus*, que significa "aquele que veste roupa branca", representando a pureza, a honestidade, a idoneidade moral para o exercício do cargo postulado.

Evidentemente, o Poder Judiciário, de modo geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, não apenas compartilha do anseio popular, que atualmente encontra enfática repercussão nos meios de comunicação, no sentido de que sejam impedidos de concorrer a cargos eletivos os candidatos que não tenham a qualificação legal ou moral para tanto, como também lhe incumbe dar concreção, no âmbito da Justiça eleitoral, aos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, devendo, contudo, fazê-lo dentro das balizas constitucionais e legais em vigor.

Lembro que, com fundamento no art. 151 da EC 1/1969, editada no auge do regime de exceção, veio a lume a LC 5/1970, que tornava inelegíveis todos aqueles que estivessem respondendo ações penais ou tivessem sido condenados por determinados crimes – contra a segurança nacional, a economia popular, a administração pública, ou o patrimônio, dentre outros – enquanto não fossem absolvidos ou reabilitados.

Com o advento da Constituição de 1988, essa lei, de viés claramente autoritário, foi substituída, com fundamento no que dispõe o seu art. 14, § 9º, pela LC 64/1990, que no art. 1º, I, *d*, *e*, *g* e *h*, estabelece como condição de inelegibilidade a condenação, com trânsito em julgado**,** pela prática de certos ilícitos, dentre outros: crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração estatal, o mercado financeiro, etc.

Em caráter excepcional e de forma taxativa, a LC 64/1990 admite que a inelegibilidade resulte da rejeição de contas relativas ao exercício de cargos e funções públicas por irregularidade insanável, mediante decisão irrecorrível do órgão competente, exceto – ressalto – se a questão houver sido ou estiver sendo submetida ao Judiciário.

Essa nova disciplina legal constituiu claramente, no contexto de uma Constituição de natureza garantista, uma reação do legislador aos desmandos praticados ao longo do regime de exceção, na medida em que optou por privilegiar, em matéria eleitoral, os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal. Ademais, o legislador escolheu um critério objetivo para a decretação da inelegibilidade, qual seja: o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Segundo a requerente, em apertada síntese, os referidos dispositivos da LC 64/1990 não teriam sido recepcionados pelo art. 14, § 9º, da Constituição, com a redação que lhe deu a ECR 4/1994, por estarem em colisão com os preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de cargo eletivo. Entende ainda a requerente que tais preceitos seriam autoaplicáveis, ou seja, que prescindiriam da edição de lei complementar, expressamente exigida no próprio texto do art. 14, § 9º, da Constituição.

Ora, a prevalecer essa tese, estaríamos diante de uma verdadeira norma em branco, conforme consignou o Advogado-Geral da União em suas informações, que permitiria aos juízes eleitorais determinarem a inelegibilidade de certo candidato com base em uma avaliação eminentemente subjetiva daquilo que a Constituição denomina de "vida pregressa", a fim de proteger, segundo o alvedrio de cada julgador, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Uns decretarão o interdito com base no simples curso de uma ação penal ou de improbidade; outros elegerão como fator de discrímen a condenação em primeiro grau; outros, ainda, a imposição ou confirmação de sanção em segundo grau de jurisdição; quiçá, alguns mais atentos ao princípio constitucional da não culpabilidade, elegerão o trânsito em julgado da sentença condenatória como fator impeditivo para o exercício dos direitos políticos. Num

contexto destes, ter-se-á, quando mais não seja, afronta ao princípio da isonomia, na medida em que os candidatos serão tratados de forma distinta segundo o critério pessoal do juiz ou dos integrantes do Tribunal responsáveis pelo registro da candidatura. Melhor, então, que prevaleça, enquanto outro critério não for escolhido pelos membros do Congresso Nacional, aquele estabelecido pela lei complementar vigente, isto é, o do trânsito em julgado de sentença condenatória, o qual eu penso, diante da taxatividade com que está redigido, não pode ser modificado por mera interpretação judicial, sob pena de indevida invasão da seara legislativa por parte dos magistrados.

Lembro, nesse passo, que Niklas Luhmann, em conhecida passagem de uma de suas mais importantes obras, assentou que a única forma de se ver o sistema social liberado dos constrangimentos e da aleatoriedade daquilo que denominou de "mercado político" de crescente complexidade é a institucionalização de procedimentos decisórios institucionalizados de uma maneira a alcançar-se, em suas palavras, a legitimação pelo procedimento. Sob essa óptica, o devido processo eleitoral, que compreende, dentre outras, regras permanentes e objetivas acerca da inelegibilidade, configura precisamente um importante mecanismo institucional destinado a conferir legitimidade à seleção e eleição dos candidatos.

Saltando outros trechos que deixarei para a publicação do meu voto, trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal, que me parece deveras relevante. (Acho que esses dados já estão em mãos dos meus eminentes Colegas). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foram total ou parcialmente reformadas pelo Supremo Tribunal Federal nesse período. No tocante ao provimento integral dos recursos extraordinários, observo que mais de um quarto dos candidatos eventualmente barrados em função de uma condenação em primeira ou segunda instância, a prevalecer a tese da requerente, teriam transmudadas suas fichas – para empregar uma expressão hoje corrente na mídia – de sujas para limpas. Quer dizer, um quarto dos postulantes a cargos eletivos impedidos de concorrer seriam mais tarde reabilitados pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas depois de já passadas as eleições. Isso significa que teriam coactado um dos mais importantes direitos fundamentais: o direito de participar da gestão da coisa pública por meio do voto, valor guindado à dignidade constitucional, desde o fim do século XVIII, como resultado das revoluções liberais deflagradas contra o absolutismo monárquico.

Por essas razões e por mais aquelas aduzidas pelos eminentes pares que me precederam, peço vênia para acompanhar o substancioso voto do preclaro

Relator, julgando improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Manifestei-me sobre esta mesma matéria[1] em votos proferidos no TSE. É também contra a interpretação que o colegiado então consagrou por maioria que esta arguição de descumprimento de preceito fundamental foi proposta, de modo que se justifica a alusão que passo a fazer aos argumentos desenvolvidos nesses votos, ora acrescidos de mais alguns subsídios.

2. Afastei naquela ocasião, com as vênias de estilo, o entendimento do Ministro Carlos Britto, segundo o qual os temas da elegibilidade e da inelegibilidade compõem-se em bloco ou subconjunto específico dos direitos e garantias individuais, o dos *direitos políticos*. Esse bloco seria distinto, em *perfil político-filosófico*, do bloco dos *direitos e deveres individuais e coletivos* – onde predomina o princípio da *dignidade da pessoa humana* – e do bloco dos *direitos sociais* – onde prevalece o princípio dos *valores sociais do trabalho*.

3. No bloco dos *direitos políticos* predominariam os princípios da *soberania popular* e da *democracia representativa*.

4. Os dois primeiros subsistemas gravitariam em torno de princípios que existem para – dicção do Ministro Carlos Britto – "se concretizar, imediatamente, no individualizado espaço de movimentação dos seus titulares". Os direitos de que aqui se trata beneficiam imediatamente os seus titulares. No bloco dos direitos políticos não; esses consubstanciam deveres comprometidos com a afirmação da soberania popular e a autenticidade do regime representativo.

5. Em síntese, essa é a construção doutrinária desenvolvida pelo Ministro Carlos Britto, que justificaria peculiar interpretação de alguns textos da Constituição – o inciso III do art. 15 e o inciso LVII do art. 5º, *v.g.*, disporiam no sentido que dispuseram somente quando o candidato respondesse por um ou outro processo penal; quando respondesse reiteradamente a inúmeros deles as suas disposições não prevaleceriam.

6. Discordei, permaneço a discordar desse entendimento. A explicitação teórica de distintos blocos de preceitos não afeta a normatividade constitucional, seja para potencializá-la, seja para torná-la relativa.

7. A uma porque o discurso sobre o direito não determina o discurso do direito – o discurso do direito é para prescrever direta e incisivamente, sem expansões. O discurso sobre o direito é um metadiscurso, conformado pelo discurso do direito. Aquele não o coloniza.

---

[1] Art. 14, § 9º, da CB: "§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta" (*redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão 4, de 1994*).

8. A duas – e tenho insistido quase excessivamente nisto – porque não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, mas sim na sua totalidade. Uma porção dela não prevalece sobre outra quando a interpretamos. A lógica da Constituição é incindível.

9. A três porque sua interpretação está sujeita a determinados limites, sem o que será transformada em prática de subjetivismo.

10. A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da *presunção de não culpabilidade* consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição ("*[n]inguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*") por uma *presunção de culpabilidade* contemplada em lugar nenhum da Constituição (*qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória*).

11. Essa suposição não me parece plausível.

12. Recordo, a esta altura, o voto, muito lúcido, do Ministro Ari Pargendler quando a matéria foi apreciada no TSE.

13. O rol das inelegibilidades é definido pela Constituição como uma das matérias reservadas à lei complementar. O art. 1º, I, da LC 64/1990 exige que a inelegibilidade resulte de sentença transitada em julgado; excepcionalmente, no caso da rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por irregularidade insanável, privilegia a decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário.

14. O voto do Ministro Leitão de Abreu no RE 86.297 – voto que o Min. Ari Pargendler rememorou – é também exemplar: apenas o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, seja pelo cometimento de crime, seja pela prática de improbidade administrativa, pode impedir o acesso a cargos eletivos.

15. Viver a democracia, isso não é gratuito. Há um preço a ser pago por ela; em síntese, o preço do devido processo legal.

16. O art. 1º, I, *n*, da LC 5, de 29 de abril de 1970, tornava inelegíveis para qualquer cargo eletivo os que respondessem a processo judicial instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente.

17. Tempos duros e sofridos, a democracia ultrajada, quando bastava a denúncia do Ministério Público, recebida pelo juiz, para tornar inelegível o cidadão. A inconstitucionalidade do preceito veiculado nessa alínea *n* foi afirmada pelo TSE, no julgamento do Recurso 4.466[2], quando o Ministro Xavier de Albuquerque proferiu voto antológico.

---

[2] Acórdão 5.864, de 23-9-1976, Relator designado Ministro Leitão de Abreu, in *Boletim Eleitoral*, n. 302, p. 720.

18. A LC 42, de 1º de fevereiro de 1982, alterou o texto da alínea[3]. Passaram a ser inelegíveis os condenados, "enquanto penalmente não reabilitados". Ainda que o TSE e mesmo o STF tenha titubeado na aplicação do preceito, é oportuna a transcrição de observação do Ministro da Justiça, em reunião da Comissão Mista do Congresso Nacional, em 7 de outubro de 1981[4]. Respondendo a afirmação de que a lei seria imperfeita por falar simplesmente em condenados, reclamando o acréscimo da expressão "por sentença transitada em julgado", o Ministro observou: "Não é preciso, pois não existe meio condenado, existe condenado". E mais adiante: "'Condenado' é aquele 'condenado por sentença transitada em julgado'".

19. Isso é, para mim, de uma clareza sem par. O § 9º do art. 14 da Constituição determina seja considerada a vida pregressa do candidato. Ao fazê-lo refere o que aconteceu antes do ato que a ele se imputa, refere o quanto possa contribuir para a apreciação do seu caráter, tudo quanto possa ser expressivo da sua índole moral, psíquica e social.

20. Ao dizer que a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a moralidade para o exercício do mandato, "considerada a vida pregressa do candidato", o preceito constitucional impede que a moralidade para o exercício do mandato venha a ser ponderada a partir da consideração de algum ato episódico, isolado ou mesmo acidental envolvendo o candidato. Não autoriza a criação de caso de inelegibilidade ancorada na avaliação da vida pregressa do candidato, mas sim que a moralidade do candidato para o exercício do mandato seja ponderada, em cada caso, desde a consideração da sua vida pregressa, do todo que ela compõe. A proteção da moralidade do candidato para o exercício do mandato não prescinde da ponderação desse todo, isso é que afirma, em termos de *dever ser*, a Constituição. É bom que se diga, mais uma vez, que ninguém está autorizado a ler na Constituição o que lá não está escrito, prática muito gosto dos *neo* e/ou *pós-positivistas*, gente que reescreve a Constituição na toada de seus humores.

21. Permito-me afirmar, ademais, que o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra.

22. Não hão de ter faltado éticas e justiça à humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia apenas muito dificilmente é conciliável com a realidade.

23. A única tentativa viável, embora precária, de mediação entre ambas é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o "direito moderno", identificado à lei. A cisão enunciada na frase atribuída a Cristo – "a

---

[3] Sobrevieram as LC 64, de maio de 1990, e LC 81, de 13-4-1994.

[4] *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), 16-1-1982, p. 295.

César o que é de César, a Deus o que é de Deus" – torna-se definitiva no surgimento do *direito moderno*, *direito do modo de produção capitalista*, *direito posto* pelo Estado, erigido sobre uma afirmação a atribuir-se a *Creonte*, ainda que não formulada exatamente nessas palavras: "Prefiro a ordem à justiça". No direito moderno se opera a separação absoluta entre *posto* e *pressuposto,* entre *lex* e *ius*.

24. É certo que o temos, o direito moderno, permanentemente em crise, mas o que se passa agora é ainda mais grave porque – ao mesmo tempo em que se pretende substituir as suas regras e princípios por outras, descoladas da eficiência ou de alguma distinta vantagem econômica – a sociedade como que já não lhe dá mais crédito e inúmeras vezes se precipita na busca de uma razão de conteúdo, colocando-nos sob o risco de substituição da racionalidade formal do direito [com sacrifício da legalidade e do procedimento legal] por uma racionalidade construída a partir da ética (qual ética?!), à margem do direito.

25. A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de *justiça*, ignara de que ela não existe em si e de que é incabível, como observara *Epicuro*[5], discutirmos a "justiça" ou "injustiça" da norma produzida ou da decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma, nem outra ["justiça" ou "injustiça"], existem em si; os sentidos, de uma e outra, são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança [segurança social], tal como concebida, em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma teoria da justiça, porém, na dicção de *Habermas*[6], uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico.

26. É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá, aliás, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número, as promessas de *liberdade*, da *igualdade* e *fraternidade*. Outra coisa é a pretensão de substituir-se o direito pela moralidade, o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem.

27. Estranhas e sinuosas vias são trilhadas nessa quase inconsciente procura de *ius* onde não há senão *lex*.

Uma delas se expressa na produção multiplicada de textos sobre conflitos entre princípios e entre valores, o que em geral faz prova de ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico.

28. Outra, na banalização dos "princípios" [entre aspas] da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, em especial do primeiro, concebido como um "princípio" superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao

---

[5] NIZAN, Paul. *Démocrite Épicure Lucrèce*: les matérialistes de l'antiquité (textes choisis). Arléa, Paris, 1991, p. 151.

[6] HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung, Suhrkamp, Frankfurt am Main*, 1992, p. 241.

Poder Judiciário a faculdade de "corrigir" o legislador, invadindo a competência deste.

29. O fato, no entanto, é que *proporcionalidade* e *razoabilidade* nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito.

30. Aliás, algumas vezes me detenho, perplexo, indagando a mim mesmo como terá sido possível aos nossos juízes definir normas de decisão nos anos anteriores à década dos noventa, quando ainda a distinção entre princípios e regras não havia sido popularizada.

31. A racionalidade formal do direito moderno, direito positivo, direito posto pelo Estado, não pode – por certo não é fácil dizê-lo; dizê-lo exige serenidade e seriedade – não pode ser substituída por uma racionalidade de conteúdo que, fatal e irremediavelmente, será resolvida, no bojo da díade violência/direito, pelo primado do primeiro termo.

32. Isso não significa, contudo, esteja eu a afirmar que o direito moderno seja aético, senão que a sua é a ética da legalidade.

33. A ética, do ponto de vista formal, é um conjunto de postulados vazios e indeterminados; vale dizer, é abstrata. Sua efetividade, sua concretude provém do mundo exterior, objetivando-se nos comportamentos que um determinado grupo social entenda devam ser adotados diante da realidade.

34. Muitos grupos, muitas éticas – isto é, díspares manifestações desta última no concreto. Um desses grupos é a sociedade civil, o mais amplo deles. Entre nós, no nosso tempo, a ética adotada para reger as relações reguladas pelo chamado direito moderno é a *ética de legalidade*.

35. Note-se bem – e isso é o que estou a sustentar – note-se bem que o agir humano por ela conformado não é, necessariamente, aquele que seria determinado por uma ética fundada na busca de justiça. Repita-se: o universal é irredutível ao concreto – a ideia é quase nunca conciliável com a realidade.

36. Por isso, talvez, há no ar uma vontade de superação da cisão entre o direito e moral.

37. A importação de valores éticos para dentro do horizonte do jurídico permitiria qualificar como tal, como jurídico, apenas um sistema normativo, ou uma norma singular, dotado de certo conteúdo de justiça. O que permitiria caracterizar como válida a norma ou o sistema de normas seria esse conteúdo de justiça.

38. Mesmo em certas decisões judiciais de quando em quando surge, em discursos que desbordam da racionalidade, o apelo à moralidade como razão de decidir. Tal e qual texto normativo estariam a violar o ordenamento, ou seriam mesmo inconstitucionais, por comprometerem a moralidade ou princípio da moralidade.

39. É certo, como anotei em outra oportunidade[7], que a Constituição do Brasil define a *moralidade* como um dos princípios da administração. Não a podemos, contudo, tomar de modo a colocar em risco a substância do sistema de direito. O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais.

40. Daí que o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. O exercício da judicatura está fundado no direito positivo [= a *eticidade* de *Hegel*]. Cada litígio há de ser solucionado de acordo com os critérios do direito positivo, que se não podem substituir por quaisquer outros. A solução de cada problema judicial estará necessariamente fundada na *eticidade* [= ética da legalidade], não na moralidade. Como a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade, a admissão de que o Poder Judiciário possa decidir com fundamento na moralidade entroniza o arbítrio, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que se devem nutrir os magistrados. Instalaria a desordem. Eis então por que resulta plenamente confinado, o questionamento da *moralidade da administração* – e dos atos legislativos – nos lindes do *desvio de poder* ou de *finalidade*. Qualquer questionamento para além desses limites apenas poderá ser postulado no quadro da *legalidade* pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro princípio, na Constituição e na legislação infraconstitucional. A *moralidade da administração* – e da atividade legislativa, se a tanto chegarmos – apenas pode ser concebida por referência à *legalidade*, nada mais.

41. Digo-o com ênfase porque o que caracteriza o surgimento do chamado direito moderno – esse direito que chamo direito *posto* pelo Estado, opondo-o ao direito *pressuposto* – é precisamente a substituição do subjetivismo da equidade pela objetividade da lei. A lei em lugar da vontade do rei. Isso significa a substituição dos *valores* pelos *princípios*. Não significa que os valores não sejam considerados no âmbito do jurídico. Não significa o abandono da ética. Significa, sim, que a ética do direito moderno é a *ética da legalidade*.

42. A legalidade supõe a consideração dos valores no quadro do direito, sem que, no entanto, isso conduza a uma concepção substitutiva do direito pela moral. O sistema jurídico deve por força recusar a invasão de si mesmo por regras estranhas a sua eticidade própria, regras advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil. E – repito-o – ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas. O fato é que o direito posto pelo Estado é por ele posto de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume[8] a sociedade civil, conferindo concomitantemente a esta a forma que a constitui.

---

[7] O d*ireito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 289 et seq.

[8] Suprassumir como "desaparecer conservante", para traduzir Aufheben, no sentido apontado por Paulo Meneses, tradutor de Hegel na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio* (Edições Loyola, São Paulo, 1995, nota do tradutor, p. 10). Vide Michael Inwood, *Dicionário Hegel*, trad. de Álvaro Cabral, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1997, p. 303-304), em especial o seguinte trecho:

43. Os valores, teleológicos, alcançam o direito pelo caminho deontológico dos princípios. Porém isso assim se dá sem que seja esquecida a distinção *hegeliana* entre *moralidade* e *eticidade*. A *moralidade* respeita às virtudes do homem na sua subjetividade, ao passo que a *eticidade* repousa sobre as instituições e as leis – o *nomos*. *Homem virtuoso* será, em ambos os casos, o que exerce de modo adequado o seu predicado essencial, o ser racional; virtuoso é o homem que usa a razão [*logos*] exercitando a prudência [*phrónesis*]. No plano da *eticidade*, o homem já não é visto isoladamente, porém inserido no social, logo sujeito às instituições e às leis. *Virtuoso* então, desde a perspectiva da tradição que vai de *Platão* a *Hegel*, no plano da *eticidade*, é o homem que respeita as instituições e cumpre as leis.

44. Daí por que cumpre nos precavermos em relação aos que afirmam o antipositivismo sem limites, desavisados de que a *ética da legalidade* não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Certo conteúdo de justiça por certo se impõe na afirmação do direito, mas conteúdo de justiça interno a ele, quer dizer, conteúdo de justiça positivado.

45. A multiplicidade das morais e dos sistemas éticos nos deixaria sem rumos e sem padrões de comportamento se não pairasse sobre todas elas a legalidade. Não obstante, diante da multiplicidade de morais e de sistemas éticos aos quais nos podemos vincular há quem sustente, em última instância, que a moralidade é expressão de uma assim chamada *ética pública*. Mas essa *moralidade pública* não pode operar como critério de juízos praticáveis no âmbito do direito, pois compromete a segurança e certeza jurídicas na medida em que, como observa *José Arthur Gianotti*[9], compreende um aprender a conviver com os outros, um reconhecimento da unilateralidade do ponto vista de cada qual, que não impõe conduta alguma.

46. Fui ironicamente acusado de ser, no exercício da magistratura, um positivista *à outrance*. Mas é que sei, muito bem, que a legalidade é o derradeiro instrumento de defesa das classes subalternas diante das opressões, em todas as suas múltiplas e variadas manifestações. Por isso – permitam-me repeti-lo – o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra.

47. Leio em *Pietro Perlingieri – A legalidade constitucional*, cuja tradução está em vias de publicação entre nós – observações que me colocam à margem de qualquer ironia: "A positividade do direito está em ser ele interpretável (...) A interpretação deve levar em consideração referências externas ao texto, resultando estéril qualquer interpretação limitada a um 'significado próprio das palavras' (...) O momento do factual é absolutamente inseparável do momento

---

"Aufheben é semelhante à *negação* determinada que tem um resultado positivo. O que resulta da suprassunção de algo, por exemplo, o todo em que ele e seu oposto sobrevivem como momentos, é invariavelmente superior ao item, ou à *verdade* do item suprassumido."

[9] MORAES, Adauto (Org.). Moralidade pública e moralidade privada. In: *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 336.

cognoscitivo do direito". O direito positivo há de ser continuamente reenviado a elementos extrapositivos, sem que isso signifique senão superação do *positivismo meramente linguístico*, dado que – diz *Perlingieri* – "ao intérprete não é consentido passar por cima ou ignorar o texto". Por isso mesmo permaneço no âmbito de uma positividade que ousaria chamar de *positividade democrática*, sem ceder aos populismos que tomam a opinião pública e o consenso das massas como fonte do direito.

48. É essa *positividade democrática* que, na morte de Sócrates, preserva o bem da cidade. Porque era sábio, Sócrates não foge, embora sua morte perpetrasse uma injustiça. Pois a essa injustiça para ele correspondia, em um mesmo momento, o bem – isto é, a justiça – da cidade. Ainda que a justiça para Sócrates coincidisse com a injustiça da cidade, Sócrates não deseja escapar às leis da cidade e não foge. Bebe o veneno que o mata, porém sabemos que Anito e Meleto, embora o pudessem matar, não poderiam causar-lhe dano[10]. O direito constitui a única resposta racional possível à violência de toda a sociedade. Tanto a soberania quanto a sua lei [escrita] justificam-se – como anota *Eligio Resta*[11] – em virtude da necessidade de coartar-se a violência natural de todos nós. É à positividade do direito que Sócrates presta acatamento ao não escapar da cidade.

49. A exigência de comprovação de idoneidade moral do cidadão enquanto requisito de elegibilidade sob a égide da *presunção de culpabilidade* contemplada em lugar nenhum da Constituição (*qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória*) instala a incerteza e a insegurança jurídicas. Consubstancia uma violência. Substitui a objetividade da lei [*rectius* da Constituição] pelo arbítrio dos que o possam exercer por fundamentos de força, ainda que no desempenho de alguma competência formal bem justificada.

50. Prevalecerá então a delação, como ocorreu por longo tempo na velha Roma. As túnicas brancas que os Ministros Carlos Britto e Lewandowski mencionaram há pouco, túnicas tão brancas nos filmes da Metro, não foram suficientes para ocultar a perfídia. A delação prevalecia. Tristes tempos, qual os descreve *Paul Veyne*[12], que o abandono da *phrónesis* reeditará entre nós. Os primeiros atos dos regimes de terror que a História registra em páginas torpes sempre avançaram sobre a intimidade dos cidadãos, de modo que, de governados, eles vieram sendo transformados em meros instrumentos do governo.

51. Depois, a ansiedade por justiça a qualquer preço, que domina as massas. Observei sucessivamente, em texto escrito com o Professor *Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo*[13], que a violência faz parte do cotidiano da sociedade brasileira, e de modo tal que isso nega a tese do homem cordial que habitaria a

---

[10] Vide Eligio Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Bari, 1992, p. 31.

[11] Idem, p. 27-28.

[12] L'E*mpire greco-romain*, Éditions du Seuil, Paris, 2005, p. 41-44.

[13] FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (Org.). Direito e mídia, no Brasil. In: *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 105 et seq.

individualidade dos brasileiros. (...) Aqui as virtudes republicanas encontram seus limites no privado, o que nos coloca diante da absoluta imprecisão dos limites da legalidade. As garantias da legalidade e do procedimento legal, conquistas da modernidade das quais não se pode abrir mão, são afastadas, inconsciente, a sociedade, de que assim tece a corda que a enforcará. (...) Na democracia brasileira, as massas não exercem participação permanente no Estado; são apenas eleitoras. Em determinados momentos, contudo, elas despontam, na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". (...) Sob a aparência da democracia plebiscitária e da justiça popular, perecem os direitos individuais, fundamentos da cidadania moderna, tais como foram construídos ao longo da ascensão burguesa e consolidados pelas duas revoluções do século XVIII, a política e a econômica. É tragicamente curioso que os valores mais caros à modernidade iluminista, a liberdade de expressão e de opinião, tenham se transformado em instrumentos destinados a conter e cercear o objetivo maior da revolução das luzes: o avanço da autonomia do indivíduo. Não bastasse isso, os ímpetos plebiscitários, autorizados pelas *leis da imprensa* [a imprensa, segundo *Paul Virilio*, goza da prerrogativa de editar as suas próprias leis!], os ímpetos plebiscitários autorizados pelas *leis da imprensa* colocam em risco o sistema de garantias destinado a proteger o cidadão das arbitrariedades do poder, seja ele público ou privado.

52. Quase concluindo, ocorre-me ainda, em homenagem a um dos cânones primordiais da ética judicial, o da *neutralidade* – o juiz há de se manter estranho, não se engajando nos conflitos que estão incumbidos de solucionar –, paragonar pequeno trecho de artigo do Professor *Belluzzo*[14], publicado esta semana: os juízes que de qualquer forma se engajaram no movimento que a mídia chama de "defesa das listas sujas" deverão ter o cuidado de arguir a própria suspeição caso estejam envolvidos em processos que examinem acusações contra os "listados".

53. Jornal desta manhã afirma que a sessão de hoje, neste tribunal, pode ser um divisor de águas na luta pela moralização da vida pública. Não é verdade. Esta sessão será, sim, um divisor de águas, mas no sentido de reafirmar peremptória, incisiva, vigorosamente as garantias democráticas.

54. É necessário que esta Corte cumpra o dever, que lhe incumbe, de defesa da Constituição, por cuja suspensão, algumas vezes, a sociedade tem clamado. Então somos originais – observei em outra ocasião[15] – somos tão originais que dispensamos quaisquer déspotas para nos tornarmos presa do pior dos autoritarismos, o que decorre da falta de leis e de Constituição. O estado de sítio instala-se entre nós no instante em que recusamos aos que não sejam irmãos, amigos ou parentes o direito de defesa, combatendo-os – aqui uso palavras de *Paulo Arantes*[16] – como se fossem "parcelas-fora-da-Constituição". Ao abrir mão das garantias mínimas do Estado de direito, o que poderíamos chamar de a nossa

---

[14] Lista suja, Justiça lenta. In: *Carta Capital*, n. 507, 6-8-2008, p. 27.

[15] Déspota de si mesmo. In: *Carta Capital*, n. 448, 13-6-2007, p. 23.

[16] Ext*inção*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 45.

sociedade civil submete-se a um estado de exceção permanente, prescindindo de qualquer déspota que a oprima. Logo declinará até mesmo do direito de defesa que se prestaria a beneficiar seus irmãos, amigos e parentes próximos. Já não merecerá nenhum respeito quem renega sua própria história – qual anotou *Heller*[17] – e perde o respeito pelas instituições.

Voto para afirmar a desabrida improcedência da ação.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, o adiantado da hora, o cansaço natural e o estado físico e psíquico dos ilustres membros da Corte me induziriam à tentação de, simplesmente, acompanhar, sem achegas, esse ou aquele voto. Considero, no entanto, de minha responsabilidade, neste que é julgamento não apenas importante para a temática específica do processo eleitoral, mas também por suas consequências em relação a outros temas tão ou mais relevantes para a cidadania, acentuar alguns aspectos que não tive oportunidade de referir ou de aprofundar, sequer no voto que proferi no **Recurso Ordinário 1.069**, no Tribunal Superior Eleitoral.

Evidentemente, diante da grandeza, do brilhantismo e da exaustão do voto do eminente Ministro Relator, não reiterarei ideias já exauridas por Sua Excelência, com a profundidade e erudição que lhe são costumeiras. Por isso, aliás, confiante na exuberância de sua manifestação, não preparei voto escrito para esta sessão, senão apenas algumas anotações. Quero, além de me associar a todos os elogios fundados ao voto do eminente Relator, expressar, aqui, meu profundo respeito e admiração pelos votos dos eminentes Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, que demonstraram a profunda convicção de Suas Excelências quanto ao ponto de vista que reiteraram na oportunidade.

Partirei de alguns pontos que me parecem de relevo.

Cogitou-se, aqui e alhures, com o devido respeito, de uma diferença ontológica entre inelegibilidade e falta de condição positiva de elegibilidade. Julgo que essa distinção tem lá seu interesse, restrito a exigências de ordem taxionômica, didática, acadêmica, que, enfim, ajudam a esclarecer e a compreender a temática do processo eleitoral. Mas, do ponto de vista prático-jurídico, não colho diferença alguma. Reconhece-se, sob ambas as expressões, o fenômeno da inexistência da chamada capacidade passiva de elegibilidade. Não importa, para defini-lo, qual o título ou rótulo formal: se se trata de falta de condição positiva de elegibilidade ou já de causa de inelegibilidade, pois o caso é da consequência prático-normativa de impossibilidade de o cidadão concorrer a posto ou mandato eletivo.

Tampouco encontro incompatibilidade entre as normas impugnadas e a Constituição Federal. Em primeiro lugar, porque elas se acomodam ao art. 5º,

---

[17] V. HELLER, Hermann. Rechtsstaat oder Diktatur? In: *Gesammelte Schriften*. 2. ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, v. 2, p. 460.

inciso LVII, da Constituição. Em segundo, tais normas não ferem nenhuma regra ou princípio da Constituição e, especificamente, não ferem nem agridem o art. 14, § 9º.

Em relação à norma introduzida pela EC 4, de 1993, que acrescentou a referência à necessidade de consideração da vida pregressa, remetendo-se aos critérios da probidade e da moralidade administrativa, os quais não constavam da redação original do dispositivo, tem-se de observar que contém referência extremamente ampla e, como tal, autonomia de incidência capaz de justificar possa a lei estabelecer outras causas de inelegibilidade além daquelas já previstas na própria Constituição, como a cassação ou a suspensão dos direitos políticos decorrentes de condenação criminal transitada em julgado.

A alusão a *vida pregressa*, portanto, pode significar, para efeito de edição de lei complementar, por exemplo, a consideração de uma condenação criminal definitiva, quando tenham cessado seus efeitos, o que é hipótese completamente diversa daquela já prevista no artigo subsequente. Ou seja, lei complementar sobre elegibilidade pode dispor, considerando a vida pregressa, o efeito de inelegibilidade para caso de condenação definitiva transitada em julgado, ainda que tenham cessados os seus efeitos jurídico-penais. Nesse caso, a lei leva em consideração a vida pregressa do candidato, à luz dos princípios da probidade e da moralidade administrativas.

Depois, e por isso, convalida, de certo ponto de vista, as próprias hipóteses da antecedente LC 64, que já faziam referência à consideração da vida privada, sem que houvesse previsão constitucional. E, sobre esse ponto, a ideia, que já estava aqui comigo anotada, foi bem exposta pela Ministra Cármen Lúcia, ao aduzir que, quando se leva em consideração o trânsito em julgado de uma condenação criminal, evidentissimamente se está levando em consideração um dado da vida pregressa!

Em terceiro lugar, tal referência ainda suporta a consideração, por outra lei, de fatos típicos, mas diversos, que, próprios da vida pessoal do candidato, sejam incompatíveis com as normas da probidade e da moralidade administrativas.

Noutras palavras, o fato de a Constituição, com a emenda, ter-se referido a outras causas, deixa margem ampla para alcance e atuação de novo diploma legal sobre a matéria.

Mas, de todo modo, se, por hipótese, houvesse, como pretende a demandante, revogação das normas impugnadas, seria preciso fosse promulgada nova lei complementar, para que a Justiça Eleitoral se reputasse autorizada a reconhecer a inelegibilidade ou a ausência de uma condição positiva de elegibilidade. E isso, por várias e brevíssimas razões.

Em primeiro lugar, trata-se de exceção à regra, que é a da elegibilidade; segundo, cuida-se de limitação grave de um direito político importantíssimo, o direito cívico de concorrer, o qual diz respeito ao *status civitatis* da pessoa; terceiro, essas hipóteses têm nitidamente, embora não sejam de cominação de pena, caráter penal por analogia, porque envolvem juízo de reprovação moral,

ética e jurídica, a que se atribui consequência gravosa, limitadora do estado de cidadania; em quarto lugar, pela exigência da tipicidade, sem a qual cairíamos no terreno do puro arbítrio, dentro do qual o recurso à ideia de igualdade é puro contrassenso ou não senso, porque, no regime do arbítrio, não há lugar para consideração de situações assemelhadas, mas apenas o subjetivismo raso daquele que emite o juízo normativo, e aqui me parece estar uma das consequências mais graves da interpretação pretendida nesta demanda, que é a de substituir-se o critério objetivo da lei por um juízo moral de qualquer juiz que se põe na condição de déspota; e juízo absurdo, porque emitido *ab extra*. Notem os senhores que não se trata de um juízo criminal, que se pronuncia ao cabo do processo respectivo, mas de juízo de elegibilidade ou inelegibilidade baseado na só pendência do processo penal, por magistrado que não tem acesso aos autos e, por isso, pondera de fora, como um terceiro, aquilo só que lhe aparenta e sugere a existência formal desse processo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência me permite uma brevíssima intervenção.

Em todo concurso público é assim: a investigação social se faz por uma banca examinadora.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, eu ia fazer uma intervenção, quando Vossa Excelência estava proferindo voto, mas não o fiz, porque achei que iria prolongar este julgamento por mais tempo do que seria devido. Quando Vossa Excelência fez referência ao argumento analógico de que, em outros temas, em outros assuntos, é lícito investigar sem tipicidade a vida pregressa dos candidatos, pensei em dar-lhe exemplo histórico ilustrativo. O Tribunal de Justiça de São Paulo teve um desembargador, que foi até, ao que me recordo, membro do Tribunal Regional Eleitoral e um dos juízes mais ilustres da magistratura paulista. Foi ele submetido a júri, porque, como advogado, matou colega em legítima defesa e, absolvido, prestou concurso para a magistratura, foi aprovado e tornou-se um dos juízes mais notáveis da magistratura paulista. Tinha, na vida pregressa, um processo por crime de homicídio!

Quero insistir na afirmação de juízo absurdo, formulado por outro órgão jurisdicional, que não examina, pois não tem condições de examinar à falta de competência, os dados materiais dos autos do processo-crime, para emitir juízo ético e moral sobre o réu e candidato. Nisto, lembrei-me de que, neste caso, nós descaímos do terreno da juridicidade e entramos no terreno do conflito entre a racionalidade jurídica e a irracionalidade da opinião pública, sobre a qual o Ministro Eros Grau acabou de proferir palavras, a meu ver, muito acertadas, pois sabemos todos que, não raras vezes, é guiada por pulsões primitivas, incendiadas por veículos de mídia ávidos de sensacionalismo.

Recordei-me, quando fiz tal anotação, de caso não muito distante, de homicídio supostamente praticado por pessoa ou pessoas de classe média, e cuja crueldade é igual à de tantos outros que, na periferia da cidade de São Paulo, sucedem amiúde sem nenhuma notícia da imprensa, mas que se transformou em objeto

permanente da mídia durante mais de um mês, por conta de só concorrência entre os veículos de comunicação, a tal ponto que foi preciso a intervenção da Polícia Militar para evitar que a turba linchasse os suspeitos.

Recordei-me, também, desta observação de *Denis Salas*: "a denúncia já é uma condenação onde o tempo é instantâneo, isto é, abolido, à semelhança do mercado e dos meios de comunicação, onde os juízos éticos e os juízos morais estão baseados na capacidade de gerar a indignação popular". E lembrou-me ainda a resposta de Sócrates a Críton, narrada por Platão, quando indagado a respeito da multidão, à véspera de sua morte: "Quem me dera que a multidão fosse capaz de fazer coisas más, se também fosse capaz de fazer coisas boas; não faz nem uma coisa nem outra, age ao acaso".

Esse ambiente incontrolável que transforma em irracionalidade a atuação do Judiciário é que me parece absolutamente incompatível, entre outras coisas, com os princípios mais imediatos da Constituição da República.

Tudo isso, porque falava a respeito da tipicidade, perante a qual aqueles quatro motivos só ditam ao Judiciário uma única solução: interpretação estrita. Não se pode dar interpretação generosa ou expansiva a nenhuma norma em tema de exceção, de limitação de direitos, em terreno que pode conduzir ao arbítrio, nem em matéria que, por analogia, se equipare à de Direito Penal. Seríamos, portanto, já obrigados a guiar-nos aqui por interpretação estrita.

Por outro lado, o art. 14, § 9º, outorgou à lei complementar, competência normativa que só pode ser exercida nos limites da própria Constituição. Sua função é apenas tipificar casos que se ponham em conformidade com o próprio sistema constitucional, de modo que é impossível admitir a consistência de qualquer interpretação de lei complementar que, sobre matéria de inelegibilidade, contrarie, como pode resultar do acolhimento desta demanda, a própria Constituição da República.

Por outro lado, a pretensão da demandante implica, em primeiro lugar, a ideia de revogação das normas e, em segundo, a introdução de liberdade ou arbítrio judicial para criar casos de inelegibilidade, escolhendo se será considerada, para efeito de veto, a pendência de um, dois, três, quatro, cinco ou seis processos, dependendo da pessoa do juiz, da sua cultura, das suas circunstâncias históricas, dos seus antecedentes, do seu bom humor, etc., de tudo aquilo, enfim, que compõe o puro subjetivismo que a Constituição não pode suportar.

Em segundo lugar, ofende a literalidade do próprio art. 14, § 9º, que se remete à previsão de lei complementar, e não, a juízos puramente subjetivos do órgão julgador.

Em terceiro lugar, confere arbítrio e, por isso, introduz a incerteza jurídica, com todas as consequências que vou comentar um pouco adiante, as quais me parecem graves, enquanto próximas de um ambiente de anomia, ou de regime despótico, onde o que vale como norma não é uma regra objetiva, mas a vontade daquele que estaria autorizado a emitir a norma.

E, finalmente, afronta o art. 5º, inciso LVII.

Tinha feito aqui, em seguida, breve anotação sobre o problema prático da pendência de processos ou da provisoriedade de sentenças ainda sujeitas, por definição, a recursos, quanto à possibilidade teórica de inocência e ao registro histórico de reformas absolutórias, até em sede de *habeas corpus*, o que foi, aliás, extremamente bem ilustrado pelo voto e pelo cuidado do Ministro Ricardo Lewandowski, quando demonstrou que mais de um quarto dos recursos providos no Supremo implicaria, para o caso, o reconhecimento da inocência de mais de um quarto de teóricos candidatos que estariam impedidos de concorrer em virtude da mera pendência dos processos. Só este risco seria suficiente para não se proclamar um princípio que resulta em injustiça concreta. Neste ponto, recordo o que já advertira *Beccaria*: *a humanidade não ganha coisa alguma com a condenação de um inocente*. E o que ganharia o sistema jurídico ou a vida democrática com a limitação de um direito cívico daquele mais de um quarto de inocentes submetidos aos processos?

Tampouco vou traçar aqui uma retrospectiva histórica – já feita, com todo o brilhantismo, pelo Ministro Relator – sobre o princípio chamado de *presunção de inocência*, que, na verdade, não consagra nenhuma presunção. Mas devo fazer referência ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem de Cidadão, de 1789, porque se trata de um momento de grandeza histórica que não pode ser menoscabada, pois representa um dos pontos altos da evolução do espírito humano. Foi nesse momento, com a edição do art. 9º dessa declaração, que aludia à inocência presumida do réu no curso do processo, que a história separou e sepultou uma época em que o processo não era instrumento de justiça, mas meio de atuação dos desígnios e do arbítrio do soberano, o qual se valia regularmente, isto é, mediante regras, dos expedientes da tortura, excluída apenas alguns anos antes da Revolução, dos suplícios, das meias-culpas, enfim de todos os meios adequados para obtenção de confissão, e que representavam, por isso mesmo, a completa desconsideração do réu como pessoa humana. Esse momento histórico decisivo é que não pode ser abstraído no tratamento do tema da causa, porque ou retrocedemos ao ciclo histórico anterior à Revolução Francesa, ou reafirmamos sua superação irreversível, reafirmando o princípio constitucional que encarna o aprimoramento do espírito humano, no tratar o réu com a dignidade que a sua condição exige do Estado.

Esse princípio incorporado no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição, que tem outras dimensões, as quais não vou referir agora, porque a respeito o Ministro Relator me deu a honra de transcrever o voto proferido no **RO 1.069**, consagra uma garantia. Não é por acaso que está no rol do art. 5º. A previsão é de uma garantia. Garantia do quê? Garantia contra o quê? Do lado positivo: de o réu ser tratado como inocente no curso do processo, no sentido de que as medidas previstas na lei em relação a ele serem adequadas à condição de alguém que até então é tido por inocente. E, o que é mais importante do ponto de vista prático, também do lado negativo é garantia contra a aplicação de qualquer medida que represente restrição gravosa a qualquer dos direitos que compõem a esfera

jurídica do réu, enquanto não sobrevenha eventual sentença penal condenatória de caráter definitivo, isto é, transitada em julgado. E não há, aqui, meio-termo. Já não há lugar para reviver aquela discussão, a que se referiu o eminente Ministro Relator, durante os trabalhos de elaboração da Constituição italiana, em que Manzini encampou a ideia de uma terceira condição, a ideia de *acusado*, que não é nem culpado, nem inocente. É essa a ideia de que, sob o título de *acusado*, é possível aplicar ao réu qualquer medida de caráter restritivo, ainda que não tenha sido demonstrada sua culpabilidade. Esta norma representa, em primeiro lugar, um critério fundamental da justiça do processo, que é objeto de a garantia mais ampla da Constituição, o devido processo legal. O processo não pode ser apenas legal, diz a Constituição, mas há de ser também processo devido, e devido por justiça; e não pode haver processo justo, sem que, até uma sentença penal condenatória definitiva, o réu seja tratado como inocente. Não se pode imaginar um processo justo em que o réu, desde o início, sob o título de que é réu, tenha de suportar medidas restritivas quando a sua culpabilidade não está definitivamente demonstrada.

Segundo lugar, o processo penal não é, a rigor, instrumento de aplicação de pena, porque o Estado, como titular da força legítima, pode, como sempre pôde no curso da história, aplicar as penas independentemente da existência de processo. A ideia de processo está ligada à ideia da necessidade de regulamentar um instrumento de atuação do Estado que respeite a dignidade do homem. O processo, portanto, é uma criação jurídica para proteger a dignidade humana. É esta conquista da civilização que nos veio declaradamente da Constituição francesa revolucionária, da Declaração Universal, mas que já estava nos debates anteriores.

Mas, enfim, retomando este ponto de vista, a mera existência do processo não pode significar nada em termos de racionalidade jurídica. E, a respeito, faço duas observações finais que me parecem relevantes.

Em primeiro lugar, por que a garantia é importante para sociedade? Porque a pecha de criminalidade é a mácula mais grave que se pode imputar a uma pessoa. Todas as outras são toleráveis em certos limites, mas a pecha de que cometeu um crime, de que é criminoso, essa é insuportável. E, em certos casos, representa aquilo que um autor alemão chama de "a morte social da pessoa". Ela perde a condição de conviver em sociedade, fora da qual não tem subsistência autônoma.

Em segundo lugar, que significa, na prática, não permitir que, para efeito de alguma penalidade de qualquer espécie, ainda que se cuide da inelegibilidade, o réu seja considerado criminoso. Quando se admite que a mera pendência de um processo penal suja o passado do réu, isso significa dizer que o suja, porque o réu é um criminoso. Que outra coisa pode justificar o predicado representado pelo adjetivo "sujo" nas expressões "ficha-suja", "passado sujo", senão a ideia de que o réu é um criminoso? Não é sujo, porque existe o processo; é sujo porque, sob a proposição da existência do processo, está latente a ideia de que ele é um criminoso. E esta é a acusação que se faz, de passado sujo, porque é o passado de

quem cometeu um crime, quando a existência do crime está sendo ainda objeto de um processo pendente, cujo desfecho é absolutamente ignorado.

É lícito chamar alguém de criminoso antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória? Não pode, em certas circunstâncias, este fato constituir crime contra a honra, de qualquer uma das suas três espécies típicas, dependendo das circunstâncias históricas? Como é que, portanto, o reconhecimento precário do caráter criminoso de um homem pode substituir o critério objetivo de uma lei complementar? Como formular um juízo de criminalidade de fora, por quem não está dentro do processo, sem estar no processo, sem conhecer as provas do processo, sem conhecer as circunstâncias do fato, e pela mera existência de processo pendente? Como pode isso bastar para declarar-se a inelegibilidade ou a falta de uma condição da elegibilidade, quando, no fundo, o que se agita, na verdade, é uma acusação de que o réu é criminoso, ou, mais do que isso, o reconhecimento de que o réu é criminoso?

Senhor Presidente, essas me pareceram as notas mais relevantes que eu deveria enunciar nesta oportunidade, sobretudo para dizer com *Vieira*: "não louvo nem censuro, admiro-me" de que uma instituição formada por magistrados seja capaz de veicular, em nome de princípios democráticos, uma ideia que me parece pouco compatível, não apenas com a Constituição, mas com o juízo que se deve ter sobre a condição das pessoas e o respeito à dignidade humana.

Razão por que peço vênia aos eminentes Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa e acompanho integralmente o Ministro Relator, para julgar improcedente a ação.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) relativamente às alíneas *d*, *e*, *g* e *h* do inciso I do art. 1º, e parte do art. 15, todos da LC 64/1990, bem como à interpretação judicial dada pelo TSE ao § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, ao considerar a norma constitucional como não autoaplicável.

Na petição inicial, a arguente sustenta que a arguição de descumprimento de preceito fundamental serve instrumento de controle concentrado de constitucionalidade destinado a suprir deficiências da ação direta de inconstitucionalidade.

Observa que o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é a declaração de invalidade das expressões indicadas nas normas referidas por contrariedade a preceito fundamental (probidade administrativa e moralidade para o exercício de mandato popular).

Sustenta que o § 9º, do art. 14, da Constituição, constitui norma de eficácia plena que dispensa normatização, invocando situações já contempladas na legislação brasileira no que tange à *investigação social* realizada para aprovação de candidatos em concursos públicos (como na magistratura, na polícia civil e federal, na advocacia da União e de notário e registrador).

Registra que a lei não precisa indicar hipóteses que levariam à recusa de determinado cidadão a ocupar determinado cargo público, o que também deve prevalecer em relação aos mandatos eletivos.

2. Na manifestação da Advocacia-Geral da União, preliminarmente, são sustentadas as seguintes questões: a) não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental diante da não comprovação da existência de relevante controvérsia sobre o texto do § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, eis que todas as decisões do TSE mantiveram a orientação contida na Súmula 13 daquela mesma Corte; b) não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental devido à não comprovação de prova de violação de preceito fundamental.

Aduz, ainda, que o § 9º do art. 14 do texto constitucional é claro ao atribuir a previsão de outros casos de inelegibilidade à lei complementar. A prevalecer a orientação da arguente, "estar-se-ia diante de uma hiperdimensionada hipótese de inelegibilidade, de uma verdadeira norma em branco a ser complementada pelo crivo do julgador, ante a ausência de quaisquer parâmetros balizadores" (fl. 298).

3. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar a questão em debate, relacionada especificamente à hipótese de elegibilidade e rejeição de contas de ex-prefeito municipal. Trata-se do julgamento da Primeira Turma, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, com seguinte ementa (AI 165.332-AgR/MG, *DJ* de 18-8-1995):

> *Eleitoral. Ex-prefeito. Candidato a deputado federal. Impugnação. Inelegibilidade fundada na sua vida pregressa e na rejeição de suas contas. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal: Norma dependente de integração legislativa.*
>
> O acórdão recorrido, ao atribuir efeito elisivo da inelegibilidade a ação anulatória da decisão que rejeitou as contas do candidato, ex-prefeito, assentou sua interpretação em lei complementar, sem conotação de ordem constitucional que propiciasse o extraordinário. O art. 14, § 9º, da Constituição Federal, na redação que resultou da Emenda Revisional 4, não cria hipótese de inelegibilidade por falta de probidade e moralidade administrativa constatada pelo exame da vida pregressa do candidato, mas determina que lei complementar o faça, integrando o regime de inelegibilidades da ordem constitucional. O acórdão recorrido que, longe de contrariar regra de hermenêutica, limitou-se a revelar e definir o exato sentido da norma constitucional. Agravo regimental improvido.

4. Assim, o entendimento que prevaleceu, à época, foi no sentido da norma constitucional contida no § 9º do art. 14 da Constituição Federal (na redação que lhe foi dada pela ECR 4/1994) não ser autoaplicável.

Ressalto que, a meu juízo, o debate sequer exige que venha a lume o princípio da presunção de não culpabilidade (ou princípio de inocência). A Constituição Federal exige lei complementar para que se erijam novas hipóteses de inelegibilidade, sob pena de se conceber uma autêntica norma em branco

acerca de inelegibilidade, a ser complementada pelo julgador, sem quaisquer parâmetros e critérios balizadores.

Como foi lembrado pela Advocacia-Geral da União na sua manifestação, "nos idos do regime militar, a Lei Complementar n. 5, de 29 de abril de 1970, previa que se tornava inelegível todo candidato denunciado em processo penal. Tal disciplina foi expressamente revogada pela Lei Complementar n. 64, de 1990, justamente porque implicava num instrumento de arbitrariedades. A tese levantada na inicial pode dar ensejo ao retorno da utilização de ações como meio de perseguições políticas, que se verificava na vigência da legislação anterior" (fl. 299).

5. Várias situações que gerariam perplexidades poderiam ser aqui apontadas relativamente ao conceito vago de "vida pregressa" do postulante de cargo eletivo, inclusive no contexto de ações penais de iniciativa privada (com base em queixas oferecidas por inimigos políticos), de inquéritos policiais desenvolvidos sem substrato fático mínimo, ou mesmo de sentenças criminais condenatórias não transitadas em julgados, posteriormente reformadas pelos tribunais.

6. Não há como se pretender equiparar situações díspares relacionadas aos postulantes a mandatos populares e aos pretendentes de cargos públicos, tais como de magistrados, advogados públicos, policiais. O princípio da igualdade material não permite que sejam igualmente tratadas situações que apresentam elemento razoável de *discrímen*, especialmente em razão do viés político que se reveste à escolha dos candidatos aos mandatos populares, sejam do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

A própria condição jurídica de agentes políticos (diversamente dos servidores públicos concursados), a forma de acesso ao mandato popular, a transitoriedade do exercício do mandato eletivo, entre outros aspectos, distinguem claramente as situações dos postulantes aos mandatos de prefeito e vereador daquelas relacionadas aos candidatos ao provimento de cargos e funções públicas por concurso de provas ou de provas e títulos.

7. Diante de tal quadro, por não considerar presentes os requisitos necessários, **indefiro** a medida liminar.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, antes de mais nada, quero em conformidade com os Colegas que me antecederam, louvar os votos brilhantes proferidos desde o inicial do eminente Relator, até agora, o voto do Ministro Cezar Peluso, fazendo um registro muito particular ao brilhantismo com que se manifestaram o Ministro Carlos Britto e o Ministro Joaquim Barbosa, na divergência.

Parece-me que a sessão de hoje – em que pese a divergência de fundamentação teórica e de conclusões a que os votos chegaram – demonstra de maneira

muito eloquente a grande preocupação desta Casa com o aperfeiçoamento da vida e dos costumes políticos do País. Esta preocupação, que é nossa, é exatamente idêntica à preocupação já externada pela opinião pública e que certamente levará a uma natural depuração dos quadros políticos na eleição que se avizinha, quando soberanamente o eleitorado manifestará seu apoio aos candidatos que lhe pareçam os mais habilitados e qualificados a exercerem as funções públicas.

Trouxe, Senhor Presidente, também como os Colegas, um voto escrito, do qual farei juntada. Ele não traz qualquer novidade além de todas as ponderações já feitas aqui. Desejo pontuar apenas que entendo que sequer se fazem necessárias maiores considerações a respeito da presunção de não culpabilidade para que se possa acompanhar o voto do Relator e votar pela improcedência deste pedido. Isso porque entendo que a Constituição Federal, de maneira muito clara, exige não apenas uma lei qualquer, mas lei complementar, para que se erijam novas hipóteses de inelegibilidade.

Portanto, seria uma excessiva largueza deferirmos a uma instância judiciária ou a duas instâncias judiciárias a definição a respeito dessa condição de inelegibilidade dos candidatos que se apresentam às urnas.

Esse é o núcleo central da manifestação que tenho escrita e que farei juntar.

Acompanho o voto brilhante do eminente Relator, renovando vênias ao eminente Ministro Carlos Britto e ao Colega Joaquim Barbosa. Não gostaria também de deixar de referir ao excelente trabalho técnico que nos foi trazido pelos autores da ação. Eles realmente primaram pela correção na proposição e estão em conjunto com este Tribunal, fazendo com que a Nação, uma vez mais, defronte-se com sua realidade e possa corrigir os rumos de sua vida política.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, deram, tenho que admitir, uma esperança vã à população leiga e, também digo, muito trabalho ao Relator deste processo.

A questão não se resolve – e isso ficou bem claro – no campo dos princípios, que têm tríplice objetivo: informador, normativo e interpretativo.

Estamos aqui a lidar – e ressaltou bem esse aspecto a Ministra Ellen Gracie – com a legalidade estrita especial, no que, considerados os valores em jogo, a própria cidadania, a Constituição Federal colou a necessidade de disciplina da matéria, mediante lei complementar. E o que se contém, Presidente, no § 9º do art. 14 da Carta da República, considerada a Emenda Revisional 4, é direcionado não ao Judiciário Eleitoral, mas ao legislador para que observe a salutar probidade, na disciplina do tema, ou seja, na definição da inelegibilidade, respeitados, claro, os princípios contidos no Diploma Maior, respeitadas as garantias constitucionais.

Subscrevo, Presidente – e o faço não apenas no que transcrito pensamento que veiculei no Tribunal Superior Eleitoral –, a totalidade do voto do Relator.

Digo que há um compromisso muito sério do Supremo com parâmetros, com princípios, com a arte de afastar o justiçamento. Atuamos em área de responsabilidade maior no que nos pronunciamos por último e, também, no que nos incumbe zelar pela prevalência da Constituição Federal. Reporto-me, portanto, ao voto que proferi no Tribunal Superior Eleitoral, revelado no pronunciamento do Relator – como já disse concluindo a favor de um opositor, mas um opositor no campo desportivo, o então candidato Eurico Miranda –, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial. A própria associação talvez pudesse ter evitado o fenômeno que acaba de ocorrer. Veio a Juízo quem sabe para ter uma consagração maior e sai vencida, considerado até o escore do julgamento, com a devida vênia dos entendimentos manifestados pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

É como voto na espécie.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O Tribunal conclui mais um julgamento em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Inicialmente contestada e tratada com receio pelo próprio Tribunal, o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental tem se desenvolvido amplamente na recente jurisprudência desta Corte.

Primeiro, tivemos o julgamento definitivo da ADPF 33, na qual o Tribunal decidiu que a existência de ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivos da Lei 9.882/1999 não constitui óbice à continuidade do julgamento da arguição.

Como é sabido, a OAB propôs a ADI 2.231 contra a Lei 9.882/1999, distribuída à época ao Ministro Néri da Silveira, na qual se alegava, em síntese, a inconstitucionalidade do parágrafo único, inciso I, do art. 1º; o § 3º do art. 5º; o art. 10, *caput* e § 3º; e o art. 11, todos da mesma lei. O Ministro Néri da Silveira, na sessão do dia 5-12-2001, acolheu em parte a arguição, para suspender, com eficácia *ex nunc* e até o julgamento final da ação, a vigência do § 3º do art. 5º da referida lei, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto, e conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso I do parágrafo único do art. 1º, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso. O julgamento foi interrompido em razão de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence.

Depois, o Tribunal conheceu da ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio (sessão de 27-4-2005), na qual se discute a constitucionalidade do aborto de fetos anencéfalos.

Neste ano de 2008, em sessão de 27 de fevereiro, o Tribunal proferiu julgamento em medida cautelar na ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, na qual se discute a constitucionalidade Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) em face dos preceitos fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

O Tribunal apreciou pedido de medida cautelar também na ADPF 47, Rel. Min. Eros Grau, e na ADPF 79, Rel. Min. Cezar Peluso, e está em andamento o julgamento da ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio. Além disso, na ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, realizou-se a segunda audiência pública nesta Corte destinada à oitiva de expertos na matéria discutida na ação constitucional.

Como se pode ver, paulatinamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental vai se consolidando nesta Corte como ação constitucional destinada à proteção de preceitos fundamentais naqueles casos em que outras vias de impugnação se mostrem inadequadas.

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada "guerra de liminares".

O instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem dúvida, vem se afirmando como autêntica ação constitucional voltada à proteção da Constituição.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental também pode ser utilizada para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o surgimento do instituto, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Ademais, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, estão aptas a fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Assim, a arguição de descumprimento, que pode ser manejada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal, veio completar o sistema de

controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Expresso essas palavras para enfatizar esse vertiginoso desenvolvimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental no Supremo Tribunal Federal. Não tenho dúvidas de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental desenvolverá cada vez mais o seu potencial como ação voltada à proteção da ordem constitucional.

Passo então à análise da controvérsia constitucional.

O objeto desta arguição de descumprimento de preceito fundamental são expressões constantes das alíneas *d*, *e*, *g* e *h* do inciso I do art. 1º, assim como parte do art. 15, todos da LC 64, de 18 de maio de 1990, comumente denominada "Lei das Inelegibilidades". O fundamento constitucional estaria na não recepção de normas constantes desses dispositivos pelo art. 14, § 9º, da Constituição, com a redação conferida pela EC 4, de 7 de julho de 1994. Impugna-se, ainda, a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao referido § 9º do art. 14º da Constituição, no sentido de não ser norma autoaplicável, por isso, dependente de lei complementar para ter plena vigência e eficácia (interpretação consolidada na Súmula 13 do TSE).

Entende a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em síntese, que o § 9º do art. 14 da Constituição constitui, sim, norma de eficácia plena e imediata e que, portanto, (1) a exigência do "trânsito em julgado" das decisões mencionadas nas alíneas *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 1º, (2) a ressalva quando "a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário" constante da alínea *g* do inciso I do art. 1º, (3) assim como a exigência de que tenha "transitada em julgado" a decisão mencionada no art. 15, todos da LC 64/1990, estariam em total conflito com a referida norma constitucional, da qual somente se poderia extrair a teleologia no sentido de se proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato.

Os pressupostos para o conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental estão plenamente preenchidos. Não se pode negar a controvérsia judicial que se estabeleceu em torno da interpretação do § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação determinada pela EC 4, de 1994.

Sobre o tema, o Tribunal Superior Eleitoral tem seguido uma perene linha jurisprudencial. A questão voltou a ser amplamente debatida naquela Corte em 20 de setembro de 2006, no julgamento do Recurso Ordinário 1.069, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, ocasião em que se reafirmou o entendimento consolidado na Súmula 13 no sentido de que o art. 14, § 9º, da Constituição não é autoaplicável e que, portanto, na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato configure causa de inelegibilidade, não pode o Poder Judiciário substituir o legislador para aplicar diretamente a norma constitucional mediante critérios fixados judicialmente. O mesmo posicionamento foi fixado no julgamento do RESPE 26.437, Rel. Min. Marcelo Ribeiro.

Também neste ano de 2008, o TSE debruçou-se novamente sobre o assunto (RCED 667, Rel. Min. Gerardo Grossi; PA 19.919 – Consulta formulada pelo Tribunal Regional da Paraíba) e, em todos os julgados, manteve a plena vigência do entendimento consolidado em sua Súmula 13.

A posição do TSE, a meu ver, reafirma o valor da presunção de inocência ou de não culpabilidade no ordenamento constitucional brasileiro. Tal princípio impede a outorga de consequências jurídicas sobre investigado, denunciado ou réu antes do efetivo trânsito em julgado de eventual decisão condenatória.

A garantia da presunção de não culpabilidade não se restringe ao âmbito do direito e do processo penais. Sua abrangência é ampla o suficiente para abarcar todo comportamento do Poder Público tendente à sanção de indivíduos investigados, denunciados ou acusados, com repercussão em diversos âmbitos do direito.

Trata-se, assim, de uma garantia de segurança do cidadão em face do Estado. Conforme as lições de Ferrajoli, "a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica defesa destes contra o arbítrio punitivo"[18].

Não tenho dúvidas de que a consideração de fatos da vida pregressa do candidato, como o indiciamento, a denúncia ou a acusação penal, para a configuração de causas de inelegibilidade, sem expressa previsão legislativa para tanto, viola a garantia fundamental da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição).

A EC 4, de 1994, foi salutar ao modificar o art. 14, § 9º, da Constituição, para determinar à lei o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

É a lei complementar, ressalte-se, que deve estabelecer essas causas de inelegibilidade. O art. 14, § 9º, necessita, impreterivelmente, dessa densificação normativa. Há, aqui, uma reserva absoluta de lei complementar, que não pode ser desconsiderada pela autoridade judicial eleitoral.

A criação judicial de novas causas de inelegibilidade, nesse caso, além de violar a reserva de lei complementar presente no art. 14, § 9º, dá ensejo a arbitrariedades indubitavelmente incompatíveis com o valor da democracia.

Todos sabem quão fácil é, hoje em dia, instaurar procedimentos investigatórios contra quem quer que seja. Não é difícil vislumbrar, mesmo porque são notórios os casos concretos ocorridos e amplamente divulgados nos meios de comunicação, os abusos e arbitrariedades que podem ser cometidos com base nessa interpretação que a entidade autora pretende conferir ao art. 14, § 9º, da

[18] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 441.

Constituição. A via que se abre é, portanto, perigosa e ameaçadora do próprio regime democrático.

Reafirmo, portanto, a necessidade de que haja uma mínima tipicidade dos atos e fatos configuradores de causas de inelegibilidade para fins de aplicação da determinação contida no art. 14, § 9º, da Constituição.

Caberá à lei complementar definir as hipóteses de inelegibilidade, podendo o legislador estabelecer critérios.

Esse, portanto, é o entendimento que deve ficar consignado neste julgamento.

É bem verdade que esta Corte, sob a égide da Constituição anterior, já havia firmado posicionamento sobre o tema.

Em 17 de novembro de 1976, houve por bem o Supremo Tribunal Federal reformar decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral na qual se afirmava a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime[19]. A lei federal determinava que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis[20].

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade dessa disposição, por incompatível com o princípio da presunção da inocência. Esse princípio, postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira pela cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69 [21].

Vale registrar passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Leitão de Abreu, no julgamento do recurso extraordinário, que bem sintetiza a orientação que conduziu o Tribunal Superior Eleitoral à pronúncia de inconstitucionalidade da norma questionada:

> Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardial do direito internacional público – *pacta sunt servanda* – mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que "a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota". Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, como declarado com a sua costumeira elegância, o eminente Ministro Xavier de

---

[19] RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, *RTJ 79*, p. 671.

[20] LC 5, de 1970, art. 1º, I, *n*.

[21] RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, *RTJ 79*, p. 671.

> Albuquerque, de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo.[22]

O Supremo Tribunal Federal não aderiu a esse entendimento e, por maioria de votos, reformou a decisão, sem negar, no entanto, que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira. Seria legítimo, todavia, o estabelecimento de restrições legais ao direito do cidadão, ainda que na ausência de decisão judicial definitiva sobre a sua culpabilidade[23].

A posição da maioria pode ser traduzida pela seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

> A presunção de inocência é (...) ideia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. Tomada, porém, em seu sentido literal, traduziria nas expressões vigorosas de Manzini (...), ideia *goffamente paradossale e irrazionale* (desazadamente paradoxal e irracional). E Manzini, ninguém o nega, foi estrênuo defensor do respeito aos direitos processuais do réu e da dignidade humana. Foi por tomá-la em sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alçá-la à magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra *n* do inciso I do art. 1º da LC 5/1970.
>
> Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra. Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, sequestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam. Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva?
>
> Não tenho, portanto, dúvida alguma sobre a constitucionalidade da letra *n* do inciso I do art. 1º da LC 5/1970[24].

Recusou-se, dessa forma, a posição que acolhia o princípio da presunção da inocência como integrante da ordem constitucional brasileira por força da cláusula de remissão contida no art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69.

É provável que a questão pudesse ter sido discutida, de modo mais plausível, com base no *princípio da proporcionalidade* (*excesso de poder legislativo*).

E é justamente sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade que a controvérsia pode ser solvida com maior clareza.

---

[22] RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, *RTJ 79*, p. 671 (705).

[23] RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, *RTJ 79*, p. 671 (683 et seq.).

[24] RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, *RTJ* 79, p. 671 (694).

Cabe questionar se a proteção da probidade e da moralidade no exercício dos mandatos pode configurar justificativa idônea para restringir ou mesmo anular a garantia individual da presunção de inocência assegurada ao cidadão-candidato.

Como ensina Alexy, "o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula[25] mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*"[26].

A concepção segundo a qual é possível restringir o direito fundamental à presunção de inocência esbarraria, no caso, na exigência de lei complementar destinada à tipificação das hipóteses de inelegibilidade, ou seja, na reserva de lei estabelecida pela própria Constituição.

E o teste da proporcionalidade também pode deixar bem claro que o exercício de criatividade judicial quanto a novas causas de inelegibilidade não se mostra necessário ante outros meios menos gravosos ao cidadão-candidato e igualmente adequados para a consecução da finalidade enunciada na norma constitucional de proteção da probidade e da moralidade no exercício do mandato político.

Enquanto não é editada a lei complementar prevista pelo art. 14, § 9º, da Constituição, permanecem no sistema outros mecanismos para impedir a candidatura e a consequente eleição de pessoas inaptas, do ponto de vista da probidade administrativa e da moralidade, para o exercício do mandato eletivo.

Uma das características fundamentais de um regime democrático é a existência de múltiplos meios de impedir a chegada ou a permanência do mau governante no poder. Lembro, aqui, as palavras de Karl Popper, em sua monumental obra "A sociedade aberta e seus inimigos", segundo as quais "a democracia é o regime de governo que prevê mecanismos de destituição do mau governante do poder".

O primeiro e mais elementar mecanismo de controle é o voto.

Nos termos da Constituição, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, *caput*).

Embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem uma outra qualificação: ele há de ser livre. Somente a ideia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao caráter secreto do voto.

O *voto direto* impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja uma mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral. Não retira o caráter direto da eleição a adoção do modelo proporcional para a eleição para a Câmara de

---

[25] Para uma formulação geral sobre princípios, cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 146.

[26] Col*isão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10-12-1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

Deputados (CF, art. 45, *caput*), que faz a eleição de um parlamentar depender dos votos atribuídos a outros ou à própria legenda. É que, nesse caso, decisivo para a atribuição do mandato é o voto atribuído ao candidato ou ao partido e não qualquer decisão a ser tomada por órgão delegado ou intermediário.

O *voto secreto* é inseparável da ideia do *voto livre.*

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter *secreto* do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.

Portanto, é inevitável a associação da liberdade do voto com uma ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. Daí a inevitável associação entre o direito ativo do eleitor e a chamada igualdade de oportunidades ou de chances (*Chancengleichheit*) entre os partidos políticos.

A *igualdade do voto* não admite qualquer tratamento discriminatório, seja quanto aos eleitores, seja quanto à própria eficácia de sua participação eleitoral.

Ressalte-se que o caráter livre e secreto do voto impõe-se não só em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral. Com base no direito alemão, Pieroth e Schlink falam de uma eficácia desse direito não só em relação ao Poder Público, mas também em relação a entes privados (*Drittwirkung*) (cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatrecht II*, 2005. p. 277).

Assim, a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.

O direito ao voto permite ao eleitor escolher, de forma livre e soberana, candidatos que, em sua visão, são os mais aptos ao exercício do mandato eletivo.

Outro mecanismo de controle é a escolha de candidatos no âmbito interno dos próprios partidos políticos. Cabe às agremiações políticas a eleição de candidatos cuja vida pregressa os qualifiquem para exercer, com probidade e moralidade, determinada função pública.

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral[27]. Mas não somente durante essa fase ou período. O

---

[27] GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, Berlim/Nova York, 1995. p. 599 (p. 606).

processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.

O controle das candidaturas realizado pelos partidos políticos tem relevância fundamental no regime democrático. Trata-se de um controle proveniente da própria sociedade organizada em associações privadas de caráter político.

Conforme as lições de Canotilho, os partidos políticos são associações privadas com funções constitucionais. O reconhecimento da relevância jurídico-constitucional dos partidos de modo algum corresponde à sua estatização. As Constituições, ao reconhecerem a liberdade de formação dos partidos políticos como um direito fundamental, bem como ao concederem-lhes um estatuto distinto e privilegiado em relação às demais associações, na verdade, estão a conceder aos partidos um estatuto constitucional, com dimensões de direito subjetivo, direito político e liberdade fundamental (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 315-316).

Afirma Canotilho: "Como elementos funcionais de uma ordem constitucional, os partidos situam-se no ponto nevrálgico de imbricação do poder do Estado juridicamente sancionado com o poder da sociedade politicamente legitimado" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 316-317).

É possível reconhecer aos partidos políticos liberdade externa e liberdade interna. No que tange à primeira, os partidos políticos gozam do direito à sua fundação e atuação sem as ingerências do Estado, dentro dos próprios limites estabelecidos pela Constituição. No que diz respeito à liberdade externa, ela significa que sobre os partidos não pode haver qualquer tipo de controle ideológico-programático, nem controle sobre a organização interna do partido (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 317-318).

Assim, é próprio da democracia de partidos que os cidadãos possam participar amplamente do processo de escolha de seus mandatários políticos, não apenas por meio do voto direto, secreto e universal, mas por meio da atuação das agremiações partidárias representativas dos mais diversos interesses sociais, encarregadas de escolherem os candidatos mais aptos ao exercício dos mandatos eletivos com probidade e moralidade.

O art. 14, § 9º, da Constituição, apesar de ter condicionada sua plena eficácia à edição da lei complementar nele prevista, traça uma inequívoca diretriz aos cidadãos eleitores, aos cidadãos-candidatos e aos partidos políticos para que exerçam, eles próprios, esse controle das candidaturas tendo

em vista a proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício dos mandatos.

Deixo ressaltado, por fim, que a divulgação de listas de candidatos com "ficha suja" por entidades associativas de magistrados nada acrescenta à nossa democracia. Ao contrário, por serem provindas de associação de autoridades judiciárias, essas listas são recebidas pela sociedade com uma aura de veracidade e de legitimidade que as confundem com os próprios atos jurisdicionais, o que as tornam verdadeiros documentos cuja finalidade outra não é senão a condenação antecipada de pessoas. Uma lista que, a princípio, divulga nomes de indivíduos investigados, denunciados ou acusados penalmente, transforma-se, quando emanada desse tipo de ente associativo, em listas de condenados na visão do cidadão comum. Sem contar os casos notórios, amplamente divulgados pela imprensa, de abusos na divulgação de nomes de pessoas já absolvidas, mas ainda sem o trânsito em julgado por falta de publicação da sentença ou do acórdão. Isso não se compadece com o valor da presunção de não culpabilidade e, portanto, não se compadece com a democracia.

Com essas breves considerações, acompanho o Ministro Relator e voto pela improcedência da ação.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Srs. Ministros, também tenho voto escrito preparado para esta ocasião, mas não vou obviamente cansá-los, tendo em vista o adiantado da hora e o cansaço geral que se manifesta e, claro, também, a profundidade das manifestações aqui desenvolvidas, tanto na manifestação da divergência, a partir do voto do Ministro Carlos Britto, quanto na manifestação trazida de forma lapidar pelo Ministro Celso de Mello e, depois, as várias considerações aqui desenvolvidas nas diversas manifestações, a partir do Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Eros Grau, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Cezar Peluso, Ministra Ellen Gracie e, agora, o Ministro Marco Aurélio.

Inicialmente, eu gostaria de destacar o caráter singular deste caso, tendo em vista o manejo que a Associação dos Magistrados Brasileiros fez da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo como objeto não só as disposições da lei complementar, mas também a própria interpretação – como foi bem destacado no voto do Ministro Celso de Mello – do Tribunal Superior Eleitoral.

Trata-se de uma nova perspectiva desse instituto, como nós temos destacados, e isso é extremamente importante. Acho que esse é um dado que ressalta um novo aspecto desta ação e fala um pouco de forma especial sobre esta nova dimensão do nosso controle de constitucionalidade com esse viés concentrado, especialmente a partir dessa ação.

Em relação ao tema versado, também vou pedir vênia ao eminente Ministro Carlos Britto e ao Ministro Joaquim Barbosa para me filiar à tese aqui inicialmente esposada pelo Ministro Celso de Mello. E, também, não vou fazer muitas considerações sobre esse tema por me parecer que, a partir da própria disposição do art. 14, § 9º, nós temos a resposta para a questão aqui suscitada.

Gostaria de destacar o valor histórico do debate travado inicialmente no TSE, na sua composição anterior, ainda no regime militar, e, depois, o debate que se estendeu no próprio Supremo Tribunal Federal.

No voto escrito, faço considerações sobre esse tema. É de saudar que à época se fez um esforço para discutir a questão que se colocava à luz do art. 153, § 36, a cláusula de não exclusão de outros princípios. Dizia então, de forma lapidar, o Ministro Leitão de Abreu que a presunção de inocência integrava, portanto, o catálogo de direitos fundamentais. E fazendo uma leitura com os olhos de hoje, até já anotei em outra oportunidade que naquela ocasião se falava, talvez, com considerações diversas sobre o princípio da proporcionalidade nesse contexto.

Faço algumas considerações sobre esse tema e ressalto – como já tive oportunidade de me manifestar – que é fundamental, realmente, como ressaltou o Ministro Carlos Britto, que a questão da probidade na administração seja levada em conta na consideração sobre aqueles que devem ter funções na vida pública. Todavia, é preciso que tenhamos esse mínimo de segurança jurídica – isso foi destacado no voto da Ministra Cármen Lúcia. E os debates que se seguiram mostram – inclusive os debates que estão na imprensa – as dificuldades que nós temos para esse mínimo em termos de segurança jurídica.

Mas há mais: realmente, as várias manifestações aqui assentes, a partir do voto do Ministro Celso de Mello, demonstram que essa ideia da presunção de inocência, ou da presunção de não culpabilidade, não pode ser mitigada, por razões as mais diversas. O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição, pelo contrário, cabe a esta Corte fazer esse trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa **pedagogia dos direitos fundamentais**, contribuir para um processo civilizatório elevado, como já foi destacado aqui nos vários votos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Processo de avanço cultural.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Um processo de avanço cultural que se faz a cada dia, na melhoria das instituições, no aperfeiçoamento, inclusive aqui há muitos pontos já apontados, e com razão, por exemplo, no voto do Ministro Carlos Britto: a demora na definição das questões judiciais, que é imputável à própria máquina judicial; a sobrecarga; a falta de estrutura, em muitos casos, e que leva às vezes ao alongamento, à não definição de muito desses processos. Isso foi destacado também no voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Mas só que nós não deveríamos fazer esforço no sentido de melhorarmos essa estrutura, de tentarmos ter decisões em tempo socialmente adequado? Não enveredarmos por esse caminho que pode nos levar por tantas desventuras.

Demonstrou o Ministro Cezar Peluso que já o apontamento do processo muitas vezes pode produzir um tipo de morte civil. Sabemos disso e em tantos casos com os quais temos nos deparado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite, só para deixar bem assentado. Eu trabalhei o tempo inteiro, desde o TSE, com um conceito lato de vida pregressa, ou seja, vida pregressa não se resume à questão criminal. Criminalidade e vida pregressa não se identificam de todo. Daí, falei que vida pregressa é uma expressão constitucional que se autoexplica, ela significa todo um histórico de vida, todo um perfil social do candidato. Por isso é que não me causou nenhum constrangimento, do ponto de vista da garantia constitucional, separar, em certa medida, o campo penal do campo eleitoral. É evidente que, no campo penal, subscrevo todas as belíssimas palavras e os belíssimos fundamentos de todos os Ministros que votaram nesta belíssima e histórica sessão de julgamento. Para mim, vida pregressa, volto a dizer, é muito mais do que um eventual passivo processual, ainda que de índole criminal; é mais do que isso. Apenas não recuso à Justiça Eleitoral o direito de, no caso concreto, fundamentadamente, sob essa estrutura que temos de superposição de jurisdições, analisar se aquele candidato tem condições de elegibilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas considerados processos em curso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, o problema é saber quais os fatos típicos e, portanto, gerais, passíveis de ser aplicados a todos como tipicidade, que "sujam" a vida pregressa do candidato. Quais são esses fatos? Quem define esses fatos?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É impossível recusar à Justiça Eleitoral esse mínimo de subjetividade. Vejam o dano moral, é eminentemente subjetivo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, isso não é o mínimo, é o máximo de subjetividade dizer-se que fato tal, no juízo do órgão eleitoral, equivale a uma mancha na vida pregressa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Olha a discordância. Não é o fato tal, são os fatos tais, percebeu?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas que fatos, Ministro?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, estou dizendo, a nossa diferença está nisso.

Mas desculpe a interrupção.

O Sr. Ministro Eros Grau: Quem diz quais são os fatos?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Evidente, só pode ser o Judiciário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Agradeço a manifestação do Ministro Carlos Britto, mas é claro que temos, aqui, premissas diferentes.

Então, eu estava a destacar as imprecisões já existentes, os exemplos estão aí, há dificuldade, inclusive, de interpretação, o que levaria a um desacerto e a uma arbitrariedade feita pelos próprios juízes, o que seria talvez o pior dos

arbítrios. Também não recomendaria a adoção desta inelegibilidade pela via hermenêutica. Nós, na verdade, teríamos um modelo de Direito Penal, claro que no sentido amplo, como expressão do direito livre, com os riscos que nós conhecemos para esse tipo de prática. Cada vez mais sabemos que **o direito deve ser achado na lei e não na rua**.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É o Direito posto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas eu gostaria de dizer algo mais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Falou-se muito em preenchimento de cargo público e, no caso de envolvimento de mandato, tem-se o preenchimento de cargo público. Mas já há precedentes na Corte afastando a possibilidade de processo criminal em andamento impedir a inscrição de candidato. Refiro-me ao RE 194.872, da Segunda Turma, no qual figurei como Relator. Também me reporto ao RE 427.378, Rel. Min. Cezar Peluso – decisão monocrática; ao RE 559.135-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e, por último, um precedente de Vossa Excelência, no campo individual, consubstanciado na apreciação do RE 487.398. O princípio, portanto, é linear.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Há também julgamentos em sentido contrário. No MS 25.624, o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto acompanhado pela unanimidade do Plenário, afirmou que:

> (...) em linha de princípio, será de reputar-se fundada a recusa pelo tribunal, à ausência de "reputação ilibada", da indicação de candidato condenado pela prática de crime infamante da sua reputação moral.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Condenado, Ministro. Não há dúvida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Condenados. Imagina-se a preclusão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, mas isso sem trânsito em julgado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Será?

O Sr. Ministro Carlos Britto: E o Ministro Ricardo Lewandowski disse o seguinte:

> Conforme o Relator bem consignou, se alguém possui – vou até mais adiante do que Sua Excelência, que falou em condenação por crime infamante –, uma série de distribuições criminais ou cíveis por ilícitos graves, evidentemente não terá a reputação ilibada que a Constituição exige.

Então, há decisões de parte a parte, dos dois lados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas, Senhores Ministros, há um outro aspecto que eu também gostaria, para finalizar, de ferir nesta parte final da sessão.

É evidente que é compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião

pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a publicação de lista. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional**. É fundamental que tenhamos essa visão.

Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional – é um texto fascinante, cuja não tradução para o português eu sempre lamento –; de Zagrebelsky, que versa um tema histórico e teológico fascinante: a crucificação e a democracia. Já tem tradução para o português de Portugal, mas não tem tradução no Brasil.

Diz Zagrebelsky:

> Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi, vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acríticos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras.
>
> Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade.
>
> Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis.
>
> Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos.
>
> A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).
>
> Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor. (Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: II "Crucifige!" e *la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995.)

Zagrebelsky encerra essa passagem notável, esse texto notável, um pequeno texto de 120 páginas, falando do julgamento de Cristo. Dizia: "Quem é democrático: Jesus ou Pilatos?", retomando um debate que tinha sido colocado por Kelsen no trabalho sobre a democracia. E ele diz:

> Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava *Crucifica-lhe!* Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia crítica. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao *povo*, esse *povo* a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do *Sanedrim* e o poder de Pilatos.
>
> Poderíamos então perguntar quem naquela cena exercia o papel de verdadeiro amigo da democracia. Hans Kelsen contestava: Pilatos. Coisa que equivaleria a dizer: o que obrava pelo poder desnudo. Ante essa repugnante visão da democracia, que a colocava nas mãos de grupos de negociantes sem escrúpulos e até de bandos de *gangsters* que apontam para o alto – como já ocorreu neste século entre as duas guerras e como pode ocorrer novamente com grandes organizações criminais de dimensões mundiais e potência ilimitada –, dariam vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do *Sanedrim*.
>
> Ao concluir essa reconstrução, queremos dizer que o amigo da democracia – da democracia crítica – é Jesus: aquele que, calado, convida, até o final, ao diálogo e à reflexão retrospectiva. Jesus que cala, esperando até o final, é um modelo. Lamentavelmente para nós, sem embargo, nós, diferentemente dele, não estamos tão seguros de ressuscitar ao terceiro dia, e não podemos nos permitir aguardar em silêncio até o final.
>
> Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, tem que se mobilizar contra quem rechaça o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder e crê ter sempre razão. A mansidão – como atitude do espírito aberto ao diálogo, que não aspira a vencer, senão a convencer, e está disposto a deixar-se convencer – é certamente a virtude capital da democracia crítica. Porém só o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro. A mansidão, na política, a fim de não se expor à irrisão, como imbecilidade, há de ser uma virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de aguentar.

Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos a favor da eliminação de todos aqueles que têm algum processo, até que descobrissem que, certamente, essa fórmula mágica produziria uma hecatombe, produziria uma injustiça em série.

Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* para o qual esta Corte se destina.

Também eu, não há nenhuma dúvida, pronuncio-me no sentido da improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

EXTRATO DA ATA

ADPF 144/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Arguente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – (Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outros). Arguido: Tribunal Superior Eleitoral. Interessados: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – (Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outros), Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR – (Advogada: Juliana Lobo de Almeida Santos), Partido Progressista – PP – (Advogado: Marcus Vinicius Furtado Coelho) e Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE – (Advogada: Sílvia Cristina Lins Ramos Frota).

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal acolheu a questão de ordem suscitada pelo Ministro Celso de Mello (Relator), no sentido de julgar, desde logo, o mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em consequência do acolhimento desta questão de ordem, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, proferiu, oralmente, parecer na presente sessão. Em seguida, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Eros Grau, reconheceu a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), rejeitando, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas. No mérito, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, decisão esta dotada de efeito vinculante, segundo a Lei 9.882/1999. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pela arguente, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae*, Partido Progressista (PP), o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antonio Dias Toffoli. O Relator comunicou ao Plenário que, em decorrência de pedido, somente nesta data formulado, admitiu a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) como *amicus curiae*.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 6 de agosto de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 389 — MG

Relator: Ministro Presidente

Agravante: Centro de Educação Religiosa Judaica — Agravada: União

Agravo regimental em suspensão de tutela antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao *Shabat*. 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. 7. Pendência de julgamento das ADI 391[1] e ADI 3.714, nas quais esta Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo regimental conhecido e não provido.

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 maioria de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de dezembro de 2009 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Centro de Educação Religiosa Judaica e vinte alunos secundaristas que professam a fé judaica (fls. 296-309), nos autos da STA 389, contra a decisão por mim proferida em 20 de novembro de 2009 (fls. 774-282), que possui o seguinte teor:

> Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União, com a finalidade de sustar os efeitos da decisão proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, nos autos do AI 2009.03.00.034848-0, deferiu o pedido de antecipação de tutela recursal, com a consequente determinação de que fosse oportunizada aos autores da AO 2009.61.00.021415-6, em curso perante o Juízo da 16ª Vara Federal da Subseção

[1] ADI 3.901 (NE).

Judiciária de São Paulo, "a participação no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, em dia compatível com exercício da fé por eles professada, a ser fixado pelas autoridades responsáveis pela realização das provas, observando-se o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas por todos os demais estudantes".

Segundo o relato da petição inicial, o Centro de Educação Religiosa Judaica e vinte e dois alunos secundaristas ajuizaram ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face da União e do Instituto Nacional de Estudos Anísio Teixeira (INEP), objetivando a designação de data alternativa para a realização das provas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que não coincidisse com o *Shabat* (do pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado) ou qualquer outro feriado religioso judaico (fls. 38-65).

Os autores afirmam, em síntese, que a designação de data alternativa para a realização das provas do Enem constitui meio de efetivação do princípio da igualdade e do direito fundamental à liberdade religiosa.

O Juízo da 16ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo indeferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 196-199), sob o fundamento de que a designação de dias e horários alternativos para a realização de provas representaria o estabelecimento de regras especiais para um determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais, com a consequente violação ao princípio da isonomia. Sustentou, ademais, que o acolhimento da pretensão dos autores acarretaria dificuldades de ordem prática, haja vista que a fixação de datas distintas para a realização das provas implicaria quebra do dever de sigilo acerca de seu conteúdo.

Contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal (fls. 20-33).

O Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, concedeu a tutela antecipada, por entender que a designação da data alternativa para a realização das provas do Enem constituiria meio de efetivação do direito fundamental à liberdade de crença, prevista no art. 5º, VI, da Constituição.

O presente pedido de suspensão de tutela antecipada baseia-se em argumentos de lesão à ordem jurídica, em sua acepção jurídico-administrativa.

Afirma o requerente que a decisão impugnada traria graves consequências para a administração pública, tendo em vista que o concurso público se subordina aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia.

Sustenta, ademais, que a realização das provas na data marcada (dias 5 e 6 de dezembro de 2009) não violaria o disposto no art. 5º, VI e VIII, da Constituição, pois a administração não poderia criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição entre os candidatos, haja vista, inclusive, o dever de neutralidade estatal.

Alega, também, que a decisão impugnada comprometeria a normal condução dos procedimentos administrativos relativos ao Enem, colocando-se em risco a ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa.

Segundo o requerente, se mantidos os efeitos da decisão, haveria um exame aplicado para mais de quatro milhões de candidatos e outro para vinte e dois alunos, o que comprometeria a credibilidade do Enem.

Ressalta, ainda, que a questão de fundo da ação principal não diria respeito à garantia do direito fundamental à liberdade de consciência e crença, mas à preservação do "dia de guarda", que, a depender da religião, poderia ser em qualquer dia da semana.

A decisão impugnada possuiria, portanto, potencial "efeito multiplicador", haja vista a possibilidade de ser invocada por praticantes de outras religiões para se eximirem do cumprimento de obrigações a todos impostas, com evidentes riscos à ordem pública.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis 12.016/2009, 8.437/1992, 9.494/1997 e art. 297 do RISTF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 497-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 6-4-2001; SS 2.187-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 21-10-2003; e SS 2.465, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 20-10-2004.

Na ação de origem, discute-se a interpretação e a aplicação dos arts. 5º, *caput* e VI, da Constituição. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29-5-1996; SS 1.272-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 18-5-2001.

O mencionado juízo de delibação dos elementos da causa não se revela apenas possível, mas necessário à aferição da existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, pois, como bem salientou o Ministro Sepúlveda Pertence, "(...) ainda que não se cuide de recurso, o deferimento do pedido de suspensão de segurança não prescinde de todo da delibação do mérito da controvérsia subjacente à decisão concessiva da liminar ou do mandado de segurança. Com efeito, não obstante suas peculiaridades, a suspensão de segurança é medida cautelar: visa, afinal de contas, a salvaguardar dos riscos da execução provisória do julgado os qualificados interesses públicos – os relativos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – que a justificam, com vistas à eventual reforma da decisão mediante o recurso cabível. Por isso, tenho acentuado: se, de plano, se evidencia a inviabilidade do recurso interposto ou anunciado, perde sentido a suspensão da segurança concedida (...)" (SS 1.001, *DJ* de 21-3-1996).

Nesse sentido, não há dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição) impõe ao Estado o dever de respeitar as escolhas religiosas dos cidadãos e o de não se imiscuir na organização interna das entidades religiosas. Trata-se, portanto, do dever de neutralidade axiológica do Estado diante do fenômeno religioso (princípio da laicidade), revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, conforme estabelecido no art. 19, I, da Constituição.

É certo, porém, que a neutralidade axiológica por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal. Em alguns casos, imperativos fundados na própria liberdade religiosa impõem ao ente público um comportamento positivo, que tem a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.

No caso, verifica-se, contudo, que a requerente logrou comprovar que a fixação de data alternativa para a realização das provas do Enem coloca em risco a ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa.

Em primeiro lugar, não obstante a determinação judicial no sentido de que as provas aplicadas aos autores da ação principal possuam o mesmo grau de dificuldade das aplicadas aos demais candidatos, não há dúvida sobre a inexistência de critérios objetivos que possam indicar, de forma cabal, se duas provas possuem grau de dificuldade equivalente ou diverso. Tal fato ensejaria as mais diversas indagações acerca de suposto favorecimento dos autores, comprometendo ainda mais a credibilidade do Enem, já prejudicada em virtude do anterior vazamento das provas, conforme noticiado nos mais diversos meios de imprensa.

Ademais, cumpre ressaltar a existência de outras confissões religiosas, as quais possuem "dias de guarda" diversos do dos autores. Assim, a fixação de data alternativa apenas para um determinado grupo religioso configuraria, em mero juízo de delibação, violação ao princípio da isonomia e ao dever de neutralidade do Estado diante do fenômeno religioso.

Tal fato atesta, ainda, o "efeito multiplicador" da decisão impugnada, haja vista que, se os demais grupos religiosos existentes em nosso País também fizessem valer as suas pretensões, tornar-se-ia inviável a realização de qualquer concurso, prova ou avaliação de âmbito nacional, ante a variedade de pretensões, que conduziriam à formulação de um sem-número de tipos de prova.

Nesse ponto, cumpre transcrever a seguinte reflexão do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da ADI 2.806, *DJ* de 23-4-2003:

> "Pergunto: seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da administração pública aos "dias de guarda" religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do Governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho? É desnecessário à conclusão, mas considero realmente violados, no caso princípios substanciais, a partir do *due process* substancial e do caráter laico da República".

Verifica-se, pois, que a providência determinada pela decisão impugnada, além de se revelar, *a priori*, contrária ao dever do Estado de se portar de forma neutra perante o fenômeno religioso, coloca severos óbices à atuação da administração pública.

Nesse sentido, cumpre registrar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem adotado, para fixar o que se deve entender por ordem pública no pedido de suspensão, entendimento formado ainda no âmbito do Tribunal Federal de Recursos a partir do julgamento da SS 4.405, Rel. Min. Néri da Silveira. Segundo esse entendimento, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas.

Por fim, saliente-se que a União juntou aos autos, às fls. 225-271, cópia de ofício expedido pelo Ministério da Educação, segundo o qual, na inscrição para o

> Enem, foi ofertada a opção de "atendimento a necessidades especiais", com a finalidade de garantir a possibilidade de participação de pessoas com limitações em virtude de convicção religiosa ou que se encontram reclusas em hospitais e penitenciárias. Afirma-se, no referido ofício, que "todos que realizaram suas inscrições no Enem e solicitaram atendimento especial por motivos religiosos terão suas solicitações atendidas. No caso dos Adventistas do Sétimo Dia, a prova do sábado, dia 3 (três) de outubro próximo será realizada após o pôr do sol" (fl. 227).
>
> Tal providência (início da prova após o pôr do sol) revela-se aplicável não apenas aos adventistas do sétimo dia, mas também àqueles que professam a fé judaica e respeitam a tradição do *Shabat*. Em uma análise preliminar, parece-me medida razoável, apta a propiciar uma melhor "acomodação" dos interesses em conflito.
>
> Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a decisão proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do AI 2009.03.00.034848-0.

No presente agravo regimental, sustentam os agravantes que a decisão impugnada teria deixado de analisar o âmbito de proteção e o alcance do art. 5º, VIII, da Constituição, segundo o qual ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Afirma, ademais, que a decisão impugnada não contemplaria a magnitude do art. 227 da Constituição, segundo o qual é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação.

No entender dos agravantes, o Enem teria deixado de ser opção complementar aos estudantes secundaristas, haja vista que a sua realização teria se tornado imperativa àqueles que almejam vaga em instituições de ensino superior. Por conseguinte, o Enem não poderia ser comparado a concursos públicos, nos quais a inscrição seria facultativa.

Alega, também, ser tecnicamente possível uma aferição satisfatória de distintos graus de dificuldade de uma prova.

Salienta a diferença entre o *Shabat* judaico, dia de observância estrita e no qual se proíbe a realização de atividades de qualquer natureza, e o "dia de guarda" das demais religiões, que são, em regra, dias de descanso.

Assevera, ainda, que o Estado deve criar meios para que os direitos dos cidadãos que professem determinada fé não sejam tolhidos.

Por fim, sustenta que a "medida alternativa" proposta pelo Ministério da Educação (início da prova após o pôr do sol) traria prejuízos àqueles que professam a fé judaica e respeitam a tradição do *Shabat*, haja vista que os alunos teriam de ser confinados em sala de aula por mais de sete horas para, em seguida, realizar prova de quatro horas e meia de duração.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Tendo em vista que as provas do Enem serão realizadas no próximo dia 5 de dezembro, trago à apreciação de Vossas Excelências o agravo regimental que fora interposto contra a decisão que proferi no dia 20 de novembro de 2009, por meio da qual determinei a suspensão dos efeitos da liminar concedida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do TRF da 3ª Região, que havia garantido a 22 estudantes secundaristas que professam a fé judaica a possibilidade de realizarem as provas do Enem em dia alternativo, não coincidente com o sábado.

Adstrito às limitações cognitivas que caracterizam os incidentes de contracautela, deferi o pedido formulado pela União, por entender que a designação de dia alternativo para a realização das provas colocaria em risco a ordem pública, entendida em termos de ordem jurídico-administrativa.

Deixei consignado na referida decisão inexistir dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade diante do fenômeno religioso, revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais.

Ponderei, entretanto, que o dever de neutralidade por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.

Nesse sentido, não se revelaria aplicável à realidade brasileira as conclusões a que chegou o Justice Black da Suprema Corte norte-americana, no famoso caso *Everson v. Board of Education*, segundo as quais a cláusula do estabelecimento de religião ("*establishment of religion*" *clause*) prevista na Primeira Emenda à Constituição norte-americana não estabeleceria apenas que "nenhum Estado, nem o Governo Federal, podem fundar uma Igreja", mas também que "nenhum dos dois podem aprovar leis que favoreçam uma religião, que auxiliem todas as religiões". Segundo Thomas Jefferson, a referida cláusula deveria ser compreendida como a construção de um "muro" entre Igreja e Estado ("*erect a wall of separation between Church and State*").

Tal entendimento não se afigura, *a priori*, compatível com a nossa Constituição, pois se revela contrária, até mesmo, à concessão de imunidade tributária aos templos de qualquer culto (art. 150, IV, *b*), à prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII), ou quaisquer outras que favoreçam ou incentivem todas as religiões.

Por isso, **é importante afirmar que, em nosso País, neutralidade estatal não se confunde com indiferença**, até mesmo porque, conforme salientado por Jorge Miranda, "(...) o silêncio sobre religião, na prática, redunda em posição contra a religião" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 427).

Não se revela inconstitucional, portanto, que o Estado se relacione com as confissões religiosas, tendo em vista, inclusive, os benefícios sociais que elas são capazes de gerar. Canotilho e Jônatas Machado afirmam, inclusive, que o princípio da neutralidade do Estado "não tem nada a ver com indiferentismo religioso por parte dos poderes públicos. (...) O princípio da neutralidade do Estado preclude qualquer compreensão negativa oficial relativamente à religião em geral ou a determinadas crenças religiosas em particular" (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 16, n. 64, p. 29-30).

O que não se admite é que o Estado assuma determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso em detrimento dos demais ou conceda privilégios. O que se deve promover é a livre competição no "mercado de ideias religiosas", expressão que, segundo Jônatas Machado, teria sido cunhada com base no pensamento de Oliver Wendell Holmes e Stuart Mill (MACHADO, Jônatas. Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva; dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, p. 176).

Nesse contexto é que surgem as mencionadas ações positivas do Estado em se tratando de matéria religiosa, buscando-se afastar sobrecargas sobre determinadas confissões religiosas, principalmente sobre as minoritárias, e impedir influências indevidas no que diz respeito às opções de fé.

Vê-se, pois, que tais ações somente se revelam legítimas se preordenadas à manutenção do livre fluxo de ideias religiosas e se comprovadamente não exista outro meio menos gravoso de se atingir esse desiderato. Deve-se também ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios ou favorecimentos.

A designação de dia alternativo para a realização das provas do Enem por um determinado grupo de alunos que respeitam a milenar tradição do *Shabat* poderia ser, *a priori*, considerado uma medida de "acomodação", apta a afastar sobrecargas indesejáveis sobre aquele grupo religioso, que, em nosso País, revela-se minoritário.

Ocorre que, apesar das diversas dificuldades administrativas e práticas que decorreriam da medida, aptas, inclusive, a inviabilizar o Enem (não em virtude de dificuldades financeiras ou meramente operacionais, mas em razão dos problemas advindos da aplicação de provas distintas a indivíduos que participam de uma mesma seleção), a designação de data alternativa parece, em mero juízo de delibação, não estar em sintonia com o princípio da isonomia, convolando-se em privilégio para um determinado grupo religioso.

Até mesmo porque, conforme registrado na decisão agravada, o Ministério da Educação oferta aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazer a prova após o pôr do sol (deve-se lembrar que o *Shabat* judaico inicia-se no pôr do sol da sexta-feira e termina no pôr do sol do sábado). Tal medida já vem sendo aplicada,

há algum tempo, no tocante aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como "dia de guarda" o sábado.

Pode-se argumentar que a medida adotada pelo MEC prejudicaria os candidatos praticantes da referida profissão religiosa, os quais teriam de ser confinados, para apenas ao fim do dia iniciar as suas provas.

Não sou insensível as esses argumentos, mas vejo que a medida adotada revela-se, em face dos problemas advindos da designação de dia alternativo, mais consentânea com o dever do Estado de neutralidade diante do fenômeno religioso (que não se confunde com indiferença, consoante salientado anteriormente) e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica.

Ressalto, por fim, que não se trata de posicionamento definitivo dessa Corte sobre o tema, até mesmo porque existem duas ações diretas de inconstitucionalidade ainda pendentes de julgamento que versam sobre a matéria.

Trata-se da ADI 391[2], Rel. Min. Joaquim Barbosa, na qual se discute a constitucionalidade de leis do Estado do Pará que limitaram a realização do vestibular, provas de concursos e avaliações escolares no período compreendido entre às 18 horas de sexta e às 18 horas do sábado subsequente. As referidas leis ainda estabeleceram o abono de faltas daqueles alunos que, por comprovado motivo religioso, não puderem comparecer à instituição de ensino no mencionado período.

Há também a ADI 3.714, Rel. Min. Carlos Britto, na qual se discute a constitucionalidade de lei do Estado de São Paulo de conteúdo semelhante. O mencionado diploma legal também prevê que, quando se revelar inviável a realização das provas no período, elas serão realizadas no sábado, após as 18 horas.

Quando do julgamento dessas ações diretas, a Corte poderá se debruçar em profundidade sobre o tema, de modo a definir, com mais acuidade, o âmbito de proteção e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa. Aqui, trata-se de resolver incidente de contracautela, tendo em vista os riscos que a decisão que fora suspensa pela Presidência é capaz de acarretar à ordem pública.

Assim, por não vislumbrar razões suficientes para a modificação do entendimento consignado na decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também acompanho Vossa Excelência.

Observo que há no edital, como Vossa Excelência bem assinalou, a previsão de que aqueles que têm necessidades especiais, em virtude de convicções religiosas ou alguma limitação em face de internação hospitalar, têm uma opção e um atendimento diferenciado.

---

[2] ADI 3.901 (NE).

Acompanho integralmente Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, esse é um tema muito delicado. Ele tem suscitado no Brasil e no exterior muita discussão, porque a liberdade religiosa, de fato, é algo muito sensível.

Vossa Excelência disse bem no voto: O Estado brasileiro é laico, o que não significa indiferentismo, não significa um cruzar de braços diante de uma situação francamente facilitadora do exercício, do gozo da liberdade religiosa. Mas, aqui mesmo na Constituição, ao tempo que assegura a liberdade de religião, a nossa Constituição faz uma ressalva expressa: é o inciso VIII do art. 5º:

> Art. 5º (...)
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa (...)

Convenhamos: privado do direito de concorrer, do direito de fazer concurso público.

> ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Também entendo que o Estado, podendo facilitar o culto ou o livre exercício de uma convicção religiosa, deve fazê-lo; é dever do Estado. Agora, no caso, parece que faltam condições de operacionalizar essa facilitação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Uma prova para quatro milhões de pessoas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E Vossa Excelência disse bem, da petição inicial consta que se assegure aos requerentes o direito de compatibilizar o dia da prova com suas convicções religiosas, mas sem prejuízo do mesmo grau de dificuldade das provas alternativas ou aplicadas em dia diferenciado aos requerentes. E como assegurar o mesmo grau de dificuldade das provas? Parece-me que é de resposta impossível. Como assegurar o mesmo grau de dificuldade entre uma prova massiva para toda uma população e outra prova também – agora, não é tão massiva porque parece que os requerentes são 22. Mas como assegurar o mesmo grau de dificuldade? Parece-me que é um problema de impossível operacionalização, o que fragiliza sobremodo o próprio requerimento, que reconhece ser preciso preservar o mesmo grau de dificuldade para os dois grupos de contendores, de disputantes de vagas no Enem.

Depois, já no art. 19, quando a Constituição fala de vedações comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, há algo que também me parece abonar o voto de Vossa Excelência, Ministro Gilmar Mendes. É o art. 19, *litteris*:

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

> I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Parece-me que é o contrário. O interesse público, aqui, está em uniformizar a prova, em submeter todos os pretendentes a uma vaga no Enem às mesmas condições técnicas, às mesmas condições de aferições de conhecimento. O interesse público estaria aí.

E o número III diz:

> III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Aqui, estaríamos criando uma distinção, de natureza religiosa que, em princípio, seria admissível; mas também penso que Vossa Excelência bem demonstrou que no caso concreto seria praticamente instalar o caos no âmbito da administração pública, porque a mesma regra que adotarmos aqui, a mesma decisão que adotarmos aqui há de prevalecer para todo o tipo de competição pública promovida pela administração pública. E que de ordinário são marcados para estes dois dias mesmo: sábado e domingo.

Se eu tivesse mais tempo, se a prova já não estivesse marcada, eu pediria vista do processo para maturar uma reflexão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas tendo que decidir assim, de pronto, eu acompanho o voto de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também acompanho o voto de Vossa Excelência.

Não vejo, com o devido respeito, nenhuma ofensa à liberdade constitucional de crença ou de consciência, tampouco de que o Estado esteja privando algum grupo do exercício de direitos por motivo de ordem religiosa. Antes, neste caso os interessados é que poderiam deixar de exercer um direito garantido pelo Estado por motivo religioso. Exatamente o contrário do que a norma constitucional impede!

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, no caso, o contraditório foi observado? Houve o pedido de suspensão da tutela antecipada e a parte que tinha situação constituída, ante o pronunciamento no agravo de instrumento na Corte de origem, foi cientificada antes da suspensão?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Acho que sim. Agora a lei não exige essa providência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vejo o contraditório como espinha dorsal do devido processo legal, ou seja, o cidadão que tenha uma certa situação constituída

não pode, sem a cientificação, ser despojado dela em Juízo. De início, essa é a regra. Deve-se haver o conhecimento, mesmo da medida intentada em um fórum diverso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A não ser que o caso não permita, como neste, se não houvesse a decisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A não ser no caso de urgência maior, de risco de perecimento de direito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E é exatamente o caso, tanto que a prova vai ser realizada agora no sábado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a Constituição empresta um relevo maior à liberdade religiosa e o faz a ponto de ter-se, no rol das garantias constitucionais, dois incisos versando essa mesma liberdade – os incisos VI e VIII do art. 5º. O primeiro revela que:

> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

E o seguinte visa a proteger o direito:

> VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Tem-se situação em que, mesmo diante de um diploma legal impondo certa obrigação, é possível chegar-se ao afastamento dessa obrigação, mediante prestação alternativa. O que houve na espécie, Presidente?

O Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais (INEP) foi provocado para encontrar – e com o Exame Nacional do Ensino Médio isso se repete – solução para o impasse decorrente de convicção religiosa e o fez com base não no campo da lei em sentido formal e material, porque exigiria a participação do Congresso, mas no administrativo, no que previsto quanto à prestação alternativa alusiva a certa obrigação. Atuou no campo da razoabilidade, da proporcionalidade? A meu ver, não. Não atuou. Manteve o ato e o exame poderia ocorrer em qualquer dia da semana: segunda, terça, quarta, quinta – excluída a sexta –, tendo em conta o islamismo. Assim o fez, mantendo a data designada e cogitando de confinamento, de recolhimento do candidato a contrapor-se, justamente, ao objetivo visado com a tomada de providências. Os alunos da colônia judaica, de memoráveis serviços prestados à pátria, teriam que se apresentar de qualquer forma para ficar retidos, sem comunicação, durante sete horas e, a seguir, prestar exame que se projeta por quatro horas e meia.

Presidente, estamos diante de situação concreta em que a obrigação não decorreu de lei, mas sim de ato administrativo. Situação em que possível seria encontrar um denominador comum, para não se ter possível arranhão à Carta da

República, quanto à liberdade religiosa e à preservação de direitos, tudo isso a partir de óptica distorcida referente a essa mesma liberdade.

Creio que as peculiaridades do caso precisam, na conciliação de valores, e devem ser consideradas. Tanto quanto possível, há de partir-se para o empréstimo de concretude maior às garantias constitucionais. E seria possível ter-se a assunção de postura compatível com a Carta da República, com a preservação da liturgia própria deste ou daquele segmento religioso.

Creio que, mediante antecedência cabível, visando, quem sabe, ao deslocamento de datas – e não chego à conclusão de que poderia haver provas diferentes conforme a religião do aluno –, atuou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de São Paulo, impondo providência alternativa que, tanto quanto possível, preservasse o objetivo visado pela Constituição Federal quanto ao respeito à opção religiosa.

Peço vênia a Vossa Excelência, para prover o agravo. Faço-o em virtude – quando fui Presidente da Casa assim procedi, e já se vão alguns anos – da necessidade de estabelecer-se o contraditório nessa medida excepcional e unilateral quanto à iniciativa – age o Poder Público –, que implica queima de etapas, que é a de suspensão de liminar, de tutela, de segurança. Sempre estabeleci o contraditório por entender que se faz presente a necessidade de observar-se garantia – que também é constitucional –, não surpreendendo, portanto, a parte que logrou no Judiciário uma situação constituída. Vejo esse defeito no campo do procedimento.

No tocante ao tema de fundo do agravo, provejo-o para restabelecer a decisão do Regional Federal, no que determinou que se observasse a cláusula final do inciso VIII do art. 5º, a revelar que se deve, sempre, prever prestação alternativa. A prestação alternativa, mais do que viável, seria a designação do exame para dia útil, dia de atuação normal, tendo em conta os diversos segmentos da sociedade.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

STA 389-AgR/MG — Relator: Ministro Presidente. Agravante: Centro de Educação Religiosa Judaica (Advogado: Ari Marcelo Sólon). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), vencido o Ministro Marco Aurélio, que o provia. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EXTRADIÇÃO 1.085 — REPÚBLICA ITALIANA

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Governo da Itália — Extraditando: Cesare Battisti

1. Extradição. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim. Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inciso I, alínea *g*, da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validez e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa.

2. Extradição. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica consequente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inciso I, e 3º, inciso III, da Lei 9.474/1997, art. 1-F do Decreto 50.215/1961 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inciso I, da Lei 8.072/1990, art. 168, parágrafo único, do CC, e art. 5º, inciso XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição.

3. Extradição. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de Direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de Direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo.

4. Extradição. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/1997. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR). Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado.

5. Extradição. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei 6.815/1980. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa.

6. Extradição. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade consequente de apreciação do valor das provas e de rejulgamento da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei 6.815/1980. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido.

7. Extradição. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição.

8. Extradição. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas:

I – preliminarmente, homologar o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Ext 1.085 e indeferir o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto.

II – rejeitar questão de ordem suscitada pela Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o MS 27.875 antes do pedido de extradição.

III – por maioria, julgar prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de *status* de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça ao extraditando.

IV – rejeitar as questões de ordem suscitadas pelo Ministro Marco Aurélio da necessidade de *quorum* constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança.

V – por maioria, deferir o pedido de extradição.

VI – rejeitar a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento Interno, e reconhecer a necessidade do voto do Presidente, tendo em vista a matéria constitucional.

VII – suscitada a questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão.

VIII – por maioria, reconhecer que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pela Ministra Cármen Lúcia e pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau.

Brasília, 16 de dezembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

PRELIMINAR

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, na segunda petição, o extraditando solicita que, na hipótese de esta Corte decidir examinar, em questão de ordem, a validade do ato concessivo de refúgio com os efeitos que deva produzir sobre a presente extradição, lhe seja deferida sustentação oral acerca do objeto da questão de ordem. E, na eventualidade de se prosseguir no julgamento da extradição, que lhe seja facultada nova sustentação.

Senhor Presidente, a meu ver a coisa é muito simples. Estamos diante de julgamento conjunto, e é conjunto pelo fato de as questões ventiladas em ambos os processos guardarem entre si íntima conexão, de modo que devem ser simultaneamente julgados, porque há entre eles relação lógica de sucessão.

Eu diria, pois, que a questão do mandado de segurança quanto à legalidade do ato do Senhor Ministro da Justiça pode ser vista como preliminar em relação ao pedido de extradição, assim como o próprio extraditando suscitou, nos autos da extradição, outras preliminares. Em suma, ambas as causas têm questões preliminares e por isso mesmo devem estas ser discutidas e eventualmente decididas, mas não antecipo se devem ser decididas separadamente, porque isso dependerá de como será encaminhado o meu voto e o voto dos eminentes Colegas.

O que posso dizer a respeito desta petição, Senhor Presidente, é que não é caso de permitir dupla sustentação, mas, com base no princípio da eventualidade, que todas as questões possíveis de, em termos jurídicos, serem suscitadas, até de ofício, pelo Relator ou pelos outros Ministros, sejam objeto de consideração das sustentações orais, que hão de ser únicas.

É como voto.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas para ressalvar o entendimento, porque assim venho procedendo no gabinete. Creio que aplicável ao recurso é o Regimento Interno e que, muito embora a legislação instrumental preveja que o ato da parte surte efeitos imediatos – a não ser quanto à desistência da ação, em que se deve ouvir a parte contrária –, no caso de desistência, há requisitos a serem observados. Se há tais requisitos – e, aqui, como exemplo, aponto a outorga ao subscritor da peça a consubstanciar a desistência de poderes específicos, segundo o art. 38 do Código de Processo Civil –, o ato passa pelo crivo do Judiciário, não surtindo efeitos imediatos.

Apenas a ressalva. Evidentemente acolho a manifestação do agravante quanto à desistência.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de pedido de *extradição* executória do nacional italiano *Cesare Battisti*, formalizado pelo Governo da Itália, com fundamento em Tratado firmado em 17-10-1989 e promulgado pelo Decreto 863, de 9-7-1993.

O pleito baseia-se em condenação definitiva do ora extraditando, por decisão da Corte de Apelações de Milão, à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno inicial por seis meses, pela prática de "homicídio premeditado do agente penitenciário Antonio Santoro, fato que aconteceu em Udine em 6 de junho de 1977; homicídio de Pierluigi Torregiani, ocorrido em Milão em 16 de fevereiro de 1979; homicídio premeditado de Lino Sabbadin, ocorrido em Mestre em 16 de fevereiro de 1979; homicídio premeditado do agente de Polícia, Andréa Campagna, ocorrido em Milão em 19 de abril de 1979" (fl. 4).

Vieram aos autos cópias dos preceitos penais italianos aplicáveis ao caso, bem como dos documentos exigidos pelo Estatuto do Estrangeiro[1], com indicações sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato delituoso imputado ao extraditando, *verbis*:

> 1. exposição dos fatos pelos quais se pede a extradição, inclusive de cada informação sobre a participação ao julgamento e sobre o exercício de defesa;
> 2. cópia conforme ao original da sentença de primeiro grau proferida pela Corte de Assise de Milão em 13 de dezembro de 1988, a qual condena Cesare Battisti por diferentes crimes entre os quais os quatro homicídios para os quais é requerida a extradição com uma relação da motivação da pena em relação a cada delito;
> 3. cópia conforme ao original das sentenças proferidas em 16 de dezembro de 1990 pela Corte de Assise de Apelação de Milão que confirma a condenação de Cesare Battisti pelos quatro homicídios;
> 4. cópia conforme ao original da sentença da Suprema Corte de Cassazione proferida em 8 de abril de 1991 que anula a sentença anterior limitadamente ao homicídio de Pierluigi Torregiani;
> 5. cópia conforme ao original da sentença proferida em 31 de março de 1993 pela Corte de Assise de Apelação de Milão que confirma a condenação de Cesare Battisti pelo homicídio de Pierluigi Torregiani;
> 6. texto dos artigos das leis italianas transgredidos, e daqueles relativos à prescrição dos crimes.
> (Fl. 4.)

Ausentes as causas impeditivas previstas no art. 77 da Lei 6.815/1980, e no art. III do Tratado bilateral, ao menos sob o crivo daquele juízo prévio e sumá-

---

[1] "Art. 80. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo ser o pedido instruído com cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterá indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição."

rio, o Ministro **Celso de Mello**, então Relator, decretou a prisão preventiva do extraditando, em 1º de março de 2007, expedindo-se mandado (fl. 12 da PPE).

Em 18 de março de 2007, o extraditando foi preso por agentes da Polícia Criminal Internacional no Estado do Rio de Janeiro e transferido para a custódia da Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal (fl. 75 da PPE).

Mediante o Aviso 850/MJ, de 4 de maio de 2007, o Ministro de Estado da Justiça juntou aos autos documentação recebida do Governo requerente, via embaixada diplomática, com o intuito de formalizar o pedido de extradição:

> A Embaixada da Itália apresenta seus melhores cumprimentos ao Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil e, com base no Tratado de Extradição entre a República Italiana e a República Federativa do Brasil firmado em Roma em 17 de outubro de 1989, vem com a presente formalizar o pedido de extradição de *Cesare Battisti*, nascido em Cisterna di Latina (Itália) aos 18 de dezembro de 1954, atualmente detido em Brasília depois de ter sido preso para fins de extradição em 18 de março de 2007.
>
> O referido foi condenado na Itália à pena de prisão perpétua com isolamento diurno de seis meses, sendo objeto das sentenças de condenação proferidas pelos Tribunais ordinários e para as quais se requer a extradição.
>
> Com a sentença de 13 de dezembro de 1988 a Corte de Assise de Milão condenou Cesare Battisti por homicídio premeditado do agente penitenciário Antonio Santoro. A mesma Corte condenou Battisti por outros crimes, dentre os quais os homicídios de Pierluigi Torregiani, Lino Sabbadin e Andréa Campagna e – em aplicação do princípio de continuação estabelecido pelo artigo 81 do código penal italiano – aplicou-lhe a pena de prisão perpétua com isolamento diurno de seis meses.
>
> A sentença de 13 de dezembro de 1988 foi confirmada em segundo grau pelas sentenças proferidas pela Corte de Assise de Apelação de Milão em 16 de fevereiro de 1990 (tornou-se irrevogável em 8 de abril de 1991), e em 31 de março de 1993 (que também se tornou irrevogável em 10 de abril de 1993) – esta última proferida em decorrência de reenvio da Suprema Corte de Cassazione, e que inclui a confirmação da sentença de condenação da Corte de Assise de Milão em 13 de dezembro de 1988 que faz referência ao homicídio de Pierluigi Torregiani.
>
> A extradição de Cesare Battisti é requerida com referência aos seguintes crimes:
>
> * homicídio premeditado do agente penitenciário Antonio Santoro, fato que aconteceu em Udine em 6 de junho de 1977;
>
> * homicídio de Pierluigi Trregiane, ocorrido em Milão em 16 de fevereiro de 1979;
>
> * homicídio premeditado de Lino Sabbadin, ocorrido em Mestre em 16 de fevereiro de 1979;
>
> * homicídio premeditado do agente de Polícia, Andréa Campagna, ocorrido em Milão em 19 de abril de 1979.
>
> Esclarece-se e assegura-se que a pena de prisão perpétua, segundo quanto estabelecido pelos procedimentos judiciários italianos, não implica que os condenados a tal pena deverão permanecer detidos na prisão por toda a duração da vida.
>
> Inclusive, como analiticamente explicado uma nota aqui anexada, o sistema penitenciário italiano, atuando o art. 27 parágrafo 2 da Constituição (que dispõe que "as penas não podem consistir em tratamentos contraditórios ao senso de

humanidade e devem tender reeducação do condenado"), prevê numa série de benefícios aplicáveis para os condenados à prisão perpétua: o sistema concede permissões, semiliberdade, liberação condicionada, liberação antecipada, possibilidade de desenvolver atividades de trabalho fora do instituto da pena.

Para fins da extradição, esta Embaixada envia em anexo a seguinte documentação:

1. exposição dos fatos pelos quais se pede a extradição, inclusive de cada informação sobre a participação ao julgamento e sobre o exercício de defesa;

2. cópia conforme ao original da sentença de primeiro grau proferida pela Corte de Assise de Milão em 13 de dezembro de 1988, a qual condena Cesare Battisti por diferentes crimes entre os quais os quatro homicídios para os quais é requerida a extradição com uma relação da motivação da pena em relação a cada delito;

3. cópia conforme ao original das sentenças proferidas em 16 de dezembro de 1990 pela Corte de Assise de Apelação de Milão que confirma a condenação de Cesare Battisti pelos quatro homicídios;

4. cópia conforme ao original da sentença da Suprema Corte de Cassazione proferida em 8 de abril de 1991 que anula a sentença anterior limitadamente ao homicídio de Pierluigi Torregiani;

5. cópia conforme ao original da sentença proferida em 31 de março de 1993 pela Corte de Assise de Apelação de Milão que confirma a condenação de Cesare Battisti pelo homicídio de Pierluigi Torregiani;

6. texto dos artigos das leis italianas transgredidos, e daqueles relativos à prescrição dos crimes.

Os documentos relacionados encontram-se devidamente vertidos para o português.

O Governo da República Italiana assegura que, caso Cesare Battisti seja entregue para as Autoridades italianas, não lhe serão aplicadas sentenças de condenação para as quais a extradição não foi requerida, de acordo com a decisão adotada pelas Autoridades judiciárias brasileiras.

Em pleno acordo ao que dispõe o artigo 7 do Tratado Bilateral de extradição entre Itália e Brasil, esta Embaixada solicita, nos termos do artigo 18 do Tratado em questão, a apreensão e entrega dos objetos e valores relacionados aos crimes pelos quais é pedida a extradição e solicita, outrossim, a manutenção da prisão até efetiva entrega do extraditando.

A Embaixada da Itália agradece antecipadamente e vale-se do ensejo para renovar ao Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil os protestos da sua mais elevada estima e consideração.

(Fls. 3-5.)

O Ministro **Celso de Mello**, em 11 de maio de 2007, **(i)** delegou o ato de interrogatório à Justiça Federal no Distrito Federal (art. 211 do RISTF[2]), bem como **(ii)** determinou que se oficiasse ao Ministro de Estado da Justiça, para que prestasse informações acerca de eventual pedido de refúgio formulado pelo ora extraditando (art. 34 da Lei 9.474/1997) (fl. 1446).

---

[2] "Art. 211. É facultado ao Relator delegar o interrogatório do extraditando a juiz do local onde estiver preso.

Parágrafo único. Para o fim deste artigo, serão os autos remetidos ao juiz delegado, que os devolverá uma vez apresentada a defesa ou exaurido o prazo."

Tal ato processual, então designado para o dia 8-6-2007 e, em seguida, transferido para o dia 18-6-2007, e por razões fundadas em possível "injusto cerceamento do direito de defesa" (fl. 1479), não se realizou.

Assegurado, então, à defesa o direito a comunicar-se e a avistar-se, reservadamente, com Cesare Battisti (inciso III do art. 7º da Lei 8.906/1994), nova data foi designada, para a realização do interrogatório do extraditando (5-11-2007) (fl. 1491).

O Governo requerente solicitou a habilitação de advogado, para acompanhar a causa, o que foi deferido a fl. 1536.

Em 5 de junho de 2007, o Ministro **Celso de Mello** requisitou a instauração de inquérito policial, a fim de apurar-se eventual prática de abuso de autoridade, que teria como vítima o ora extraditando, nos termos da manifestação de fl. 1560. Determinou, ainda, Sua Excelência, a imediata transferência do extraditando, das dependências do Complexo Penitenciário do Distrito Federal, para a carceragem da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Distrito Federal.

Por meio do Aviso 1060-MJ, o Ministro de Estado da Justiça informou que Cesare Battisti não formulou pedido de refúgio (fl. 1631).

Em 29-11-2007, o Ministro **Celso de Mello**, por razões supervenientes de foro íntimo, deu-se por suspeito (fl. 1720).

A Ministra **Ellen Gracie**, então, determinou a livre redistribuição do feito:

> (...)
> Em 30-10-2007, veio a esta Presidência despacho do eminente Ministro Celso de Mello, de 29-10-2007, no qual Sua Excelência, alegando razões de foro íntimo supervenientes, declara sua suspeição, nos termos do art. 135, parágrafo único, do CPC c/c o art. 3º do CPP.
> Requisitem-se os autos da Ext 1.085 à autoridade judiciária delegada, que deverá enviá-los a esta Suprema Corte com a maior urgência possível. Após, promova a Secretaria a livre redistribuição do feito, fazendo-o concluso ao seu novo Relator. (Fl. 1723.)

Vieram-me os autos conclusos em 6-12-2007. Na mesma data, deleguei competência ao Juiz Federal do Distrito Federal, para proceder ao interrogatório de Cesare Battisti **(i)** e **(ii)** o intimar para apresentação da defesa escrita (arts. 210 e 211 do RISTF) (fl. 1785).

O extraditando, em 18-1-2008, devidamente assistido por seus advogados constituídos, ao ser interrogado perante a 12ª Vara Federal do Distrito Federal, em síntese, negou "(...) a autoria dos crimes em relação aos quais foi condenado na Itália, para atribuir-lhes a um grupo político ligado à extrema esquerda italiana"; e informou "(...) que na época dos fatos não mais participava do grupo político"; "(...) que não esteve presente a nenhum julgamento; que também não constituiu nenhum advogado" (fls. 1814-1817).

Alega a defesa, preliminarmente, *defeito de forma dos documentos apresentados* **(i)** e **(ii)** *perda de eficácia da prisão preventiva e demais medidas*

coercitivas, em face da inobservância à norma do art. 13, 4, do tratado. No mérito, aduz *impossibilidade de revelia em procedimentos do júri* (violação ao devido processo legal e à ampla defesa) **(i)** e, **(ii)** *natureza política do processo*. Requer, ao final, seja indeferido o pedido de extradição (fls. 1823-1936).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão do pedido extradicional (fls. 2318-2331).

O Estado requerente, por meio de advogado constituído, solicitou vista dos autos a fl. 2370, o que foi deferido a fl. 2376. Foram trazidas as razões às fls. 2379-2437.

Determinei, então, nova vista à defesa, que se manifestou às fls. 2540-2611, aduzindo novos pedidos: **(i)** seja oficiado ao Estado requerente, para fazer juntar cópia da sentença penal que condenou o extraditando pelo crime de associação subversiva e **(ii)** cópia integral das sentenças condenatórias que fundamentam este pedido extradicional.

À fl. 2679 requereu a defesa, ainda, fosse oficiado ao Estado requerente, para apresentar os documentos originais referentes *aos mandatos supostamente outorgados pelo defendente aos advogados Pelazza e Fuga a fim de que sejam aqui periciados*.

Em seguida, os autos foram à Procuradoria-Geral da República, cujo parecer está às fls. 2792-2794.

O extraditando, segundo documento de fl. 2797, solicitou o reconhecimento da condição de refugiado perante o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), razão pela qual, nos termos do art. 34 da Lei 9.474/1997, determinei a suspensão do trâmite deste pedido extradicional (fl. 2800).

Desativada a custódia da Superintendência Regional do DPF/DF, determinei a transferência do extraditando para o Complexo Penitenciário da Papuda em Brasília (fl. 2805).

Em 18-12-2008, veio aos autos ofício do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) que comunicava a esta Corte que "indeferiu o pedido de refúgio formulado pelo cidadão italiano *Cesare Battisti*" (fl. 2929).

Interposto recurso, o Ministro de Estado da Justiça deu-lhe provimento, "para reconhecer a condição de Refugiado a Cesare Battisti, nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/1997" (fl. 2963).

A defesa, então, juntou petição, às fls. 2932-2935, na qual pleiteou, com fundamento no art. 33 da Lei 9.474/1997, fosse revogada a prisão preventiva do extraditando e julgado prejudicado pedido de extradição.

O Ministro Presidente, no recesso forense, determinou remessa dos autos ao Procurador-Geral da República para que se manifestasse acerca do pedido (fls. 2968-2970). Os autos retornaram com parecer pela "extinção do processo sem julgamento de mérito" ou, alternativamente, "se a Corte deliberar que deve julgar o mérito, opino no sentido da procedência do pedido de extradição" (fls. 2973-2978).

A defesa, diante do despacho do Ministro Presidente, interpôs **agravo regimental** (fls. 3006-3027).

A República Italiana formulou pedido de vista dos autos às fls. 3030-3031.

A defesa formulou novo pedido de revogação da prisão preventiva do extraditando às fls. 3038-3040.

Às fls. 3043-3044 proferi despacho no qual requisitei fosse remetida a esta Corte cópia integral da decisão do Conare e determinei a intimação do Estado requerente para que se manifestasse acerca dos pedidos formulados pelo extraditando e, querendo, oferecesse contraminuta ao agravo regimental.

Veio, à fl. 3061, ofício do Ministro de Estado da Justiça, acompanhado de cópia integral da decisão proferida pelo Conare a respeito do pedido de refúgio do extraditando (fls. 3062-3077).

Manifestou-se o Estado requerente, em resposta ao despacho de fls. 3043-3044, pelo deferimento do pedido de extradição (fls. 3081-3101).

Em 10-2-2008, determinei vista ao Procurador-Geral da República, para que se manifestasse sobre o agravo regimental de fls. 3006-3027. O respectivo parecer está às fls. 3194-3197, pelo desprovimento.

Nova petição do extraditando veio aos autos às fls. 3200-3252, instruída com os documentos constantes dos apensos 5 e 6, pleiteando o reconhecimento da prescrição dos delitos que fundamentam o pedido extraditório.

Sobre tal pedido, o Estado requerente manifestou-se às fls. 3258-3278, trazendo parecer da lavrada de Carlos Mário da Silva Velloso, e o Ministério Público Federal, pelo indeferimento, opinou às fls. 3335-3337.

Em 15-4-2009, deferi novo pedido de vista formulado pelo extraditando. Os autos subiram conclusos em 29-4-2009.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. O pedido de extradição passiva, de caráter executório, formulado pela República Italiana com fundamento em tratado firmado com a República Federativa do Brasil e, devidamente instruído com os documentos mencionados no art. 80 do Estatuto do Estrangeiro, está em harmonia com a ordem jurídica brasileira (fls. 3-1438).

O Estado requerente possui competência jurisdicional para processar e julgar o extraditando, que é nacional italiano, natural de Roma, e na Itália ter-se-iam consumados os ilícitos. O caso trata de aplicação de princípios de direito penal internacional, tais como o da territorialidade da lei penal e o da nacionalidade ativa.

Tendo-se em vista que o pedido de extradição compõe-se de quatro objetos distintos, vieram aos autos **(i)** cópia da Sentença do Tribunal Penal de Apelação

de Roma, de 17 de junho de 1988 (fls.); **(ii)** cópia da Sentença do Tribunal de Menores de Roma, de 7 de novembro de 1990 (fls.); **(iii)** cópia da Sentença do Tribunal Penal de Apelação de Roma, de 21 de janeiro de 1991 (fls.); e cópia da Sentença do Tribunal Penal de Roma, de 7 de outubro de 1991 (fls.) **(iv)**.

I – Preliminares

2. Examino, desde logo, relevante questão preliminar ao pedido de extradição, perante a concessão do *status* de refugiado ao ora extraditando, pelo Senhor Ministro da Justiça, em data de 13-1-2009.

A apresentação do pedido de refúgio foi comunicada a esta Corte em 27-6-2008, pelo Ofício 312 (fl. 2797). O pedido foi indeferido pelo Conare. Dessa decisão, o extraditando interpôs recurso ao Senhor Ministro da Justiça, que, no provimento, lhe reconheceu a condição de refugiado (fls. 2937-2948).

Nos termos do art. 33 da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, que prevê mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados, de 1951, "o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio".

Assim, não obstante haja este Plenário declarado, em princípio e *incidenter tantum*, a constitucionalidade dessa norma, no julgamento de questão de ordem na **Ext 1.008**,[3] mas independentemente da estima de acerto ou desacerto de tal decisão, ficam por dilucidar as hipóteses, ou, antes, as condições em que a outorga de refúgio prejudica o processo de extradição.

Conquanto reconhecido e até sublinhado, na ocasião daquele julgamento, o caráter político-administrativo da decisão concessiva de refúgio, não me parece, revendo agora os termos e o alcance da lei à luz sistêmica da ordem jurídica, que tal asserto deva entendido ou tomado em acepção demasiado estrita, nem tampouco que o fato de o poder ou dever de outorga ser atribuição reservada à competência própria da União, por representar o País nas relações internacionais, lhe subtraia, de modo absoluto, os respectivos atos jurídico-administrativos ao ordinário controle jurisdicional de legalidade (*judicial review*). Esta é, aliás, a única interpretação concebível capaz de sustentar a admissibilidade de juízo de constitucionalidade, em especial daquela norma específica, sob o prisma da regra da separação de poderes. Ademais, a presunção de inteireza da Lei 9.474/1997 não dá, ao propósito, margem a outras considerações que não a do pressuposto da necessidade de rigorosa obediência aos requisitos positivos e negativos que ela mesma estatui. A União não age aqui, nem alhures, *a legibus soluta*.

Não há, pois, como nem por onde, na interpretação unitária e constitucional do regime normativo do instituto do refúgio, estabelecer, de maneira oracular ou dogmática, que, independentemente de reverência à ordem jurídica, toda decisão emanada do Poder Executivo produza, em qualquer caso, o efeito ou efeitos típicos a que tenda. E não o há, desde logo porque, nos limites deste caso, como nítida questão prévia que se suscita, tem a *legalidade do ato administrativo* de ser

[3] Acórdão publicado em 17 de agosto de 2007.

conhecida e decidida pela Corte como tema preliminar, suposto profundamente vinculado ao mérito mesmo do pedido de extradição, que não pode deixar de ser julgado, se se dê por invalidez e ineficácia da concessão de refúgio. Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui **ato vinculado** aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico.

Em suma, a decisão do Senhor Ministro da Justiça não escapa ao controle jurisdicional[4] sobre eventual observância dos requisitos de legalidade, sobretudo à aferição de correspondência entre sua motivação necessária declarada e as *fattispecie* normativas pertinentes, que é terreno em que ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos, até para averiguar se não terá sido usurpada, na matéria de extradição, competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

É que pode bem suceder que, debaixo do pretexto de expedir ato compreendido nas suas atribuições legais, a autoridade administrativa haja invadido terreno da competência que a Constituição da República reserva ao Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar, em todos os seus aspectos, positivos e negativos, com as correlatas alternativas decisórias, fatos cuja pressuposta existência constitui **causa de extradição**, e não, hipótese simultânea de concessão de refúgio. Dito de modo menos congestionado, não é lícito excluir *a priori* que, supondo ter-se restringido a apreciar fatos distintos, estes, sim, objeto do suporte fático das hipóteses normativas taxativas de concessão de refúgio, tenha a autoridade enveredado pelo campo da *cognitio* própria dos processos de extradição, avaliando sob outros critérios, designadamente políticos, fatos submetidos na sua inteireza, pela Constituição Federal, ao escrutínio absoluto desta Corte. É como se o pedido de extradição, em tal caso, passasse, à revelia da ordem jurídica, por julgamentos sucessivos, sob óticas diversas, da Suprema Corte e do Ministério da Justiça.

Ao propósito, é fundamental advertir que, à luz da competência estatuída na Constituição da República, o confronto entre os arts. 1º e 33 da Lei 9.474/1997, que, respectivamente, tipifica as hipóteses de reconhecimento da condição de refugiado e lhe prevê a declaração formal como **causa externa** impeditiva de extradição – matéria, aliás, que em nada se entende com a questão de inconstitucionalidade suscitada na **Ext 1.008** – revela e impõe ao intérprete uma distinção decisiva para solução do caso.

Em nosso sistema normativo-constitucional, tem-se, de um lado, a regulamentação de toda a matéria de refúgio, com suas hipóteses fechadas (*numerus*

---

[4] O art. 31 da Lei 9.474/1997 dispõe que a decisão do Ministro de Estado da Justiça não é passível de recurso. Mas, nem precisaria dizê-lo, tal regra concerne apenas a recurso na esfera administrativa, até porque, doutro modo, insultaria a garantia constitucional da inafastabilidade ou universalidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV).

clausus), as quais, em caso de reconhecimento da condição de refugiado, atuam como autênticas **causas extrínsecas** obstativas de extradição, na medida em que provêm de juízo autorizado e vinculado da autoridade administrativa e, como tais, são externas ao âmbito do processo de extradição (*a*). E, de outro, o ordenamento discerne a previsão e a disciplina de **causas intrínsecas** de não extradição, as quais, como é mais que óbvio, constituem tema ou objeto necessário da *cognitio* compreendida na competência jurisdicional desta Corte no processo de extradição (*b*).

As segundas (*b*), enquanto são causas excludentes interiores ao regime legal do instituto e do processo da extradição, entre as quais se incluem as chamadas causas convencionais de recusa, assim denominadas porque objeto de acordo nos tratados internacionais, substanciam temática própria do mérito de processo cometido à competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que deve este, no julgamento daquele, examiná-las todas, até de ofício, para averiguar se ocorrem, ou não, em cada caso, pois o reconhecimento de qualquer delas conduz ao indeferimento inevitável do pedido. Operam, portanto, *ab intra*, do ponto de vista do processo judicial, e para nenhum fim são suscetíveis de consideração por parte da autoridade administrativa, que sobre elas não detêm competência alguma. Eventual invocação de fato ou fatos abrangidos pela definição de uma dessas causas, ainda quando disfarçada sob as vestes de aparente relação lógica com o temário da regulamentação legal do instituto do refúgio, caracteriza ostensiva usurpação da competência constitucional desta Corte.

Já as primeiras (*a*), as causas extrínsecas, devolvidas ao juízo vinculado da autoridade administrativa, nas suas instâncias competentes, essas, quando declaradas como fundamento legal típico da outorga do refúgio, suposto inibam indiretamente concessão de extradição como razão jurídica *ab extra*, podem representar, dentro do processo de extradição, em rigorosos termos técnicos, **questão preliminar** ao pedido, na precisa acepção de questão prévia que, antecedendo, no plano lógico-jurídico, à questão de mérito, há de ser decidida antes, porque sua solução é, dependendo do teor assumido, capaz de opor ou de remover obstáculo à continuidade do processo e, pois, ao conhecimento do mérito.[5]

Isso, que se prende à existência e à configuração de nexo lógico-jurídico de precedência entre questões em qualquer demanda judicial, é de fácil percepção no caso. Basta lembrar que, se o reconhecimento oportuno e legítimo da condição de refugiado pela autoridade administrativa opera, no sentido já proposto,

---

[5] Veja-se a clássica distinção entre questão *prejudicial* e questão *preliminar*, estabelecida por José Carlos Barbosa Moreira, na conhecida tese que lhes situa o critério discretivo na influência que a solução de cada qual exerce sobre a sorte das questões subsequentes, pois a da *prejudicial* predetermina o teor da decisão de outras, enquanto a da *preliminar* apenas opõe ou remove impedimento à solução de outras, sem influir, no segundo caso, sobre o sentido em que estas outras serão resolvidas (cf. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. RJ, 1967, p. 28-30, n. 18-19). É o que se passa no caso, onde, por força do disposto no art. 33 da Lei 9.474/1997, a concessão de refúgio leva à extinção do processo de extradição, sem julgamento de mérito, porque, diz a norma, *obstará o seguimento do pedido*. Mas isso não exclui que outra causa externa possa configurar, no processo de extradição, verdadeira questão *prejudicial*, no sentido de que sua solução predetermine o conteúdo da decisão sobre o pedido.

como causa exterior de indeferimento ou, *rectius*, de preexclusão de conhecimento do pedido de extradição, então não pode deixar de ser previamente conhecida e decidida, quando suscitada no processo jurisdicional da competência desta Corte, a questão mesma de sua estrita *legalidade*, pela razão vistosa de que só ato administrativo *legal* de concessão de refúgio pode produzir esse efeito jurídico específico de impedir deferimento da extradição! Reconhecimento *ilegal* da condição de refugiado, porque se não ateve nem atenha, por exemplo, a nenhuma das peremptórias hipóteses normativas explícitas e vinculantes, fora das quais aparece como juridicamente inconcebível o refúgio, é *inválido* e *ineficaz*, de modo que se não opõe como causa obstativa indireta de extradição, tanto quanto se lhe não pode opor qualquer outro fator mareado de ilegalidade.

Daí vem que, pressuposta a distinção entre as causas externas e internas, deve esta Corte apreciar, previamente ao mérito do pedido, a **questão preliminar** que tenha sido levantada, ou não, porque é cognoscível de ofício, sobre a legalidade do ato administrativo vinculado que outorgou o benefício do refúgio, sob fundamento de tê-lo outorgado *contra legem*, em não se tendo fundado em nenhuma de suas hipóteses legais (*fattispecie* abstratas), a que se não ajustariam os fatos considerados pela decisão administrativa.

E deve-o, não apenas porque é dever jurídico que lhe advém, no exercício do controle jurisdicional, da relação ou nexo jurídico das questões, mas também porque os fundamentos empíricos da concessão de refúgio, que são causas excludentes extrínsecas, não se confundem, no plano da lei, com os fundamentos históricos ou factuais que tipificam causas intrínsecas impeditivas da extradição.

E, na espécie, essa tarefa jurisdicional prévia consiste sobretudo em verificar se o refúgio foi deferido com apoio em fatos diversos, que como tais compõem as hipóteses normativas das causas impeditivas extrínsecas, ou, antes, se o foi com base em indevida requalificação jurídica dos mesmos fatos discutidos, a título de causas intrínsecas, no processo de extradição.

Uma das vertentes mais expressivas dessa necessidade jurídica, no caso, está em investigar e decidir se o refúgio foi, ou não, concedido sob motivação, aberta ou disfarçada, de que os mesmos fatos, tidos no processo de extradição como crimes **comuns** por que foi o extraditando formalmente condenado, não seriam crimes comuns, mas **políticos**! Dizer, a autoridade administrativa, com estas ou outras palavras, para, como **motivação necessária** *ex vi legis*, justificar o ato concessivo de refúgio, que seriam políticos, e não, comuns, tais delitos, significaria evidentíssima e censurável invasão da competência constitucional da Suprema Corte.

O caso, em síntese, não é, pois, de investigar o acerto ou desacerto político da decisão administrativa – a que, aliás, em não sendo ato chamado de *discricionário*, mas *vinculado*, soaria estranha toda ponderação de conveniência ou oportunidade, até de índole da mais elevada política –, senão apenas da necessidade intransponível de submetê-la a ordinário mas relevante controle jurisdicional de legalidade, que, na simplicidade última das coisas, se reduz a indagar, a título de **questão preliminar**, se é, ou não, *legal* o ato que deu provimento ao recurso

interposto contra a decisão do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), para conceder a condição de refugiado ao extraditando Cesare Battisti.

É truísmo jurídico que a atividade administrativa consiste no desempenho de função consolidada no dever de realizar finalidade pública já prevista e predefinida na lei. Sempre que o comportamento da autoridade ou do agente público como tal se não ajuste à providência suposta pela lei para tutela de interesse público específico, é o ato viciado e comprometido do ponto de vista jurídico, sem que tal contrariedade reflita, necessariamente, busca de objetivos ilícitos ou intuitos particulares de favoritismo ou perseguição. Aniquila-o a só desconformidade com a lei:

> *El ejercicio de las potestades regladas reduce la Administración a la constatación (accertamento, en el expresivo concepto italiano)* ***del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente****. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación del* ***supuesto mismo*** *para contrastarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de* ***dicho supuesto*** *y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. Opera aquí la Administración de una manera que podría llamarse automática – si no fuera porque el proceso aplicativo de la Ley, por agotadoras que sean las previsiones de ésta, rara vez permite utilizar con propiedad ese concepto, ante la necesidad de procesos interpretativos que incluyen necesariamente valoraciones, si bien éstas no sean desde luego apreciaciones subjetivas (piénsese, por ejemplo, en todo el proceso aplicativo de las normas fiscales, no obstante ser la potestad liquidatoria típicamente reglada, como antes notamos).*[6]

E aniquila-o sempre a mera desconformidade com a lei, que lhe impõe severa observância da situação de fato condicionante da prática do ato com sua eficácia típica, porque, se há algo "que a lei não se esquece mais de indicar", são "as condições de facto em que a Administração deve agir".[7] Tal advertência é sobremaneira decisiva no plano de controle da legalidade dos atos administrativos ditos *vinculados*, em relação aos quais, diversamente dos discricionários, a lei disciplina

> a conduta do agente público estabelecendo de antemão e **em termos estritamente objetivos**, **aferíveis objetivamente, quais as situações de fato** que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, **qual o comportamento único** que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. Neste caso, diz-se que existe vinculação, porque foi pré-traçada pela regra de Direito a situação de fato, e o foi em **termos de incontendível objetividade**.[8]

---

[6] ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed., t. I, Madrid: Civitas, 1996. p. 442-443. Grifos nossos.

[7] QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: *Estudos de direito público*. Coimbra: por ordem da Universidade, 1989, v. I/103.

[8] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.16, n. 9. Grifos do original.

E a averiguação dessa integral correspondência, necessária como condição de validez do ato administrativo vinculado, entre a hipótese legal enunciada em termos de tipicidade e a realidade histórica, é, e sempre foi, passível de controle jurisdicional sobre ambos os termos, o da interpretação da norma e o da verificação da ocorrência do fato nela previsto, porque não incide sobre o chamado mérito do ato, senão apenas sobre sua legalidade, apurável diante dos motivos declarados pela autoridade ou agente administrativo.

> Os motivos do ato administrativo não são apenas condições de oportunidade ou conveniência. O entendimento de que toda matéria de fato é estranha ao exame da legalidade já perdeu, há muito, foros de atualidade. Ao Poder Judiciário ou à jurisdição administrativa é lícito examinar os fatos como meio de diagnóstico dos requisitos legais do ato administrativo. É mister não confundir a ponderação dos motivos – que é sintoma típico da discricionariedade administrativa – com a sua existência material ou a sua correlação com a lei – que são aspectos de estrita legalidade.
>
> **A distinção desmerece de importância quando se cogita de ato vinculado, ou seja, quando a lei atribui, previamente, a decorrência jurídica de determinadas situações. Na hipótese, a simples existência do motivo condiciona, desde logo, a obrigação de agir segundo a maneira legalmente especificada**.
>
> (...)
>
> **Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.**[9]

A Primeira Turma desta Corte, no julgamento do **RE 82.355** (Rel. Min. **Rodrigues Alckmin**),[10] assentou com precisão e de maneira definitiva, nos exatos termos do voto do Relator, esta tese, hoje indiscutível nos domínios da doutrina e da jurisprudência: "A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente".

Firmou-se, naquela assentada, que o papel do Judiciário está em verificar se a decisão administrativa observou, no dever de aplicação das normas aos fatos considerados, todos os elementos configuradores da situação hipotética prevista pela lei e cuja realização histórica é necessária e capaz de autorizar ou impor a prática lícita do ato *vinculado*. Ou seja, preservando o texto e a terminologia de que, em certo passo, se valeu o acórdão para traduzir que o juízo da adequação lógico-jurídica entre a norma e o fato é inerente ao exame da legalidade do ato administrativo: "o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinarem", entendendo-se esta última afirmação, como se há logo de ver, no rigoroso sentido de controle da correspondência entre os fatos tidos por existentes ou provados (*fattispecie* concreta) e os ingredientes factuais da norma que se lhes aplicou (*fattispecie* abstrata). Noutras palavras, é mister apurar

---

[9] TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 60. Grifos nossos.

[10] Rev*ista Trimestral de Jurisprudência* 81/160.

se se deu o fenômeno jurídico da **incidência** da norma invocada sobre o evento ou eventos históricos que a autoridade ou o agente administrativo reputou verdadeiros à luz da prova, caso em que o ato seria legal, ou, antes, se era imprópria a norma, porque inaplicável à hipótese, ou inverossímeis os fatos, quando nada lhes atestava a ocorrência, casos em que se caracteriza ilegalidade típica, que o Judiciário tem de proclamar com todas as consequências. Vejamos os termos substanciais do acórdão:

> Alega-se que o Poder Judiciário não podia examinar o **mérito** do ato administrativo, sem ofensa ao princípio de separação de Poderes e sem dissenso de arestos que assim o entendem. Mas, quanto à alínea *d*, em nada obedece, o recurso, ao disposto no art. 305 do Regimento Interno. Não se aponta a identidade ou a semelhança de caso confrontado. Dois dos arestos invocados nada dizem, mesmo, com a espécie (RE 76.198 – em que se afirma sujeita, a Polícia Militar, a regime jurídico peculiar – e RE 75.089 – em que a decisão recorrida aplicou lei revogada). Limitam-se os demais à afirmativa de que o controle dos atos administrativos, pelo Judiciário, se restringe ao aspecto da legalidade.
>
> Ora, em não se tratando de ato administrativo discricionário, mas vinculado (a expulsão pressupõe a existência de fato que a legitime), examinar se ocorreu o pressuposto de fato que autoriza a prática do ato é examinar a **legalidade** dele, não, examinar a conveniência ou oportunidade com que praticado.
>
> Nos ERE 75.421 foi acolhido entendimento que assim manifestei, ao julgar o recurso extraordinário:
>
> > "(...) pretende a recorrente opor que ao Poder Judiciário é vedado examinar o **mérito** do ato administrativo.
> >
> > Creio que há equívoco terminológico, merecedor de esclarecimento prévio.
> >
> > Por força, possivelmente, de conceitos de Direito Processual, ao conceito de **mérito** do ato administrativo se tenta estender o de *meritum causae*, relativo à apreciação da lide por meio de sentença definitiva. E a extensão é inexata.
> >
> > Na verdade, o mérito do ato administrativo diz com elementos discricionários do ato (por oposição a atos vinculados), referentes à conveniência e à oportunidade. Daí, apesar das restrições de José Cretella Júnior (O mérito do ato administrativo, *RDA* 79/23) a procedência da afirmativa de que o ato vinculado é ato submetido a critérios de legalidade e neles não há **mérito** excluído da apreciação do Judiciário. Para não alongar-me demasiadamente, invoco o douto comentário de Victor Nunes Leal, na *RDA*, 111/81: '**A legalidade** do ato administrativo compreende não só a competência para prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como **vinculadores** do ato administrativo). **Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente**.
> >
> > É de Seabra Fagundes o seguinte ensinamento, que já tivemos oportunidade de citar em outro trabalho e que foi ministrado precisamente sobre

o tema que ora nos ocupa: (...) 'uma vez conhecido o ato administrativo de exoneração e sobre ele provocado o pronunciamento dos tribunais, entram estes no exame do inquérito, fundamento do ato, tanto para constatar se se fez como manda a lei, como para aferir a conformidade do ato com o que se apurou o processo. A primeira questão é manifestamente de **legalidade**, a segunda, entretanto, poderá parecer de **mérito**. Mas não o é, o Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário. Não indaga se o motivo é razoável, ou não, mas se a lei o especifica. Não inquire se o ato foi vantajoso aos interesses do serviço público, mas se o processo que lhe serviu de esteio apurou causa legal capaz de autorizar a demissão.'

Votando vencido em um dos casos dessa espécie, julgado em 1938, o Ministro Laudo de Camargo deixou bem claro que a apuração dos motivos faz parte do exame da legalidade: 'A lei, quando exige a feitura prévia de um processo administrativo para autorizar a demissão, por certo exigiu igualmente que as provas deles resultantes fossem contra o funcionário (...). Na apreciação, o que se deve ter em vista é a **legalidade** ou **não** do ato incriminado. Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresentar e **pelos motivos que o determinarem**.

Francisco Campos, em conhecido parecer, citando Jéze e Ranelletti, ensina que é imprescindível à validade (quer dizer, legalidade) do ato administrativo a adequação do motivo real ocorrido com o motivo que a lei exige para a prática do ato.

Não tem, como se vê, fundamento sólido a afirmação de que do exame de legalidade está excluída a apreciação de fatos e provas.'

A conclusão de Cretella Júnior é a mesma: 'Ao Poder Judiciário é facultado o exame do **mérito do processo** administrativo, investigando se houve o fato, fiscalizando as provas através de reexame, indo aos motivos, observando se houve aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento. Tudo isso é exame da legalidade, porque o **mérito do ato administrativo** continua a ser campo privativo da Administração, impenetrável ao Judiciário.' (*RDA* 79-37).

Ou, como disse, em voto, o eminente Ministro Orozimbo Nonato: 'O poder administrativo não exerce função judicante e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em *ultima ratio*, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência seria atribuída ao Judiciário.

Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário – este ponto é pacífico e tranquilo, não oferece qualquer contestação e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastreá-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta.' (*RDA* 111/81).

Eu diria, apenas, que, no caso, verificar se houve, ou não, o fato que constitui pressuposto da punição não é verificar se esta foi justa ou injusta: é verificar se foi, ou não, legal, porque a lei exige a existência do fato para a aplicação de sanção.

Tenho, assim, como de absoluta legitimidade o exame, pelo Poder Judiciário, da prova dos fatos imputados ao funcionário, com a conclusão de que a punição disciplinar, em face dessa prova, é legal, ou não. O exame

> da legalidade não se confunde com a apreciação das meras formalidades do processo administrativo. E, no ato demissório, não há **mérito** excluído de apreciação judicial."
>
> Diante do exposto, não provada a divergência e inexistente ofensa constitucional, não conheço deste recurso.[11]

Uma década após, o Plenário da Corte reafirmou, por unanimidade, o princípio, já agora em termos *a fortiori* ainda mais convincentes e de todo curiais a este caso, porque se tratava de examinar a legalidade de certo ato administrativo de expulsão, este, sim, sem dúvida *discricionário*, mas cassado pelo Supremo, porque oriundo de procedimento administrativo ilegal e inválido. Extraio do voto do Relator, Ministro **Djaci Falcão**, que concedeu a ordem:

> Como é sabido, em nosso ordenamento jurídico o controle jurisdicional não pode alcançar a conveniência e oportunidade do ato de expulsão, por se tratar de juízo reservado, exclusivamente, ao Presidente da República. O ato de expulsão é discricionário, não cabendo ao judiciário revê-lo no que tange ao juízo de valor quanto à sua conveniência e oportunidade (art. 66, da Lei 6.815/80).
>
> Contudo, o controle judicial da expulsão abrange os aspectos de constitucionalidade e legalidade do ato. Assim, o poder discricionário "conferido ao Poder Executivo para a prática do ato administrativo da expulsão subordina-se às limitações traçadas na lei específica, no que toca à competência, à forma e à finalidade", conforme tive oportunidade de realçar na qualidade de relator do *habeas corpus*.[12]

Por excesso de escrúpulo, recordo que o sistema de controle dos atos administrativos adotado pela legislação pátria, denominado sistema de jurisdição comum ou única, em oposição à legislação francesa, cujo regime é o da jurisdição especial ou dúplice, se afeiçoa sob medida ao princípio da separação dos poderes. Notava-o **Seabra Fagundes**:

> Parece-nos melhor este sistema. Alega-se, com razão, que, confiada a função jurisdicional exclusivamente ao Poder Judiciário, ainda quando se haja de exercer a propósito de ato do Poder Administrativo, atende-se melhor ao princípio da separação dos poderes e especialização de funções, porque àquele se deixa exercer a sua atividade sempre e até quando se trate da sua função peculiar, isto é, procura-se concentrar num órgão único a jurisdição, dado principalmente o seu feitio de função essencialmente jurídica, em contraste com as demais, em que prevalece o caráter político. Tal sistema, além disso, dá margem a um regime de melhor equilíbrio entre os poderes, estabelecendo a reciprocidade de controle.
>
> (...)
>
> Praticamente, a grande vantagem da apreciação jurisdicional desses atos decorre das garantias que a evolução do direito político tornou inseparáveis do Poder Judiciário, dando-lhe condições de independência assecuratórias de imparcialidade no exercício das suas atribuições.[13]

---

[11] J. 31 de agosto de 1976, *DJ* 10-11-1976. In: *RTJ* 81/160. Grifos do original.

[12] HC 61.738, *DJ* de 15-6-1984. Grifos do original.

[13] O *controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156.

Entro, pois, a analisar a legalidade do ato, primeiro do ângulo dos seus requisitos legais positivos.

3. Prescreve a Lei 9.474/1997, no art. 1º:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A condição de refúgio foi, expressamente, reconhecida, no caso, pela autoridade administrativa, com base nos termos do inciso I. Daí que, ancorando toda sua suposta legalidade nessa específica hipótese normativa (*fattispecie* abstrata), é preciso, no exercício da atividade de controle dos seus aspectos jurídico-formais à luz dos requisitos de estrita legalidade, verificar se a decisão atendeu, segundo a motivação declarada, ao conjunto dos elementos de fato previstos na norma em que se apoiou (*fattispecie* concreta). Em palavras mais simples, cumpre ver se, para justificar a concessão de refúgio ao extraditando, deveras constam fatos invocados e provados, capazes de corresponder à hipótese de "**fundados temores de perseguição** *por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou* **opiniões políticas**".

E, mais, atendo-se ao âmbito objetivo dessa previsão legal, é preciso investigar se há receio, não apenas *fundado*, enquanto deva encontrar suporte em fatos provados, com idoneidade para gerar temores racionais, mas também se tal receio seria *atual*, no sentido de que, como possibilidade de continuar no futuro, subsista, ainda agora, como séria ameaça à dignidade do extraditando, a eventual situação de risco de perseguição, e, com tal força que lhe impossibilite o legítimo exercício dos seus direitos de pessoa e de cidadão perante o Estado requerente.

E não é tudo, pois insta sobretudo por a limpo se o pretenso temor, ainda quando fundado e atual que seja, não estaria relacionado menos com risco exclusivo de perseguição política, enquanto ingrediente necessário da hipótese dessa especial *causa extrínseca* obstativa de extradição, do que com procedimentos judiciais em que, por razões políticas, o Estado requerente não consegue proteger os direitos básicos de um julgamento imparcial e justo. Confiram-se, a respeito, as exigências formuladas no plano internacional, em particular na doutrina e nos tribunais europeus:

> *A well-founded fear*
> *This has an objective and a subjective limb. The subjective element of fear is self-evident* ***but the objective element is seen as requiring convincing objective evidence not just of the past rational existence of such a fear but its continuation and the likelihood of its continuing in the future****. Further, the fear must be the*

result of membership of one or more of the designated group. It is not sufficient to be persecuted when that appears to be the norm in the home country as would occur in a civil war or a state of political unrest. The case of Ward v The Secretary of State for the Home Department (1997) Imm A.R. 236, demonstrates that forcibly. Here Ward had claimed in an unsuccessful appeal for asylum that she had been tortured by the Peruvian police on suspicion of being a member of the Shining Path terrorist group. The grounds for refusal are intriguing:

The Secretary of State considered that the problems you have faced, even if true, amounted to nothing more than the sort of random difficulties faced by many thousands of people in Peru.

This scarcely tallies with the rights of persecutors where in a very real sense the random nature of their carrying out of a policy of victimisation assists their protestations of innocence or at least immunity (see the Pinochet case, described above).

Further, the fear must be of current or future persecution. *The test here is of reasonable likelihood rather than the more demanding one of balance of probabilities as far as English law is concerned (Kanakakaran and Kaja). This standard of proof has been approved by the European Court of Human Rights. If there has been a change of regime favourable to the Applicant then asylum will almost certainly be refused. The decision of the House of Lords in Adan v Secretary of State for the Home Department (The Times, April 6, 1998) is a good illustration. Here the applicant had fled from Somalia in June 1988, at which time his fear of persecution was well-founded. He arrived in UK in October 1990 when he was refused asylum but granted exceptional leave to stay. He wished to have his status as an asylum seeker confirmed, since this would grant him certain rights and privileges to which he was not entitled given his existing status. He was granted asylum but the Home Secretary appealed successfully to the House of Lords on the grounds that in the interim, the Somali Government had been overthrown and replaced by one to which Mr Adan was sympathetic. Again, like many an appeal court before, the Lords administered a pointed by-blow to the effect that the Convention was in their view not worded in such a way as to admit those fleeing from a civil war to take advantage of its protection.*

The febrile atmosphere of the cold war at least established the USSR and it satellites as the prima facie enemy. On this logic, anyone fleeing such a regime was usually accepted as a victim and a legitimate asylum seeker, even when international law required the reception country to return asylum seekers. The highwatermark of this policy was the English case of R v Governor of Brixton Prison Ex p. Kolczynski (1955) 1 Q.B. 450. Here the crew of a Polish trawler mutinied and sought asylum in an English port. Treaty obligations and the International Law of the Sea required the UK authorities to return the crew to Poland. Lord Goddard, in the Court of Appeal, rejected these arguments and fell back on the Common Law. In essence he said that opposition to a One Party State would practically indemnify those who rebelled against it, no matter what action was taken, even in breach of a treaty. Such a blanket indulgence no longer applies, and the English courts take a far more stringent view of what constitutes "well-founded" fear.

Persecution

The next limb is: what constitutes persecution? Can prosecution ever be so harsh as to constitute persecution? ***It appears so, especially if the prosecution is based on political reasons and a fair trial would be unlikely****. The original ruling by Nolan J. in R v IAT Ex p. Jonah 1985 Imm A.R. 7, still carries weight. He adopted the ordinary dictionary definition: "to pursue with malignancy or injurious action,*

especially to oppress for holding a heretical opinion or belief." This looks more helpful than it is in reality since it does not provide an answer to whether discrimination can amount to persecution. English courts have generally seen discrimination which goes to the very heart of an appellant's life in the country he is fleeing from as constituting persecution such as a right to earn one's living or to practise a religion. The EU has attempted to formulate persecution in Draft Guidelines for the Application for the Criteria for Determining Refugee Status (November 1994).

In order to constitute "persecution" within the meaning of Art 1A acts must… constitute by their nature and/or repetition an attack on some seriousness which would render normal life in the country of origin impossible ("normality" of life must be assessed having regard to the prevailing conditions in the country).

Fundado temor

É composto por uma parte objetiva e uma subjetiva. O elemento subjetivo do temor é autoevidente, **mas o elemento objetivo exige convincentes provas objetivas não apenas da existência racional anterior de tal medo, mas sua continuidade e a probabilidade da sua continuação no futuro**. Além disso, o medo deve ser o resultado da adesão a um ou mais dos grupos que são alvo de perseguição. Não é suficiente que exista perseguição quando esta pareça ser a regra no país de origem, como normalmente ocorre em casos de guerra civil ou de instabilidade política. O caso *Ward v. The Secretary of State for the Home Department* (1997), Imm AR 236, demonstra esse fenômeno. Nesse caso, Ward alegou, em um recurso de asilo que não foi provido, que ela havia sido torturada pela polícia peruana por suspeita de ser membro do grupo terrorista Sendero Luminoso. Os fundamentos da recusa são intrigantes:

> "O Secretário de Estado considerou que os problemas que enfrentou, mesmo se verdadeiros, foram equivalentes à mesma sorte de dificuldades enfrentadas por milhares de pessoas no Peru."

Essa interpretação corresponde às reivindicações dos perseguidores, em que se verifica que a natureza aleatória da execução de uma política generalizada de vitimização serve como suporte a protestos por inocência, ou, pelo menos, imunidade (ver o caso Pinochet, descrito acima).

Além disso, o temor deve estar relacionado a perseguições atuais ou futuras. O teste aqui, ao menos no que se refere ao Direito Inglês (Kanakakaran e Kaja), é de razoável probabilidade, em vez daquele, mais exigente, de equilíbrio de probabilidades. Este tipo de prova foi aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. **Se houver uma mudança de regime favorável ao requerente, o asilo será, muito provavelmente, indeferido**. A decisão da Câmara dos Lordes no caso *Adan v Secretary of State for the Home Department* [?] (*The Times*, 6 de abril de 1998) é um bom exemplo disso. Aqui, o requerente havia fugido da Somália em junho de 1988, quando o temor de perseguição era fundado. Ele chegou ao Reino Unido em outubro de 1990 e, no mesmo mês, seu pedido de asilo foi indeferido, mas lhe foi concedida uma licença excepcional para permanecer no país. Ele desejava que fosse confirmado o seu *status* como um requerente de asilo, uma vez que esta condição lhe garantiria certos direitos e privilégios a que ele não tinha direito em sua condição atual. **Foi-lhe, então, concedido asilo, mas o Ministro do Interior recorreu para a Câmara dos Lordes, e obteve sucesso, sustentando que, naquele ínterim, o governo somaliano havia sido destituído e substituído por outro, com o qual Adan guardava simpatia**. Novamente, como em outras vezes, a Câmara dos Lordes se utilizou de uma interpretação segundo a qual a redação

da Convenção não permitiria a admissão de pessoas que fogem de uma guerra civil a fim de tirar proveito de sua proteção.

A atmosfera febril da guerra fria conferiu à União Soviética e repúblicas satélites a condição de primeiros e principais inimigos. Segundo essa lógica, qualquer fugitivo de tal regime era normalmente considerado uma vítima e, portanto, um legítimo candidato a asilo, ainda que o direito internacional determinasse que o país de destino devesse devolvê-lo ao país de origem. Um caso emblemático dessa política é o caso inglês *R v. Governor of Brixton Prison Ex p. Kolczynski* (1955) 1 Q.B. 450. Nesse caso, a tripulação de um barco de pesca polonês se rebelou e buscou asilo em um porto inglês. Obrigações decorrentes de Tratado e o Direito Internacional do Mar determinavam que as autoridades britânicas deveriam devolver a tripulação à Polônia. Lorde Goddard, na Corte de Apelação, rejeitou tais argumentos e se apoiou nas regras do *Common Law*. Em resumo, ele afirmou que a oposição a um Estado com partido único praticamente isentaria de responsabilidade aqueles que se rebelassem, não importando a natureza de seus atos, e mesmo em violação a um tratado. Uma indulgência de tal forma abrangente já não se aplica, e os tribunais ingleses hoje têm uma visão muito mais rigorosa do que seja um temor fundado.

Perseguição

A parte seguinte é: em que consiste a perseguição? Pode uma persecução judicial ser tão severa a ponto de constituir perseguição? **Parece que sim, especialmente se a persecução é baseada em razões políticas que tornariam improvável um julgamento imparcial.** O pronunciamento original de Nolan J. no caso R v. IAT Ex p. Jonah 1985 Imm A.R. 7 ainda tem importância. Ele adotou a definição comum, contida em um dicionário: "perseguir com perversidade ou ação injuriosa, com o fim específico de oprimir pessoa que tenha pensamentos ou crenças heréticos". Tal definição parece mais útil do que é em realidade, porque não oferece uma resposta para a questão de [saber] se discriminação pode ser equivalente a persecução. Os tribunais ingleses têm, em geral, considerado como perseguição tanto aquela discriminação que atinge o centro da vida do requerente no país do qual ele está fugindo, como aquela que atinge o seu direito de garantir sua subsistência ou de praticar uma crença. A União Europeia formulou um conceito preliminar de perseguição nas *Draft Guidelines for the Application for the Criteria for Determining Refugee Status* (novembro de 1994).

A fim de caracterizar "perseguição", na acepção do artigo 1A, os atos devem constituir, por sua natureza e/ou repetição, um ataque de considerável gravidade que tornaria impossível levar uma vida normal no país de origem ("normalidade" de vida deve ser entendida tendo em vista as condições prevalecentes no país).[14]

Para que se possa apurar, então, sob tão prudentes perspectivas dogmáticas e jurisprudenciais, se os motivos adotados pela autoridade administrativa correspondem, ou não, à existência de fatos hábeis para justificar, à luz da hipótese legal (*fattispecie* abstrata) em que se assentou (art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/1997), a conclusão da presença de fundado temor de **perseguição atual**, passo à sua análise, não sem antes advertir que a resposta definitiva a esta *questão preliminar* sobre controle de legalidade da decisão administrativa depende, ainda, de largas

[14] THAN, Claire de; SHORTS, Edwin. *International criminal law and human rights*. London: Sweet & Maxwell. 2003. p. 31. Grifos nossos.

considerações pertencentes ao próprio mérito do pedido de extradição. Tal advertência significa que, dada a manifestíssima correlação lógico-jurídica e a não menos clara indivisibilidade de que se revestem certas matérias, não é possível resolver desde logo a *questão preliminar* sem ponderação de razões concernentes ao mérito do pedido.

E, para não ser, sequer involuntariamente, infiel aos motivos que, com suporte e correspondência em fatos pretensamente provados, a autoridade administrativa reputou legais para fundar a concessão de refúgio, transcrevo-lhe, na íntegra, os termos substantivos da decisão, com todos os grifos do original:

> (...)
>
> 10. Há que se definir os elementos subjetivo e objetivo do temor a que alude o art. 1º, I, da Lei 9.474/97, o primeiro relativo ao foro íntimo do Recorrente e o segundo relacionado com as razões concretas que justifiquem aquele temor.
>
> 11. Para que sejam verificados esses elementos, é necessário, em primeiro lugar, tomar como referência o contexto de turbulência política à época *dos supostos delitos em que o Recorrente teria incorrido*.
>
> 12. A repressão legítima, pelo Estado italiano, à militância de esquerda, que pretendeu, pelas armas, derrubar o regime durante os chamados "anos de chumbo" das décadas de 1970 e 1980, traduz-se por fatos públicos e notórios, sobre os quais não existe qualquer contencioso. É de acentuada convulsão social o momento histórico no qual o recorrente foi condenado pela Justiça italiana, como autor e coautor de homicídios ocorridos entre junho de 1978 e abril de 1979.
>
> 13. Durante esse período, a sociedade italiana e o Estado de Direito na Itália foram assediados por um conjunto de movimentos políticos, ações armadas e mobilizações sociais que pretendiam, alguns deles, a instalação de um novo regime político-social. Na esteira do desmantelamento das políticas da era social-democrata então em declínio, formaram-se organizações revolucionárias de ação direta que operavam em zonas "cinzentas", na estreita faixa entre a ação política insurrecional de caráter armado e a ação marginal do "banditismo social".
>
> 14. Como é possível e necessário nos Estados Democráticos de Direito, o Estado italiano reagiu. E o fez não só aplicando normas jurídicas em vigor à época, mas também criando "exceções", por meio de leis de defesa do Estado, que reduziram prerrogativas de defesa dos acusados de subversão e/ou ações violentas, inclusive com a instituição da delação premiada, da qual se serviu o principal denunciante do Recorrente.
>
> 15. Nos momentos de extrema tensão social e política é comum e previsível que passem a funcionar, mesmo no Estado de Direito, aparatos ilegais e/ou paralelos do Estado, comandados por pessoas que se erigem à condição de justiceiros "de fato", como se representassem o bem público, o que por vezes configura uma forte crise de legalidade: "a lei perde (...) o primado político no sistema"2. Nesses casos, a judicialização da política, paradoxalmente, atinge garantias democráticas sem que o regime democrático seja colocado em dúvida. Norberto Bobbio reportou-se a esta situação em texto clássico:
>
> > "Chamo de 'criptogoverno' o conjunto das ações realizadas por forças políticas eversivas que agem na sombra em articulação com os serviços secretos, ou com parte deles, ou pelo menos por eles não obstaculizadas. O primeiro episódio deste gênero na recente história da Itália foi inegavelmente

> o massacre da Praça Fontana. Não obstante o longo processo judiciário em várias fases e em várias direções, o mistério não foi revelado, a verdade não foi descoberta, as trevas não foram dissipadas. Apesar disto, não nos encontramos na esfera do inconhecível; embora não saibamos quem foi, sabemos com certeza que alguém foi. Não faço conjecturas, não avanço nenhuma hipótese."

16. Situações de emergência como a italiana – no caso, a luta contra a fúria assassina que redundou no assassinato de Aldo Moro – motivam uma preocupação candente com o funcionamento dos aparatos repressivos. É fundamental, porém, que jamais seja aceita a derrogação dos fundamentos jurídicos que socorrem os direitos humanos. No caso italiano, as possibilidades para que os abusos ocorressem estavam dadas pelo próprio ordenamento jurídico forjado nos "anos de chumbo":

> "A magistratura italiana foi então dotada de todo um arsenal de poderes de polícia e de leis de exceção: a invenção de novos delitos como a 'associação criminal terrorista e de subversão da ordem constitucional' (art. 270 bis do Código Penal) veio se somar e redobrar as numerosas infrações já existentes – 'associação subversiva', 'quadrilha armada', 'insurreição armada contra os poderes do Estado' etc. Ora, esta dilatação da qualificação penal dos fatos garantia toda uma estratégia de 'arrastão judiciário' a permitir o encarceramento com base em simples hipóteses, e isto para detenções preventivas, permitidas pelo artigo 10 do decreto-lei de 15 de setembro de 1979 por uma duração máxima de dez anos e oito meses."

17. É público e incontroverso, igualmente, que os mecanismos de funcionamento da exceção operaram, na Itália, **também fora das regras da própria excepcionalidade prevista em lei**. Tragicamente, também no Estado requerente, no período dos fatos pertinentes para a consideração da condição de refugiado, ocorreram aqueles momentos da História em que o "poder oculto" aparece nas sombras e nos porões, e então supera e excede a própria exceção legal. Nessas situações, é possível verificar flagrantes ilegitimidades em casos concretos, pois a emergência de um poder escondido "é tanto mais potente quanto menos se deixa ver".

18. Isso é professado em nome da preservação do Estado contra os insurgentes, que não é menos ilegítima do que as ações sanguinárias dos insurgentes contra a ordem. Também me valho da lição de Bobbio:

> "Quem decidiu ingressar num grupo terrorista é obrigado a cair na clandestinidade, coloca o disfarce e pratica a mesma arte da falsidade tantas vezes descrita como uma das estratagemas do príncipe. Mesmo ele respeita escrupulosamente a máxima segundo a qual o poder é tanto mais eficaz quanto mais sabe, vê e conhece sem se deixar ver. "
>
> (...)

20. Determinadas medidas de exceção adotadas pela Itália nos "anos de chumbo", por sinal, ressoam ainda hoje nas organizações internacionais que lidam com direitos humanos. A condenação a determinados procedimentos e penas motivou, de um lado, relatórios da Anistia Internacional e do Comitê europeu para a prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes e, de outro, a concessão de asilo político a ativistas italianos em diversos países, inclusive não europeus.

21. Outros evadidos da Itália por motivos políticos vinculados à situação do país na década de 1970 e início dos anos 1980, mesmo período da fuga do Recorrente, não foram extraditados para o país pelo Supremo Tribunal Federal. Note-se, nesse sentido, a Extradição 694, na qual a condenação italiana, como no caso do Recorrente, apontava o objetivo do extraditando de

"subverter violentamente a ordem econômico e social do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do estado, de atentar contra a vida e a incolumidade das pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática."

(...)

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

24. Após fugir da Itália em 1981, o Recorrente foi condenado pela Justiça do país, como autor e coautor de homicídios ocorridos entre junho de 1978 e abril de 1979. Vislumbra o Recorrente, no caso, falta de oportunidades para que desenvolvesse sua ampla defesa. Nesse sentido, é de se notar que as acusações não buscam esteio em provas periciais, fundamentando-se precipuamente em uma testemunha de acusação implicada pelos próprios fatos delituosos, qual seja, o delator premiado Pietro Mutti.

25. Poderia arguir-se que as acusações que pesam sobre o Recorrente dizem respeito à violação da lei penal comum, não fosse o fato de que tais acusações constituem, em alguns casos, a "justificativa" jurídica do Estado requerente, sem a qual as chances de entrega do nacional requerido ficaram indubitavelmente prejudicadas.

26. É sintomático, nesse sentido, que as decisões condenatórias, ao arrolar os tipos penais que o Recorrente teria praticado, apontem serem todas integrantes de

"**um só projeto criminoso**, instigado publicamente para a prática dos crimes de associação subversiva constituída em quadrilha armada, de insurreição armada contra os poderes do Estado, de guerra civil e de qualquer maneira, por terem feito propaganda no território nacional para a **subversão violenta do sistema econômico e social do próprio País**" (grifei).

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

28. O Recorrente junta aos autos carta de Francesco Cossiga, influente político italiano nos anos 1970, que participou ativamente da elaboração das leis de emergência italianas. Hoje Senador da República Italiana, Cossiga atesta que os "subversivos de esquerda" passaram a ser tratados, na Itália dos "anos de chumbo", como "simples terroristas e talvez absolutamente como 'criminosos comuns'." O missivista assevera, contudo, a impropriedade desta classificação impingida ao Recorrente:

"Vocês todos, de esquerda e de direita eram 'revolucionários impotentes': em particular vocês subversivos de esquerda que acreditavam com actos de terrorismo, não certamente de poder 'fazer', mas pelo menos 'escorvar' a revolução, conforme os ensinamentos de Lenin, que condenava em via de princípio o 'terrorismo', mas que justificava ou melhor achava útil e 'legítimos' dum ponto de vista do marxismo-leninismo, os atos de terrorismo só se 'propedêuticos' a revolução e capazes de conduzi-la. Os crimes que a subversão de esquerda e a eversão de direita cumpriram são certamente crimes, mas não certamente 'crimes comuns', porém 'crimes políticos'."

(...)

30. Não resta a menor dúvida, independentemente da avaliação de que os crimes imputados ao recorrente sejam considerados de caráter político ou não – aliás inaceitáveis, em qualquer hipótese, do ponto de vista do humanismo democrático – de que **é fato irrefutável a participação política do Recorrente, o seu envolvimento político insurrecional e a pretensão, sua e de seu grupo, de instituir um poder soberano "fora do ordenamento**". Ou seja, de constituí-lo pela via revolucionária através da afronta política e militar ao Estado de Direito italiano, aliás, motivos estes que levaram o presidente Mitterrand a acolher o recorrente e vários militantes da extrema esquerda italianos na mesma situação.

31. Aspecto muito importante aqui, para examinar a pertinência de concessão do refúgio, é que o Recorrente esteve abrigado em solo francês por razões políticas aceitas por decisão soberana do chefe de Estado daquele país. Aliás, na oportunidade o presidente François Mitterrand acolheu os "subversivos" sob a condição categórica de que fizessem **a renúncia formal à luta armada**.

32. Não é singelo o fato de que o Recorrente tenha feito expressa opção por renunciar aos meios não pacíficos de manifestação política. Hannah Arendt alerta que "se a mente é incapaz de fazer a paz e de induzir a reconciliação, ela se vê de imediato empenhada no tipo de combate que lhe é próprio" – e por isso mesmo a autora ressalta a dimensão política dos juízos retrospectivos. Entre o passado e o futuro, o homem conta apenas com si mesmo para ceder ou resistir aos impulsos de amor e ódio, fúria ou compaixão, impulsos que se confundem quando destino e motivações, desejos e princípios são mesclados.

33. Após a renúncia à luta armada, o Recorrente permaneceu na França, por um período de mais de uma década. Constituiu família, casando-se e tendo duas filhas, vivendo pacificamente como zelador e escritor. O Recorrente, em suas próprias palavras, teria permanecido na França se pudesse, onde inclusive formulou pedido de naturalização e gozava de um asilo político informal.

34. A situação do Recorrente foi alterada durante o governo do presidente Jacques Chirac. O abrigo do Recorrente, no território francês, foi desconstituído e então anulado por razões eminentemente políticas. **A mudança de posição do Estado francês, que havia lhe conferido guarida como militante político de extrema esquerda, foi o motor único de seu deslocamento para o Brasil**. A extradição do Recorrente à Itália, que primeiro havia sido negada na França por razões políticas, foi posteriormente concedida pelas mesmas razões.

35. O Brasil, em vista desses acontecimentos políticos (mormente a mudança de governo na França), passou a ser "depositário" de um cidadão, de fato expulso de um território por decisão política, que se contrapôs à decisão anterior, a qual havia o reconhecido como perseguido político.

36. Por motivos políticos o Recorrente envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no Estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado Francês, decidiu, mais tarde, voltar a fugir. Enxergou o Recorrente, ainda, razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que, conforme o Recorrente, estariam vinculadas à situação eleitoral francesa. **O elemento subjetivo do "fundado temor de perseguição" necessário para o reconhecimento da condição de refugiado está, portanto, claramente configurado**.

37. À luz do que foi brevemente relatado, **percebe-se do conteúdo das acusações de violação da ordem jurídica italiana e das movimentações políticas**

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

(...)

42. Por fim, assinala-se que não há impedimentos jurídicos para o reconhecimento do caráter de refugiado do Recorrente. Embora se reporte a diversos ilícitos que teriam sido praticados pelo Recorrente, **em nenhum momento o Estado requerente noticia a condenação do mesmo por crimes impeditivos do reconhecimento da condição de refugiado**, estabelecidos no art. 3º, inciso III, da Lei 9.474/97, o que importa no afastamento das vedações estabelecidas no citado comando legal:

"Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: (...)

III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;"

43. Concluo entendendo, também, que o contexto em que ocorreram os delitos de homicídio imputados ao recorrente, as condições nas quais se desenrolaram os seus processos, a sua potencial impossibilidade de ampla defesa face à radicalização da situação política na Itália, no mínimo, geram uma profunda dúvida sobre se o recorrente teve direito ao devido processo legal.

44. Por consequência, **há duvida razoável sobre os fatos que, segundo o Recorrente, fundamentam seu temor de perseguição**.

4. Desse longo, mas claríssimo discurso, tira-se nítido que os motivos da autoridade administrativa se reduzem, em substância, em primeiro lugar, à insinuação – que, talvez por insegurança ou cautela, não ousou converter-se em afirmação peremptória – de que, no período dos fatos, o Estado italiano, para reagir ao quadro de acentuada convulsão social, reprimindo-lhe os movimentos políticos e as ações armadas, se valeu, não apenas das normas jurídicas então em vigor, mas também de leis de exceção, que reduziram as prerrogativas de defesa dos acusados de subversão e de ações violentas, bem como lhes impossibilitaram, sobretudo ao extraditando, um julgamento justo de acordo com as garantias do devido processo legal. Em palavras mais sinceras, a República Italiana teria deixado, no período, de ser Estado Democrático de Direito (*a*).

Em segundo lugar, sustentou a decisão, e aqui já sem rebuços, que uma das características desses chamados mecanismos de exceção era que o Estado italiano se achava sob a dominação de um "poder oculto", que, agindo nos porões estatais, excedeu os limites da própria situação de exceção legal e respondeu por flagrantes ilegitimidades, entre as quais a que atingiu o extraditando em suas condenações. Tão explícita referência só pode significar, no contexto do caso, que os processos criminais contra o extraditando teriam sido, no fundo, conduzidos por forças políticas subterrâneas que lhe ditaram ou inspiraram, de fato, as sentenças condenatórias (*b*).

Ao depois, assentou que, em virtude das qualificações jurídicas atribuídas a seus atos nos processos de primeiro grau e de ter sido preso em divisão policial de operações especiais, onde se abrigavam os presos políticos, seria evidente a natureza política dos crimes do extraditando (*c*).

Teceu, por fim, considerações sobre a situação do extraditando na França, onde de início fora acolhido como militante político de esquerda, a título de asilo informal, mas cuja injustificada mudança na orientação do governo determinou, por razões políticas, a concessão de extradição que fora antes negada por iguais razões. Daí, sua atual condição de cidadão expulso, de fato, de um território, por decisão política (*d*).

Examino cada um desses quatro motivos, declarados como fundamentos do ato administrativo vinculado, perante o disposto no art. 1º, inciso I, da Lei federal 9.474/1997, para, no estrito controle da legalidade, ajuizar se, sendo acaso verdadeiros como fatos, correspondem, ou não, ao suporte fático (*fattispecie* abstrata) dessa norma vinculante, expressamente invocada pela autoridade como fonte da legitimidade de seu comportamento.

5. O primeiro, que concerne à situação política do Estado italiano, em dada quadra histórica, a toda evidência não pode considerada causa **atual** de algum fundado temor de perseguição futura por motivos políticos, pela razão mais que óbvia de, supondo-se então verdadeira, já não viger agora, a menos que, contra a evidência das coisas notórias, se pretenda sugerir que o regime de governo da Itália continuaria sendo ainda hoje arbitrário ou de exceção. A presunção, aqui, é oposta, na medida em que, reputando-se ali vigente ordem jurídico-constitucional democrática, nada justifica sequer remoto receio de que, deferida a extradição, o extraditando não veria respeitados seus direitos constitucionais.

Tampouco o perfil político-constitucional do regime italiano de então poderia ser visto como exculpação de qualquer ordem para os crimes pelos quais foi condenado o extraditando, seja para efeito de, só por isso, deitar sérias dúvidas sobre o caráter legal e justo dos respectivos processos criminais, seja para qualificar-lhe os fatos imputados como delitos políticos, entendidos como forma legítima de reação cívica a sistema estatal totalitário e opressor.

Neste passo escusariam largos latins, até porque o testemunho pessoal desta nossa geração, que acompanhou vivamente aquele conturbado período histórico da humanidade, não pode, de boa-fé, negar nem depreciar à Itália o mérito extraordinário – e tanto mais extraordinário quanto mais incomum aparece no cotejo com as tirânicas reações político-institucionais de outros países que, assediados por movimentos análogos, até de muito menor calibre e virulência, sacrificaram os direitos individuais e as liberdades públicas sob pretexto da salvação nacional – de ter vencido tão grave insurreição intestina, sem fratura nem lesão da ordem jurídico-constitucional democrática do pós-guerra.

Como ninguém o ignora, tal ordem, que compreendia sistema parlamentar de governo, de nítida colaboração entre os poderes Executivo e Legislativo, era, na época, caracterizada por ampla liberdade política, forte ativismo social, consistente representatividade popular, sistema pluripartidário, eleições periódicas e temporalidade no exercício do poder, cujo regular domínio periódico por algum ou alguns partidos políticos refletia apenas a preferência momentânea do eleitorado. A liberdade política foi particularmente notável nas eleições de 1976,

quando, confirmado por seu expressivo desempenho nas urnas, o país experimentou o fortalecimento do Partido Comunista. Assim, como já sucedera nas legislaturas anteriores, formou-se, na de 1976-1979, nova mas controversa coalizão parlamentar de centro esquerda, agora integrada pelo Partido Democrata Cristão e pelo Partido Comunista, liderado por Enrico Berlinguer, e cuja feição político-ideológica impressa nos rumos do governo dificilmente poderia confundida com a da chamada extrema direita antidemocrática.

Para avivar os fatos políticos do período que interessa à causa, expondo toda a exuberante fragilidade das dúvidas a respeito da suposta quebra da ordem jurídica democrática, não custa recorrer à fiel reconstituição histórica, à esclarecida interpretação econômica e à visão crítica de isento historiador britânico:

> **Pré 50s**
>
> *Admittedly the stark historical memory of all those who suffered under Fascism provided a degree of inoculation against a resurgence of extremism. But it did not have the same force as in Germany. In southern Italy, strong monarchist and authoritarian sentiment survived, to feed the ultra-conservative groups which were to complicate political life for many years. In central and northern Italy the activities of the resistance movement laid the foundation for the future strength of the Italian Communist Party (PCI). The party became a mass movement that dominated the trade unions and other workers' organizations, and made the country infertile terrain for conventional social democracy.*
>
> (Reconhecidamente, a memória histórica completa de todos aqueles que sofreram sob o Fascismo concedeu um grau de inoculação contra o ressurgimento do extremismo. Mas isso não teve a mesma força que teve na Alemanha. Na Itália meridional, um forte sentimento monarquista e autoritário sobreviveu e alimentou os grupos ultraconservadores, que complicaram a vida política por muitos anos. Nas áreas central e do norte da Itália, as atividades dos movimentos de resistência instituíram as bases para a força futura do Partido Comunista Italiano (PCI). O partido tornou-se um movimento de massa que dominou os sindicatos e outras organizações de trabalhadores, e fez do país terreno infértil para a social democracia convencional.)
>
> *The culmination of this complex reconstruction came in 1947. Until that point, a fragile political coalition held between the political groups that had fought in the resistance. They included the Communists and Socialists on the left, and the Christian Democrats and various small liberal groups in the centre. The onset of the Cold War brought a fundamental change. The left, hitherto an essential part of the government, found itself summarily excluded. The new government was composed of Christian Democrats, under the leadership of Alcide De Gasperi, and assorted allies from the centre. The range of parties present in the government narrowed considerably, but so did its parliamentary majority. What held it together, and would continue to do so through until the 1960s, was a common opposition to the extremes of right and left.*
>
> (O cume dessa complexa reconstrução veio em 1947. Até aquele ponto, uma frágil coalizão política existia entre os grupos políticos que haviam lutado na resistência. Estavam incluídos os Comunistas e os Socialistas, à esquerda, e os Democratas Cristãos e diversos grupos liberais pequenos, ao centro. O início da Guerra Fria trouxe uma mudança fundamental. A esquerda, até aqui uma parte essencial do governo, encontrou-se sumariamente excluída. O novo governo era

composto pelos Democratas Cristãos, sob a liderança de Alcide De Gasperi, e angariou aliados do centro. A gama de partidos presente no governo diminuiu consideravelmente, como também sua maioria parlamentar. O que os unia, e continuaria a fazê-lo até os anos 60, era uma oposição comum à direita e à esquerda extremistas.)

60s

The Italian economy continued to pursue a sustained growth path throughout the 1960s. Politically, however, the centrist coalition which emerged with the onset of the Cold War was more or less bankrupt by the end of the 1950s. Its success was always built more on a fear of extremism than on any great electoral enthusiasm for the parties of which it was composed. With real incomes and private consumption growing more slowly than the productive capacity of the economy, this was not entirely surprising. Affluence came to Italian voters much more in the 1960s than the 1950s. The coalition had held together primarily because there was no alternative to it, and because until the Constitution was fully implemented in the 1960s, its checks and balances did not operate properly, or in some cases at all. (…)

(A economia italiana continuou a perseguir um caminho de crescimento sustentável durante os anos 60. Politicamente, entretanto, a coalizão de centro que emergiu com o início da Guerra fria estava mais ou menos falida ao final dos anos 50. Seu sucesso foi sempre construído mais sobre um medo do extremismo do que sobre qualquer entusiasmo eleitoral pelos partidos que a compunham. Com ganhos reais e o consumo privado crescendo mais vagarosamente do que a capacidade produtiva da economia, isso não era totalmente surpreendente. A prosperidade veio para os eleitores italianos muito mais nos anos 60 do que nos 50. A coalizão manteve-se unida primariamente, porque não havia alternativa a ela e porque até que a Constituição fosse completamente implementada nos anos 60, seus pesos e contrapesos não operavam apropriadamente, ou, em alguns casos, inteiramente.)

However, strong central control could not keep the governing coalition in power forever. Given the pure form of proportional representation Italy practised, the governing parties needed to win an outright majority of the popular votes in parliamentary elections – always a difficult task in democratic elections. The Christian Democrat Party had achieved its greatest victory at the moment of most acute Cold War tension, and in a social environment still largely untouched by the secularism wrought by post-war affluence. In the 1948 general election it won 48 per cent of the popular vote and dominated the coalition. By the 1963 election this had fallen to 38 per cent, with a substantial part of the lost votes drifting away from the governing parties altogether. The share of the electorate supporting the Communists and Socialists rose over the same period from 31 per cent to 39 per cent; the far right parties had settled at a steady 6-7 per cent share. By the early 1960s there was thus a risk that the country would become entirely ungovernable if the share of the vote going to the allegedly anti-democratic extremes exceeded that for the combined forces of the democratic centre. What prevented this risk from materializing was the conversion of the Socialist Party (PSI) from leftist opposition to party of government in an operation which came to be known as the "opening to the left."

(Entretanto, um controle central forte não poderia manter a coalizão governando no poder para sempre. Tendo em vista a forma pura de representação proporcional praticada na Itália, os partidos precisaram ganhar uma absoluta maioria dos votos populares nas eleições parlamentares – sempre uma difícil tarefa em eleições democráticas. O Partido Democrata Cristão alcançou sua maior vitória no momento

da mais aguda tensão da Guerra Fria, e em um ambiente social largamente intocado pelo secularismo moldado pela afluência do pós-guerra. Na eleição geral de 1948, ele ganhou 48% dos votos populares e dominou a coalizão. Na eleição de 1963, este percentual caiu para 38%, com uma substancial parte dos votos perdidos levados para longe dos partidos governistas como um todo. A parcela do eleitorado que apoiava os comunistas e socialistas aumentou, no mesmo período, de 31 para 39%; os partidos de extrema direita firmaram-se com 6-7%. No início dos anos 60, havia, desta forma, risco de que o país se tornasse inteiramente ingovernável, se a parcela dos votos destinados para os extremistas supostamente antidemocratas ultrapassasse aquela das forças combinadas do centro democrata. O que impediu esse risco de se concretizar foi a conversão do Partido Socialista (PSI) de oposição de esquerda para partido governista, em operação que ficou conhecida como a "abertura para a esquerda".)

The debate on planning dominated political life in the early 1960s, and provided the backdrop for the gradual leftward shift in coalition politics which eventually saw the Liberal Party edged out of the government and replaced by the Socialists. The operation proved anything but straightforward, however. Initially, conservative Christian Democrats resisted it fiercely, and in 1960 the country came dangerously close to civil disorder when an attempt was made to create a government which relied implicitly on the parliamentary support of the neo-Fascist MSI. For two years thereafter, Italy was governed ineffectively by minority Christian Democrat caretaker governments, and it was only in 1962, under the premiership of Amintore Fanfani, that the Socialists were incorporated into the parliamentary majority. The following year, after the general election, they moved from the parliamentary majority right into the cabinet. Aldo Moro, leader of the DC left, began a four-year term of office as prime minister, with Pietro Nenni of the Socialist Party as deputy prime minister. There were five other Socialist ministers, but the coalition, as in the past, retained a Christian Democrat majority.

(O debate sobre planejamento dominou a vida política no início dos anos 60 e forneceu o pano de fundo para gradual guinada à esquerda na coalizão política que, eventualmente, viu o Partido Liberal sair do governo e ser substituído pelos socialistas. A operação, no entanto, mostrou-se complicada. Inicialmente, os democratas cristãos conservadores resistiram a isso ferozmente, e, em 1960, o país chegou perigosamente perto de uma desordem civil, quando foi feita tentativa para criar governo que contava implicitamente com o apoio parlamentar do neofascista MSI. Nos dois anos seguintes, a Itália foi governada interinamente de maneira não eficaz pela minoria democrata cristã, e, somente em 1962, sob o comando do primeiro ministro Amintore Fanfani, os socialistas foram incorporados à maioria do parlamento. No ano seguinte, após a eleição geral, eles foram da maioria parlamentar para o gabinete. Aldo Moro, líder dos democratas de esquerda, iniciou um mandato de quatro anos como primeiro-ministro, com Pietro Nenni, do Partido Socialista, como vice primeiro ministro. Havia outros cinco ministros socialistas, mas a coalizão, como no passado, manteve uma maioria democrata cristão.)

The failure of the centre-left reforms did not of course destroy the coalition itself. Just as the 1950s was the decade of centrism, so the 1960s was the decade of the centre-left. As ever, the Christian Democrats controlled the coalition, however, with Giovanni Leone, Mariano Rumor, and Emilio Colombo following in Moro's footsteps as Christian Democrat prime minister after the 1968 general election. In one form or another, in fact, the coalition continued until 1972. Even then, it was abandoned only

briefly in favour of a return to a version of the old centrist formula which quickly proved to lack viability. By 1973 the Socialists were back in government for a further, though shorter, period of office until the landmark elections of 1976.

(O fracasso das reformas de centro-esquerda não destruiu, evidentemente, a coalizão em si. Assim como os anos 50 foram a década do centrismo, os anos 60 foram a década da centro-esquerda. Como sempre, os democratas cristãos controlaram a coalizão, mas com Giovanni Leone, Mariano Rumor e Emilio Colombo atrás dos passos de Moro como primeiro-ministro democrata cristão depois da eleição geral de 1968. De uma forma ou de outra, na verdade, a coalizão continuou até 1972. Ainda então, ela foi abandonada brevemente em favor do retorno a uma versão do antigo centrismo que, rapidamente, se mostrou viável. Em 1973, os socialistas voltaram ao governo para mais um, embora curto, mandato, até o marco das eleições de 1976.)

What the crisis of 1964 underlined, however, was the difficulty the country would face in adjusting to the consequences of its own modernization. Economic growth had generated better communications, and a more informed and therefore more demanding electorate. Growth was changing the balance of power in the labour-market, and this became dramatically evident at the end of the decade. At some point in the future demands for better welfare and pension arrangements, education, and public housing would have to be faced (…)

(O que a crise de 1964 enfatizou, entretanto, foi a dificuldade que o país encontraria ao ajustar-se às consequências de sua própria modernização. O crescimento econômico gerou melhores formas comunicação e um eleitorado mais informado e, em consequência, mais exigente. O crescimento mudava o balanço de poder no mercado de trabalho, e isso se tornou dramaticamente evidente no fim da década. Em algum ponto no futuro, as demandas por maior bem-estar social e reforma previdenciária, educação e habitação teriam de ser enfrentadas.)

70s

Some more immediate consequences of the political stagnation of the 1960s were reaped at the end of the decade. The first sign of a significant social change was the alacrity with which Italian students emulated the wave of student and middle-class activism throughout the Western world, sparked off by the Vietnam War. Agitation quickly spread from universities to the workplace, and from 1968 onwards, Italy passed through several years of intermittently violent social upheaval. It was most intense during the so-called Hot Autumn of labour militancy in 1969. Unlike the more concentrated "May events" in France, however, it lasted well into the following decade, and signalled a more lasting change in political values. From these upheavals, Italian democracy emerged fundamentally changed. There was greater activism and greater participation. Direct action became common. Voluntary associations increased their membership, and more importantly their independence from hitherto all-powerful political parties.

(Algumas consequências mais imediatas da estagnação política dos anos 60 foram colhidas no final da década. Uma mudança social significativa teve seu primeiro sinal na avidez com que os estudantes italianos copiaram a onda de ativismo estudantil e da classe média que percorreu o mundo ocidental, iniciada pela Guerra do Vietnã. A agitação rapidamente se espalhou das universidades para os locais de trabalho, e, de 1968 em diante, a Itália passou por vários anos de intermitentes e violentos levantes sociais. Eles foram mais intensos durante o chamado *Autunno*

Caldo (outono quente) da militância operária, ocorrido em 1969. Diversamente dos eventos mais concentrados ocorridos no Maio de 68 na França, entretanto, o *Autunno Caldo* perdurou durante a década seguinte e marcou uma mudança mais duradoura nos valores políticos. **A democracia italiana saiu profundamente alterada desses levantes. Havia maior ativismo e maior participação. A atuação direta tornou-se mais comum. O número de filiações nas associações voluntárias e, principalmente, a independência com relação aos até então todo-poderosos partidos políticos aumentaram.)**

The most far-reaching impact was in the outlook and behaviour of the main trade union confederations, and their relationship to ordinary workers. Before the Hot Autumn, the Italian union movement had been riven with ideological disputes. The largest of the three main confederations into which it was divided, the CGIL, was mainly led by Communists. It tended to see union action as a function of the political needs of the Communist Party. Its leaders were generally sceptical of collective bargaining. They supposed from long experience that, without strike funds or a tradition of extended labour disputes, Italian workers would rarely have the stomach for strike action. Hence the quiescent state of the labour-market during the long period of growth in the 1950s and early 1960s. Shop-floor militancy, much of it spontaneous, generated strikes and demonstrations on an unprecedented scale. In 1969 over 300 million working hours were lost through industrial disputes: nearly four times the average of the previous four years. The annual figure did not fall below 100 million again until 1976. Hourly wages in manufacturing rose by 20 per cent in 1970. Between 1968 and 1975 union membership increased by 50 per cent, with an especially large expansion in the public and white-collar sectors.

(O impacto mais significativo deu-se na aparência e no comportamento das principais confederações sindicais, bem como na sua relação com os trabalhadores. Antes do *Autunno Caldo*, o movimento sindical italiano havia-se fragmentado, em razão de disputas ideológicas. A maior das três principais confederações resultantes dessa ruptura, a CGIL (*Confederazione Generale Italiana del Lavoro*), era liderada principalmente pelos comunistas. Ela percebia a atuação sindical como uma função das necessidades políticas do Partido Comunista. Seus líderes eram geralmente céticos quanto a negociações coletivas. Eles supuseram, por sua experiência, que, sem os fundos de reserva para greves nem a tradição de disputas trabalhistas prolongadas, os trabalhadores italianos dificilmente teriam coragem de entrar em greve. Daí o estado tranquilo do mercado de trabalho durante o longo período de crescimento nos anos 50 e início dos 60. A militância nos pátios industriais, em sua maioria espontânea, originou greves e manifestações em escala sem precedentes. Em 1969, mais de 300 milhões de horas de trabalho foram desperdiçadas durante as disputas industriais: quase quatro vezes a média dos quatro anos anteriores. Esse índice anual não reduziu para menos de 100 milhões de horas até o ano de 1976. O valor da hora de trabalho subiu cerca de 20% em 1970 e, entre 1968 e 1975, a adesão aos sindicatos aumentou cerca de 50%, com grande expansão, principalmente nos setores público e financeiro.)

The political radicalism of the late 1960s caught many by surprise. A long period of rising prosperity had been expected to lead to political depolarization not radicalism. Yet in Italy, as elsewhere, it generated radical leftist groups who not only dominated the student movement and established a foothold in the trade unions, but even laid down a lasting base among a smallish fringe of left-wing

voters. Out of this group, later in the decade, a tiny but determined fringe of disillusioned militants turned from parliamentary tactics to terrorism.

(O radicalismo político do fim dos anos 60 pegou muitos de surpresa. Esperava-se que o longo período de crescente prosperidade levasse à despolarização política, e não ao radicalismo. Mais na Itália, como em outros lugares, esse período deu origem a grupos radicais de esquerda que, não só dominaram o movimento estudantil e ganharam apoio dentro dos sindicatos, mas instituíram uma duradoura base formada por pequena parcela dos eleitores de esquerda. Fora deste grupo, no final da década, pequena, mas determinada parcela de militantes desiludidos migraram das táticas parlamentaristas para o terrorismo.)

The rise of labour militancy was no less unexpected than the rise of the extra-parliamentary left. It was accounted for only in small part by a tightening of the labour-market. Some well-placed groups of workers were certainly able to exploit their strategic position to force large wage deals out of vulnerable employers, but what occurred during the Hot Autumn went far beyond British-style shop-floor collective bargaining, not just in its egalitarian overtones, but also in the specific demands being made by labour. Much of the explanation, in fact, lay in disappointed expectations of the centre-left government, and in sociological changes in the workforce. The latter point was especially important. Those who led the early activism were young workers, frequently migrants, some of whom had learned the techniques of shop-floor activism in Germany and France. They were particularly alienated by the spread of piecework and the speeding-up of production lines by employers who were no longer willing to obtain productivity increases through new investment. They were also frequently critical of the union confederations and the Communist Party for their cautious approach to industrial relations.

(O surgimento da militância operária não foi menos inesperado do que o da esquerda extraparlamentar. Isso foi causado somente apenas em parte pela contração do mercado de trabalho. Alguns grupos bem posicionados de trabalhadores certamente eram capazes de explorar suas posições estratégicas para extrair melhores acordos salariais de empregadores vulneráveis, mas o que ocorreu durante o *Autunno Caldo* foi além das negociações coletivas operárias ao estilo britânico, não apenas em seus contornos igualitários, mas também nas demandas específicas que eram feitas pelo proletariado. Grande parte da explicação, na verdade, é depositada nas expectativas frustradas do governo de centro-esquerda e das mudanças sociológicas na força de trabalho. Este último fator foi especialmente importante. Aqueles que lideraram o ativismo nos seus primeiros momentos eram jovens trabalhadores, frequentemente imigrantes, alguns dos quais haviam aprendido as técnicas de ativismo operário na Alemanha e na França. Eles eram alienados particularmente pela propagação da remuneração por produtividade e pela aceleração das linhas de produção, por empregadores que não queriam mais aumentar a produtividade por meio de novos investimentos. Eles também criticavam frequentemente as confederações sindicais e o Partido Comunista pelo tratamento cauteloso das relações industriais.)

Union leaders were initially taken by surprise by rank-and-file militancy, but within a couple of years had adaptaded to it. It forced them to concentrate on issues at a level at which their traditional party and ideological differences were less relevant, forging a unity previously impossible. Gradually, as a result, the unions regained control of the industrial relations process from the radicals who had led the activism in the Hot Autumn, and having done so, they acquired a new stature in

the eyes of both employers and the government. They focused not only on wages and working conditions in particular sectores, but also on wider issues connected with pensions, housing, and social services. Participation and the right to involvement in key decision-making arenas became key objectives, and over the subsequent decade it became obligatory for government to add representatives of the union confederations to its range of advisory and consultative boards, not just on workplace issues, but on broad matters of regional development and planning, transport and other infrastructure investment, social services, etc. The rapid expansion of union influence was also felt in the egalitarian thrust of labour-market policy in this period. A system of wage indexation emerged which over time favoured the lowest-paid. An exceptionally generous temporary-redundancy scheme guaranteed a continuous income stream to all workers once they had established certain rights from first employment. Wage differentials between skill levels were scaled back, as were selective bonuses and piece-rates.

(Os líderes sindicais foram inicialmente pegos de surpresa pela militância operária, mas se adaptaram em alguns anos. Esse tipo de militância os obrigou a dedicar-se a questões num plano em que suas tradicionais diferenças ideológicas e partidárias eram menos relevantes, e forjou união que anteriormente teria sido impossível. Gradualmente, em consequência, os sindicatos recuperaram o controle do processo das relações industriais das mãos dos radicais que haviam liderado o ativismo no *Autunno Caldo*, e, com isso, adquiriram nova estatura aos olhos dos empregadores e do governo. Os sindicatos passaram a concentrar-se não só em salários e condições de trabalho em setores específicos, mas também em questões mais amplas ligadas a previdência, habitação e serviços sociais. A participação e o direito de envolvimento nos centros de tomada de decisões tornaram-se objetivos fundamentais, e na década seguinte tornou-se obrigatório ao governo incluir representantes das confederações sindicais em seus quadros consultivos e de aconselhamento, não só quanto a temas trabalhistas, mas em questões amplas de desenvolvimento regional e planejamento, transporte e outros investimentos de infraestrutura, serviços sociais, etc. A rápida expansão da influência dos sindicatos também foi sentida na imposição igualitária da política de emprego no período. Surgiu um sistema de indexação salarial que, com o tempo, beneficiou os trabalhadores menos remunerados. Um esquema de compensação a trabalhadores em situação de dispensa temporária excepcionalmente generoso garantiu renda contínua a todos os trabalhadores que já tivessem certos direitos adquiridos com o primeiro emprego. Diferenças salariais entre níveis de habilidades foram reduzidas, assim como os bônus seletivos e a remuneração por produtividade.)

In the 1950s and the 1960s the alternative to the Christian Democrat ascendancy was essentially the Marxist subculture dominated by the Communist Party. From the early 1970s onwards, the range of alternatives – both in terms of ideas and organizations – widened greatly. Social organizations which had originally been established by the two main parties became more independent of them, and others grew up – women's movements, gay rights' groups, environmentalists, local action groups – which were explicitly non-party.

(Nos anos 50 e 60 a alternativa à ascendência Democrata-Cristã era essencialmente a subcultura marxista dominada pelo Partido Comunista. A partir do início da década de 70, o número de alternativas – tanto em termos de ideias e de organizações – aumentou significativamente. Organizações sociais que haviam sido instituídas originalmente pelos dois principais partidos tornaram-se mais independentes

deles, e outras, explicitamente apartidárias, cresceram – movimentos feministas, grupos de direitos homossexuais, ambientalistas, grupos de ação local.)

By their duration and intensity, the changes in the balance of power in Italian economic life in the late 1960s and early 1970s proved to be a more important political turning-point than the advent of the centre-left at the start of the 1960s. They led to an extensive search for a new and more stable coalition formula. Over the course of the 1970s, the country experimented with three quite different coalition formulas. The most controversial incorporated the Communists into the parliamentary majority for a brief spell after 1976, before the country returned in the 1980s to solutions not unlike the centre-left formula of the 1960s.

(Por sua duração e intensidade, as mudanças na balança de poder da vida econômica italiana no final dos anos 60 e no início dos anos 70 provaram-se marco político mais importante que o advento do centro-esquerdismo no início dos anos 60. Elas levaram a busca extensiva por um modelo de coalizão novo e mais estável. Ao longo dos anos 70, o país experimentou três modelos de coalizão bastante distintos. O mais controverso incorporou os comunistas à maioria parlamentar por um breve período a partir de 1976 e antes que o país retornasse, na década de 80, a soluções não diferentes da fórmula centro-esquerdista dos anos 60.)

These political changes reflected the search for a solution to growing economic problems. In the 1970s the performance of the Italian economy was subject to much greater variations than in the two previous decades. Inflation and the balance of payments became serious constraints on growth, and the swings in the business cycle became more exaggerated. In the years 1970-3 Italian growth was slower than in most neighbouring economies. The investment performance was even worse. There was a brief recovery in 1973-4, but it was fuelled by domestic consumption and public spending, rather than investment and exports. The trade balance problems which arose, along with the sharp rise in wage inflation, showed how much more rigid economic constraints were becoming. Italy was beginning to lose its competitive edge in manufacturing, as labour costs rose and labour flexibility diminished. The first oil shock, in 1974, exposed the country's high dependency on imported energy. By 1976 the Italian government had been forced to turn to external sources – the International Monetary Fund and the European Union – to help it through the crisis. Foreign-exchange dealings had to be suspended for over five weeks, imports were subject to special surcharges, and the lira was devalued by some 20 per cent. Only at the very end of the decade did the economy swing back into more sustained growth.

(Essas transformações políticas refletiram na busca de solução para os crescentes problemas econômicos. Nos anos 70 o desempenho da economia italiana esteve sujeita a variações muito maiores em comparação com as décadas anteriores. A inflação e o balanço de pagamentos tornaram-se sérios obstáculos para o crescimento, e as oscilações no ciclo econômico ficaram mais exageradas. Nos anos 1970-3, o crescimento italiano foi mais lento do que o da maioria das economias vizinhas. O desempenho na área de investimentos foi ainda pior. Houve breve recuperação em 1973-4, mas ela foi provocada por consumo doméstico e gastos públicos, e não por investimento e exportações. Os problemas que surgiram na balança comercial, juntamente com agudo aumento na inflação salarial, evidenciaram quão mais rígidas as restrições econômicas se tornavam. A Itália começou a perder a vantagem competitiva na manufatura na medida em que aumentaram os custos e diminuiu a flexibilidade trabalhista. A primeira crise do petróleo, em 1974, expôs a

alta dependência do país com relação à importação de energia. Em 1976 o governo italiano foi obrigado a buscar em fontes externas – o Fundo Monetário Internacional e a União Europeia – auxílio para superar a crise. Acordos de comércio exterior tiveram que ser suspensos por mais de cinco semanas, as importações foram sujeitas a sobretaxas especiais, e a lira desvalorizou cerca de 20%. Somente no final da década a economia retornou a crescimento mais sustentável.)

The restructuring of the later 1970s and early 1980s eventually paved the way for something of a return to the market, a process further stimulated by the growing ideological influence of the European Community's internal market programme. During the 1970s, however, it was difficult to foresee such an outcome. Political life was surrounded by uncertainty, fed by coalition deadlock, social tensions, and terrorism. There was a general supposition that the centre-left had failed, but profound uncertainty about how to respond. Some believed the problem lay in efforts to appease the trade-union movement, and that what was required was a tough policy of expenditure cuts and tight money, as in 1947 and 1964, to show the unions that inflationary wage claims meant unemployment. Others argued that government and business must recognize the new-found trade-union strength and unity as a permanent fact of life, and engage in a constructive dialogue, along the lines of social partnerships in Germany or Scandinavia. Since the Communist Party exercised great influence within the unions, this policy, at the margin, would entail dialogue, and perhaps even and alliance, with the PCI.

(A reestruturação do final dos anos 70 e início dos anos 80 terminou por abrir caminho para retorno ao mercado, processo mais tarde estimulado pela crescente influência ideológica exercida pelas diretrizes do mercado interno da Comunidade Europeia. Durante os anos 70, no entanto, era difícil prever esse resultado. A vida política estava cercada de incerteza, alimentada pela estagnação da coalizão, tensões sociais e terrorismo. Havia uma crença geral de que o centro-esquerdismo havia falhado, mas profunda incerteza sobre como responder a isso. Alguns acreditavam que o problema incluía esforços destinados a acalmar o movimento sindical, e que o que era necessário era uma rígida política de corte de gastos e restrição monetária, como em 1947 e 1964, para mostrar aos sindicatos que as reivindicações salariais inflacionárias significavam desemprego. Outros arguiam que o governo e as empresas deveriam reconhecer a força e unidade recentemente adquiridas pelo movimento sindical como um fato permanente da vida, e engajar-se em um diálogo construtivo, segundo as linhas das parcerias sociais na Alemanha ou na Escandinávia. E, já que o Partido Comunista exercia grande influência em meio aos sindicatos, essa política, marginalmente, levaria a diálogo e, talvez até a uma aliança com o PCI.)

The dilemma caused deep divisions in both the ruling Christian Democrat Party and the business world. The DC had always straddled the broad centre of the political spectrum, but in the 1970s the stakes in the battle between its left and right wings rose considerably. The majority in the centre were pragmatists. On the left, Aldo Moro became the chief exponent of dialogue with the Communists. On the right, there were no comparably prestigious figures, but some Christian Democrats moved on the fringes of various shadowy ultra-conservative networks linking individuals in the security services, the armed forces, the mafia, and parts of the senior civil service. The man who proved most capable of exploiting these divisions was Giulio Andreotti. In 1972-3 he was prime minister of a brief and unsuccessful government which sought to shift the party back towards a conservative alliance

with the Liberals. By 1976 he was back, but this time, in close cooperation with Aldo Moro, as head of a government bent on dialogue with the Communists.

(O dilema causou divisões profundas tanto no Partido Democrata-Cristão e no mundo empresarial. A DC sempre havia percorrido o amplo centro do espectro político, mas, nos anos 70, os interesses na batalha entre suas alas de direita e esquerda cresceram consideravelmente. A maioria do centro era pragmática. Na esquerda, Aldo Moro tornou-se o maior expoente do diálogo com os comunistas. Não havia, na direita, figuras com tanto prestígio, mas alguns Democratas-Cristãos circulavam por diversas redes ultraconservadoras obscuras que uniam indivíduos dos serviços de segurança, das forças armadas, da máfia e de parcelas do alto escalão do serviço público. O homem que se mostrou mais capaz de explorar essas divisões foi Giulio Andreotti. Em 1972-3 ele foi primeiro-ministro de um governo breve e malsucedido que buscou fazer que o partido recuasse para uma aliança conservadora com os liberais. Em 1976 ele estava de volta, mas, dessa vez, em estreita cooperação com Aldo Moro, como chefe de governo inclinado no diálogo com os comunistas.)

Despite Andreotti's conservative links – or perhaps because of them – he was able to bring the PCI, albeit briefly, into the so-called government of National Solidarity. That government represented the high point of efforts to deal with the impact of the Hot Autumn by conciliation and compromise. That it became necessary at all was testimony to the seriousness of the economic crisis the country was facing – undoubtdedly the most serious since the end of the war, with rumours of possible military intervention, and fears that the country was on the verge of hyper-inflation. The centre-left had collapsed and the Socialist Party for once refused to return to the fold unless the Communists too were coopted. That Andreotti succeeded in forming such an unlikely alliance, spanning almost the entire political spectrum, was testimony to his extraordinary gifts of mediation, and to those of Aldo Moro. It was also testimony to the pessimism of the Communist and trade-union leadership. Having gained from the leftist values of the Hot Autumn, they were alarmed by the economic and political problems it had thrown up. The response of Enrico Berlinguer, secretary general of the PCI, was one of almost indecent relief that his party could play a modest role in propping up a government which, as his critics did not hesitate to point out, was not fundamentally different from the discredited centre-left formula of the 1960s.

(Apesar das ligações conservadoras de Andreotti – ou talvez por causa delas – ele pôde trazer o PCI, embora brevemente, ao chamado governo da Solidariedade Nacional. Esse governo representou o maior dos esforços no sentido de lidar com o impacto do *Autunno Caldo* por meio de conciliação e comprometimento. O fato de esse governo ter-se tornado realmente necessário foi testemunho da gravidade da crise econômica que o país enfrentava – sem dúvida a mais séria desde o fim da guerra, com rumores de possível intervenção militar e temores de que o país estivesse à beira da hiperinflação. A centro-esquerda havia ruído e o Partido Socialista havia-se recusado a retornar ao governo, a não ser que os comunistas também fossem cooptados. O fato de Andreotti ter obtido sucesso ao formar aliança tão improvável, que abrangia quase todo o espectro político, foi prova de suas extraordinárias habilidades de mediação, tanto sua quanto de Aldo Moro. Foi também prova do pessimismo das lideranças comunista e sindical. Tendo-se beneficiado dos valores esquerdistas do *Autunno Caldo*, estavam alarmados com os problemas econômicos e políticos que ele trouxe. A resposta de Enrico Berlinguer, Secretário-Geral do PCI, foi quase indecente admissão de que seu partido poderia desempenhar papel modesto

na formação de um governo que, como os críticos não hesitaram em apontar, não era fundamentalmente diferente da discreta fórmula centro-esquerdista dos anos 60.)

Whether the government of National Solidarity was a success depends on the yardstick by which it is judged. It lasted less than three years, from 1976-9. One of its chief architects, Aldo Moro, paid for it with his life when he was captured and murdered by Red Brigade terrorists. For the Communist Party it ended in predictable disappointment as party members and union members left in large numbers. In their eyes, all the party had done while part of the parliamentary majority was to encourage the unions to forgo wage claims. In the 1979 general election the PCI vote fell 4 percentage points, and its demands for incorporation into the coalition with full cabinet status were rejected by both voters and other parties. As the 1980s arrives, the left seemed as far away from office as ever. An optimist could even argue that the Christian Democrats had ridden the storm, the economy had come through its worst crisis, and Italian industry had been given a vital breathing-space in which to adapt to the consequences of the Hot Autumn.

(Se o governo da Solidariedade Nacional foi bom sucesso ou não depende do ponto de vista. Ele durou menos de três anos, de 1976-9. Um de seus principais arquitetos, Aldo Moro, pagou por ele com a vida, quando foi capturado e morto pelos terroristas da Brigada Vermelha. Para o Partido Comunista, o fim foi desapontamento previsível na medida em que membros do partido e dos sindicatos saíram em grandes números. Sob sua ótica, tudo o que o partido fez quando foi parte da maioria parlamentar foi encorajar os sindicatos a abandonarem reivindicações salariais. Na eleição geral de 1979, o número de votos para o PCI caiu quatro pontos percentuais, e suas demandas por incorporação na coalizão com total participação no governo foram rejeitadas tanto pelos eleitores quanto pelos outros partidos. Com a chegada dos anos 80, a esquerda nunca pareceu tão longe do governo. Um otimista poderia até argumentar que os Democratas Cristãos haviam controlado a tempestade, que a economia havia atravessado sua pior crise e que a indústria italiana havia ganhado fôlego para se adaptar às consequências do Autunno Caldo.)[15]

Passar desse contexto objetivo de incontáveis dificuldades socioeconômicas e políticas, mas enfrentadas por sucessivos governos democráticos, à indisfarçável insinuação de que leis, indispensáveis para responder às graves condições de emergência e votadas por parlamento de centro-esquerda com estrita observância formal e material do ordenamento constitucional democrático, tipificariam estado paralelo de exceção que reduziu as prerrogativas de defesa do extraditando, negando-lhe garantias do justo processo legal, é exercício de pura especulação ou manifestação do mais radical subjetivismo. Não guarda compromisso algum com a verdade histórica. A Itália não era nem encobria regime de exceção, não derrogou os fundamentos jurídicos de tutela dos direitos humanos, nem tampouco – e isto é decisivo – aplicou ao extraditando, em dano de sua defesa, nem de qualquer outro direito seu, "poderes de polícia e leis de exceção" que, nas palavras da autoridade administrativa, compuseram "todo um arsenal" de que o "próprio ordenamento jurídico forjado nos 'anos de chumbo'" dotou a

[15] HINE, David. Italy since 1945. In: HOLMES, George. *The Oxford illustrated history of Italy*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 321-342. Grifos nossos.

magistratura italiana, como, p. ex., "invenção de novos delitos", cuja dilatação teria garantido a estratégia de abusos judiciários.

No particular, não precisaria relevar, desde logo, que o instituto da delação premiada, objeto, na Itália, de inúmeras "*disposizioni premiali*", e há muito adotado entre nós, não representa apanágio de ordenamentos jurídicos totalitários ou de exceção, como terei ocasião de demonstrar! Nem tampouco, que a natureza da unidade policial de operações especiais, onde teria estado preso o extraditando como criminoso comum, lhe comprovaria, só por isso, o alegado caráter político dos crimes.

Conquanto me reserve apreciação oportuna e mais cuidadosa sobre o papel processual da delação premiada e as provas que sustentaram as condenações do extraditando, não posso deixar de adiantar aqui a avaliação autêntica, esclarecida e insuspeita de **Ada Pellegrini Grinover** sobre a necessidade política, a eficiência prática e a legitimidade constitucional daquela legislação de emergência, que, é bom não esquecer, não recaiu de nenhum modo sobre o extraditando:

> Mas uma coisa é certa e pode extrair-se do conjunto de medidas adotadas na Itália: criou-se com elas um sistema completo contra o crime organizado, cuidando-se de aspectos penais, processuais e administrativos, passando pelo ordenamento penitenciário e chegando-se à proteção dos "colaboradores da justiça" e das vítimas. O sistema italiano não se limitou à reforma das leis penais e processuais (estas, por vezes, criticáveis), mas se preocupou em dotar os órgãos de investigação e de persecução dos instrumentos necessários a enfrentar a criminalidade organizada, reequipando-os, modernizando-os e coordenando as atividades conjuntas do Ministério Público e da polícia.[16]

E, de todo modo, não custa advertir que a existência hipotética de um regime autoritário não seria absolutamente incompatível com a ideia ou a possibilidade de um concreto processo legal e justo, cuja justiça e legalidade, em pedido de extradição, só podem ser avaliadas pelo órgão jurisdicional competente!

6. O segundo fundamento da decisão administrativa de que, na época dos fatos, o governo do Estado requerente estava infiltrado de "forças políticas eversivas", cujo "poder oculto" superou e excedeu, em atuações ilegítimas, "a própria exceção legal", influindo, de maneira direta ou indireta, nas condenações do extraditando, esse, sobre implicar gratuita e pesada afronta à independência e isenção da magistratura italiana, não transpõe, na causa, as fronteiras largas da fantasia. Não se apoia em nenhum dado de realidade! A conjectura, aliás, mal se acomoda aos eventos que, à época, suscitaram a conhecida polêmica sobre a inclinação ideológica das "*toghe rosse*", cuja qualificação tachava os magistrados da "*sinistra giudiziaria*", que, com ativo foco em Milão, se agruparam,

---

[16] O crime organizado no sistema italiano. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3, n. 12, outubro-dezembro, 1995, p. 86.

durante toda a década de setenta, no movimento "Magistratura Democrática", sob o projeto comum de destruir o estado burguês ("*stato borghese*").[17]

Que pudessem ter ocorrido, no início dos anos setenta, ações ilegais isoladas de grupos do aparelho repressivo do Estado, em articulação com serviços secretos, como se especula a respeito do chamado massacre da Praça Fontana, é hipótese considerável à luz da experiência, mas, ainda em relação a esse episódio, o mesmo *Norberto Bobbio*, cujo testemunho é invocado na decisão administrativa, guarda-se de qualquer juízo temerário, escrevendo sobre sua autoria: "Não faço conjecturas, não avanço nenhuma hipótese".

Mas o que mais admira é o inexplicável descompasso histórico dessa referência. O evento, conhecido com "*Strage di Piazza Fontana*", oriundo da explosão de poderosa bomba na sede do Banco de Agricultura de Milão e responsável pela morte de dezesseis pessoas e ferimentos graves em noventa, deu-se na tarde do dia 12 de dezembro de 1969, dez anos antes da comissão dos delitos imputados ao extraditando! E convém lembrar, ainda, que, atribuído de início a grupo de anarquistas, capturados logo depois e dos quais Giuseppe Pinelli caiu do edifício onde estava sendo interrogado, foi objeto de múltiplas especulações jornalísticas e não menos investigações policiais e judiciais, concluídas em 2005, sem condenação de nenhum dos suspeitos acusados de pertencerem a organização internacional de extrema direita.

Como, pois, conceber-se, em matéria de tamanha gravidade, cuja solução, racional e jurídica, deve emanar apenas da eficácia retórica da prova inconcussa de fatos, que as condenações ulteriores do extraditando, em processos cuja legalidade está submetida ao escrutínio exclusivo desta Corte, teriam resultado, não da correta instrução e isento julgamento das causas, mas da ação oculta de pretensas forças eversivas do aparato estatal?

7. O terceiro fundamento afirma a natureza política dos crimes do extraditando. E, como tal, é de ilegalidade ruidosa e redobrada, por não poucas nem leves razões, das quais a primeira, conquanto não menos incisiva e manifesta que as outras, está em que a autoridade administrativa carece de toda competência na matéria.

Como já acentuei, da atribuição prevista no art. 102, inciso I, alínea *g*, da Constituição da República, deflui, logo, que, enquanto objeto necessário da cognição imanente à competência constitucional reservada à jurisdição desta Corte, lhe toca apreciar, com inteira exclusividade, todas as questões relativas à existência de fatos configuradores de **causas intrínsecas** de não extradição, assim consideradas as que, não correspondendo a nenhuma das taxativas hipóteses legais de concessão de refúgio, submissas todas a juízo administrativo privativo mas vinculado, impedem deferimento da extradição solicitada por Estado estrangeiro.

---

[17] No seu congresso realizado em Roma, em dezembro de 1971, foi apresentada moção que conclamava os magistrados a destruírem o modelo de justiça que servia de instrumento de tutela dos interesses das classes dominantes.

Ora, nos claríssimos termos do disposto no art. 77, § 2º, da Lei federal 6.815/1980, c/c o art. 102, I, *g*, da Constituição da República, cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração, o que, sem resquício de dúvida, significa outorga de competência exclusiva para definir se o fato constitui crime comum ou político. Essa é a razão óbvia por que, dentre as hipóteses específicas de reconhecimento da condição de refugiado, previstas no art. 1º da Lei federal 9.474/1997, não consta a de que a pessoa tenha sido condenada por delito político.

A coerência de tal sistema normativo, que às escâncaras exclui da competência administrativa a indagação do caráter do crime, é perceptível à circunstância de que a eventual conotação política deste não basta de per si para caracterizar fundado receio atual de perseguição política. É que, em Estado democrático, com instituições isentas e sistema jurídico legítimo, é, em certa medida, direito inquestionável do cidadão discordar do regime vigente. E será a maneira como tal Estado irá comportar-se diante da prática de crime de inspiração política que demonstrará o grau de confiabilidade das instituições e de segurança dos cidadãos. Mas não se lhe pode imputar a pecha de perseguir uma pessoa ou de não tomar as medidas indispensáveis para protegê-la, garantindo seus direitos, pelo só fato de, nos termos da lei, movimentar a máquina repressiva para coibir e punir eventuais delitos.

O receio de perseguição não figura, pois, consequência lógica necessária da mera admissão de teórica natureza política do crime, o que, há de ver-se, nem de longe é o caso. Seria falacioso outro raciocínio, até porque são distintos os bens jurídicos protegidos nas duas hipóteses, a de recusa de extradição por prática de crime político e a de concessão de refúgio sempre por outras causas. Quando veda a extradição, o ordenamento tutela o direito da pessoa de lutar contra determinado regime. Na provisão de refúgio, protege, além desse, outros direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e psíquica. Na situação dos autos, trata-se mais diretamente do direito ao devido processo legal.

8. O quarto e último fundamento alude às vicissitudes da estada do extraditando em França, de onde teria sido expulso, de fato, por decisão de cunho político. E esse é impertinente às inteiras.

No tocante aos acontecimentos ali ocorridos, escusa opor objeções de ordem factual ou jurídica, tendo em vista serem, ao propósito, de todo irrelevantes as respectivas considerações da decisão administrativa para o desate da causa. É que a Lei 9.474/1997 exige, no art. 1º, inciso I – em cuja hipótese (*fattispecie* abstrata) se fundou o reconhecimento da condição de refugiado –, como requisito típico essencial, que a pessoa se ache fora do país de nacionalidade, sob cuja proteção não queira ou não possa acolher-se. No caso destoutro fundamento decisório, toda a particular motivação do asserto de perseguição política concerne a eventos sucedidos em terceiro país, que não reclama extradição.

9. Desta já longa e minuciosa análise de todos os fundamentos empíricos e jurídicos do ato de concessão de refúgio, tira-se que, se há, quanto à sorte e às consequências da extradição, algum fundado temor atual do extraditando,

tal receio tem por único objeto os *desdobramentos legais* da persecução penal executória, e não, agravos imaginários de perseguição política, de cujo risco não consta nem um só e pálido indício.

Daí, toda a pertinência da distinção que, constante do manual de procedimentos e critérios para determinar a condição de refugiado político, publicado, em 2004, pelo Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), deve ser observada, com rigor, neste tema, por que se não confundam nem embaralhem coisas tão diversas entre si:

> (d) Punição
>
> **56. Deve-se distinguir perseguição de punição prevista por uma infração de direito comum. As pessoas que fogem de procedimentos judiciais ou à punição por infrações desta natureza não são normalmente refugiados. Convém relembrar que um refugiado é uma vítima – ou uma vítima potencial – da injustiça e não alguém que foge da justiça.**
>
> 57. A distinção acima pode, no entanto, por vezes, ser menos clara. Em primeiro lugar, uma pessoa culpada de uma infração de direito comum pode ser alvo de uma pena excessiva que pode ser equivalente *a perseguição no sentido da definição.* Além disso, os procedimentos judiciais pelas razões mencionadas na definição (por exemplo, no que se refere a educação religiosa "ilegal" dada a uma criança) podem, por si só, equivaler a perseguição.
>
> 58. Em segundo lugar, surgem casos em que uma pessoa, além de recear os procedimentos judiciais ou a punição por um crime de direito comum, pode, também, ter "fundado temor de ser perseguida". Nestes casos, a pessoa em causa é um refugiado. **No entanto, pode ser necessário ponderar se o crime em questão não é de uma gravidade tal que leve o requerente a ser abrangido por uma das cláusulas de exclusão.** *Ver parágrafos 144 a 156.*
>
> **59. A fim de determinar se os procedimentos judiciais equivalem a perseguição, será também necessário considerar as leis do país em causa, pois é possível que a lei não esteja em conformidade com os padrões aceitos em matéria de direitos humanos. Mais frequentemente, contudo, pode não ser a lei mas a sua aplicação que é discriminatória. Procedimentos judiciais por ofensa à "ordem pública", por exemplo por distribuição de panfletos, podem ser um meio de perseguição do indivíduo devido ao conteúdo político da publicação.**
>
> 60. Em tais casos, tendo em conta as dificuldades óbvias que se apresentam na avaliação das leis de outro país, as autoridades nacionais serão, com frequência, levadas a tomar uma decisão tendo por referência a sua própria legislação nacional. Além disso, pode ser útil o recurso aos princípios enunciados nos diversos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, em particular nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, que têm força obrigatória para os Estados Partes e que são os instrumentos aos quais aderiram muitos dos Estados Partes da Convenção de 1951.[18]

Como se vê, não aparecendo como vítima da injustiça, senão como alguém que foge da punição legal por crimes de natureza comum, não pode o extraditando aspirar à condição de refugiado.

10. Não é tudo.

---

[18] P. 25-26. Grifos nossos.

No campo dos chamados requisitos negativos, não é menor a franca incompatibilidade entre a decisão administrativa e a lei. O manual do Acnur discerne ainda, neste ponto, três grupos de condições ou cláusulas que hão de ser observadas para efeito de reconhecimento da situação de refugiado político: as de inclusão, de cessação e de exclusão:

> 31. As cláusulas de inclusão definem os critérios que uma pessoa deve satisfazer para ser refugiado. Constituem os critérios positivos no reconhecimento do estatuto de refugiado. As cláusulas ditas de cessação e de exclusão têm um significado negativo; as primeiras indicam as condições em que um refugiado perde essa qualidade e as segundas enumeram as circunstâncias em que uma pessoa é excluída da aplicação da Convenção de 1951, mesmo que satisfaça os critérios positivos das cláusulas de inclusão.[19]

Sob essa luz metodológica, veja-se o que preceitua o art. 1-F do Estatuto dos Refugiados:

> F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para se pensar que:
>
> a) cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dado pelos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes;
>
> b) **cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados**;
>
> c) tornaram-se culpadas de atos aos fins e princípios das Nações Unidas.[20]

O conjunto das normas expressas nesse texto foi complementado pela Lei 9.474/1997, que, ainda mais explícita, prescreve no art. 3º:

> Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:
>
> I – já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR);
>
> II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro;
>
> III – **tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;**
>
> IV – sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. [21]

É inequívoco o sentido da regra que veda, expressamente, a atribuição da condição de refugiado a pessoas que tenham cometido crimes comuns graves, sobretudo se qualificados como hediondos. E, por antecipar-se e responder à possível objeção de que essa interdição seria avessa à tutela internacional dos

---

[19] P. 17.

[20] Grifos nossos.

[21] Grifos também nossos.

direitos humanos e às suas garantias fundamentais, basta ver que o padrão legitimante de racionalidade normativa exigida lhe vem da inteira correspondência com significativo enunciado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948:

> Artigo XIV.
> 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
> **2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas**.[22]

Pois bem, para afastar tal impedimento, assim se justificou, na decisão recursal, a autoridade administrativa:

> 42. Por fim, assinala-se que não há impedimentos jurídicos para o reconhecimento do caráter de refugiado do Recorrente. Embora se reporte a diversos ilícitos que teriam sido praticados pelo Recorrente, em nenhum momento o Estado requerente noticia a condenação do mesmo por crimes impeditivos do reconhecimento da condição de refugiado, estabelecidos no art. 3º, inciso III, da Lei 9.474/1997, o que importa no afastamento das vedações estabelecidas no citado comando legal:
> Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: (...)
> III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas.

Reportando-se ao fato de que, "em nenhum momento o Estado requerente noticia a condenação do mesmo por crimes impeditivos da condição de refugiado", a decisão, proferida à vista da documentação remetida pelo que, em sede de questão de refúgio, foi impropriamente denominado "Estado requerente",[23] desconsidera todo o cristalino teor das sentenças condenatórias recobertas pela *res iudicata*.

É intuitivo que, para reconhecer a incidência da cláusula legal de preexclusão de refúgio, não se exige que a sentença do outro Estado tenha, na sentença condenatória, usado expressão equivalente à de "crime contrário aos princípios das Nações Unidas" ou à de "crime hediondo". Esta é só categoria conceitual do direito brasileiro, destinada a traduzir e disciplinar o alto grau de repulsa jurídica à prática de certos delitos reputados de superlativa gravidade e reprovabilidade e, como tais, capazes de inviabilizar a concessão de refúgio, porque incompatíveis com o caráter humanitário desse instituto. Cumpre, dessarte, apenas analisar os fundamentos textuais do pedido de refúgio, em que, tão só para fins de resposta à preliminar, podem resumir-se no seguinte.

Cesare Battisti foi condenado por quatro homicídios qualificados, nos termos da legislação italiana. Também o foi por outros crimes, mas essoutras con-

---

[22] Grifos nossos.

[23] A entrega deu-se em 1º de julho de 2008, mediante o Ofício 4513/R (fls. 2800-2802).

denações não compõem a fundamentação do pedido de extradição, de modo que me atenho às dos homicídios:

a) Homicídio de *Antonio Santoro*, agente de custódia do cárcere de Udine, acontecido nessa cidade em 6-6-1977. Ditado por mera aversão às atividades profissionais da vítima e, ainda, provável sentimento de desforra de desavenças pessoais geradas durante o encarceramento, o crime teria sido praticado por Batistti, que simulou estar namorando em local próximo ao do fato e se aproveitou da distração da vítima para lhe desferir dois tiros pelas costas (arts. 110, 112 n. 1, 575, 577 n. 3, 61 n. 10 do Código Penal italiano) [24];

b) Homicídio de *Lino Sabbadin*, perpetrado em Mestre, em 16-2-1979. Battisti, no interior do estabelecimento comercial de propriedade da vítima, desfechou-lhe diversos tiros à queima-roupa. O motivo apurado para o delito consistiria em vingança pelo assassinato de um amigo de Battisti pela vítima, em tentativa de assalto ao estabelecimento (arts. 110, 112 n. 1, 575, 577 n. 3 do Código Penal italiano);

c) Homicídio de *Pierluigi Torregiani*, cometido em Milão, em 16-2-1979. Battisti teria participado do planejamento do homicídio desse joalheiro, também por vingança, executando-o mediante emboscada (arts. 110, 112 n. 1, 575 do Código Penal italiano);

d) Homicídio de *Andrea Campagna*, ainda praticado em Milão, a 19-4-1979. Neste caso, Batistti participou do planejamento do crime e foi o autor dos cinco disparos que mataram a vítima à traição. A motivação consistiu em ter a vítima participado da prisão de alguns dos presumidos autores do homicídio de *Torregiani* (arts. 110, 112 n. 1, 61 n. 10, 575, 577 n. 3 do Código Penal italiano).

Sem avançar cognição sobre a questão da dupla tipicidade e de outros requisitos de extradição, esta síntese basta para evidenciar que, perante nosso ordenamento jurídico, tais delitos, sobre não apresentar nenhum traço de conotação política, entram com folga na classe dos crimes comuns graves, qualificados de hediondos nos termos do art. 1º da Lei 8.072/1990:

---

[24] *"Art. 575. Omicidio.*
Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno."
"Art. 577.
Altre circostanze aggravanti. Ergastolo.
Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso:
3. con premeditazione;"
"Art. 61. Circostanze aggravanti comuni.
Aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti:
10. l'avere commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio;"

> Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:
>
> I – **homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);**

Diante da garantia constitucional da irretroatividade da lei penal danosa (art. 5º, XL), pouco se dá que os fatos, pelos quais, a título de crimes comuns de perceptível gravidade, foi condenado o extraditando, se deram antes do início de vigência da Lei 8.072, de 1990.

É que, em primeiro lugar, sua incidência, no caso, não importa agravamento da situação jurídico-penal do extraditando **enquanto réu**, até porque não está sendo, nem poderia ser rejulgado por esta Corte, senão mera qualificação jurídica da sua distinta situação de pretendente de reconhecimento da **condição de refugiado**, que só pode ser examinada, como, aliás, o foi, à luz da Lei 9.474, de 1997, a qual, suposto também posterior aos fatos, é, sem dúvida, a única aplicável à espécie.

Daqui, a segunda razão é porque, sendo essa a lei regente, incide de imediato, sem retroagir, sobre a **pretensão** de refúgio formulada sob sua vigência, apanhando todos os fatos – o passado histórico – que constituem fundamentos do pedido, não para algum efeito penal, mas tão só para estima da coexistência, ou não, dos requisitos legais imprescindíveis à concessão do benefício político. E tal escrutínio, como entra aos olhos, é realizado, com caráter meramente *declaratório*, no momento em que se pede refúgio.

Isto significa apenas que, se os fatos principais, embora velhos ou anteriores ao requerimento, recebem, por sua concreta e objetiva gravidade, valoração negativa e consequente eficácia obstativa de outra lei em vigor (Lei 8.072/1990), o benefício político não pode ser deferido, e não que a situação penal do extraditando seja exacerbada. Numa síntese irrespondível, se a lei aplicável impede o refúgio quando seja grave o delito cometido antes dela, reconhecer-lhe a gravidade, na forma doutra lei vigente, de modo algum implica retroação, senão incidência imediata. A gravidade, enquanto impeditiva da concessão de refúgio, é sempre objeto de juízo posterior ao fato criminoso, quer exista, quer não exista lei que a proclame!

Daí vem, desde logo, a existência de condição legal excludente da concessão de refúgio, como só remate e reforço do quadro da indiscutível ilegalidade de que se revestiu a decisão administrativa que o deferiu ao extraditando. Trata-se, portanto, de ato administrativo, que, por sua manifesta, absoluta e irremediável nulidade e ineficácia, não pode opor-se à cognição nem a eventual procedência do pedido de extradição, como, ademais, há de ficar ainda mais translúcido no exame do mérito.

O ato é ilegal. Era correta a decisão do Conare.

11. Argui a defesa, ainda em sede preliminar, defeito de forma do pedido de extradição, sobretudo no que se refere ao conteúdo das decisões em que se funda e às respectivas traduções.

Não lhe assiste razão.

Conquanto se reconheça que a tradução apresente pontuais deficiências em relação aos documentos redigidos em idioma italiano, tais impropriedades, todas secundárias e sem potencial de dano semântico, não comprometem a inteira inteligibilidade do conteúdo essencial que emerge dos atos traduzidos, nem tampouco o pleno exercício do direito de defesa. É o que se vê logo diante do teor da larga e substanciosa defesa trazida aos autos às fls. 1823-1936 e 2540-2611.

Esta Corte, ademais, não se cansa de proclamar:

> *Extradição – (...) Documentos em língua estrangeira – Tradução deficiente – Possibilidade de compreensão do conteúdo das peças documentais – Inocorrência de defeito formal.* A eventual ocorrência de impropriedades léxicas, a verificação de desvios sintáticos, a configuração de incorreções gramaticais ou a inobservância dos padrões inerentes à norma culta, só por si, não imprestabilizam a tradução produzida, pelo Estado estrangeiro, no processo extradicional, se se evidenciar que o conteúdo dos documentos, formalmente vertidos para o português, reveste-se de inteligibilidade. Precedentes.
> (**Ext 744**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 18-2-2000.)

> Extradição. Suficiência descritiva do mandado de prisão. Tradução capaz de permitir a compreensão do texto e sobranceira a objeção plausível à sua fidelidade, a despeito dos erros de português nela detectados.
> Embargos de declaração rejeitados, por não configurada a suposta contradição; tampouco omissão, obscuridade ou erro material a sanar.
> (**Ext 737-ED**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 14-5-1999.)

> Extradição. Vício formal: tradução que, embora deficiente em alguns pontos, foi produzida por perito tradutor do idioma português, no Estado requerente, atendendo à norma da lei especial (Lei 6.815/1980, art. 80, § 2º).
> (**Ext 483**, Rel. Min. **Célio Borja**, *RTJ* 133/1063.)

Irretocável, aliás, a manifestação da República Italiana, no que concerne às imprecisões na tradução, sobretudo, da sentença condenatória de primeira instância, ao demonstrar que, além de marginais e irrelevantes, estão de todo supridas ou superadas por outras reproduções constantes dos autos:

> (...)
> Como visto no item 2.1, retro, o extraditando sustenta a inviabilidade do pedido por não constar dos autos a íntegra das sentenças condenatórias em que se funda e, ainda, por deficiências da tradução dos documentos a ele acostados, as quais teriam "sido feitas por pessoa que não ostenta a condição de tradutor juramentado no Brasil".
> Não tem, no entanto, a relevância pretendida, estando longe de comprometer a higidez do pedido, as falhas que o extraditando indica a partir da comparação entre

"documentos acostados às fls. 673 a 737 (supostamente a sentença n. 76/1988 da Côrte da Assise) e documentos de fls. 108/179, que se diz ser as traduções da dita sentença" (sic). Com efeito, são de todo desinfluentes. Isso é de fácil constatação, consoante se passa a demonstrar de maneira cabal e inelutável.

Note-se bem que, de todas as falhas anotadas, apenas uma delas – uma única, aquela atinente à alegada incompletude da fl. 721, ao final – diz respeito a crime que fundamenta o pedido de extradição. No ponto, reclama a defesa que, no texto original da sentença n. 76/88, da *1ª Corte d'Assise di Milano,* a imputação referente ao homicídio de Pierluigi Torregiani, aí formulada, estaria incompleta por supressão da parte final.

É certo, contudo, que essa deficiência se encontra plenamente suprida à fl. 1014 dos autos, onde se tem, no texto original da sentença n. 17/90, *da Prima Corte d'Assise d'Appello di Milano,* a reprodução integral daquela mesma imputação de crime comum, tal como constante da sentença de primeira instância, da mesma forma que ali (fl. 1014) se reproduzem também as imputações referentes aos outros três crimes comuns de que cuida a imputação.

Basta conferir os textos às fls. 721 e 1014 dos autos para comprovar-se que a deficiência está totalmente suprida.

A reprodução da sentença de primeira instância contida no texto original (italiano) da sentença n. 17/90, da *Prima Corte d'Assise d'Appello di Milano,* responde também dúvidas levantadas pelo extraditando relativamente ao descompasso entre o texto da fl. 691 e das fls. 113/114, onde se tem a respectiva tradução.

Pela leitura da fl. 984 – que é parte da reprodução da sentença n. 76/88, de primeira instância, no original da sentença n. 17/90, da *Prima Corte d'Assise d'Appello di Milano* –, confirma-se que é correta a tradução de fl. 113/114, tanto no acrescimento referente a *'liras em dinheiro efetivo que roubavam das caixas do correio, agência n. 5 de Via Cesare Abba',* quanto na adução atinente a todo o item 33) (ex 34). (Fls. 2397-2398.)

Convém advertir que não precisava nem precisa fosse juntada cópia integral da longuíssima sentença condenatória de primeira instância, proferida em processo de causas múltiplas e múltiplos réus, por duas breves razões. A primeira, porque o foi todo o capítulo concernente à acusação e à condenação do ora extraditando, excluídos apenas os relativos a crimes e réus diversos, objeto de matéria em tudo estranha à extradição. A segunda, porque, como o esclarece o disposto no art. 512 do nosso Código de Processo Civil, que enuncia princípio aplicável a todas as classes de processos, a sentença confirmada ou reformada em grau de recurso já não subsiste como decisão, substituída que é, nos pontos objeto de recurso, pelo acórdão que a reformou ou confirmou, pois de outro modo se teria o absurdo de, num só processo, existirem, sobre o mesmo pedido, tantas decisões quantas tenham sido editadas nos sucessivos graus de jurisdição! A eficácia é sempre do último julgamento.[25]

Relevo, outrossim, que o Tratado de Extradição Brasil-Itália, no artigo 10, número 2, não exige sequer que a tradução seja confeccionada por tradutor juramentado: "Os pedidos de extradição e as outras comunicações serão

[25] Sobre ambos os pontos, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, p. 268, n. 149, e p. 399-400, n. 224.

apresentados na língua da parte requerente, acompanhados de tradução na língua da parte requerida".

Bem preciso é, por fim, o parecer do Procurador-Geral da República, que ao propósito sintetiza e remata: "Não se vislumbra, portanto, o vício de forma alegado pela defesa do extraditando, inclusive a respeito da autenticidade da tradução, tendo em vista o disposto no art. 80, § 1º, da Lei 6.815/1980, segundo o qual o encaminhamento do pedido por via diplomática confere autenticidade aos documentos" (fl. 2320).

II – Mérito

Passo a analisar o **mérito**.

12. Aduz a defesa que "o extraditando nunca foi apresentado diante de qualquer Tribunal, tampouco interrogado", sendo julgado à revelia e sem a observância do devido processo legal (fl. 1851).

O fato não tem relevo algum. E não o tem, desde logo, porque "A circunstância de que a condenação tenha ocorrido à revelia não constitui, por si só, motivo de recusa para a extradição", conforme pactuado textualmente na segunda parte da alínea *a* do artigo 5 do Tratado de Extradição Brasil-Itália.

Ao depois, apreciando hipótese semelhante, nos autos da **Ext 864** (Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 29-8-2003), o Plenário da Corte decidiu: "Independentemente da aplicação ao caso da parte final do art. V do Tratado de Extradição entre o Brasil e a Itália, segundo o direito extradicional brasileiro, não impede, por si só, a extradição que o extraditando tenha sido condenado à revelia no Estado requerente."

E decidiu bem, porque, como o sabe hoje toda a gente, a condição de revelia já não guarda, senão no plano etimológico, ideia pejorativa de rebeldia, mas apenas expressa o exercício de faculdade jurídica que tem a parte de, por razões de estrita conveniência pessoal, indevassável pelo Estado, não comparecer ao processo e não exercitar os poderes inerentes ao ônus processual facultado. Porque, como é elementar e óbvio, não tem obrigação, senão ônus de comparecer ao processo, nada obsta que o réu não compareça e, bem por isso, se não comparece, não tem como nem por onde invocar o fato próprio como cerceamento de defesa ou causa de nulidade processual, até porque, de outro modo, se beneficiaria de sua mesma torpeza.

Posto o julgamento tenha tramitado à revelia do extraditando, que à época se encontrava foragido, não há nenhuma dúvida de que lhe foram assegurados todos os **direitos de defesa** correspondentes a essa condição processual, como exige a parte inicial da alínea *a* do citado artigo 5 do Tratado, em estrita observância do princípio do devido processo legal.

Como a própria defesa deixa claro à fl. 1852, "ao extraditando foi nomeado inicialmente defensor de ofício, quando das ditas investigações pelo Ministério Público e depois, constituído advogado".

O documento de fl. 401, cujo conteúdo revela a interposição de recurso de apelação pelo advogado do ora extraditando, no juízo criminal competente, além de todo o exposto no minucioso relatório da sentença condenatória de 1º grau (fls. 180-386) e nas decisões proferidas, seja pelo Primeiro Tribunal do Júri de Apelação de Milão (fls. 404-531), seja pela Corte de Cassação (fls. 538-571), seja ainda pelo 2º Tribunal do Júri de Apelação de Milão, demonstra inconteste exercício dos poderes do contraditório e da ampla defesa, consectários do *due process of law*.

A combativa e intimorata defesa do extraditando, aliás, o representou e defendeu perante os Tribunais do Júri e de Apelação do Júri de Milão, bem como perante a Corte de Cassação. Nesta, foi dado parcial provimento ao seu recurso, para anular "a sentença impugnada (...) em relação a Battisti no assunto concernente à participação no homicídio do Torregiani" (fl. 570), posteriormente reafirmada pelo 2º Tribunal do Júri de Apelação.

Isto, sem considerar, porque foge ao objeto do pedido, que o 1º Tribunal do Júri de Apelação de Milão, em acórdão datado de 16-2-1990, atendeu parcialmente a recurso da defesa, para absolver o extraditando dos delitos previstos nos itens 70 e 71 (fls. 433-434) e também afastar a circunstância agravante prevista no item 110 da decisão (fl. 461) (fl. 528).

Perante a Justiça francesa, no trâmite do pedido de extradição ali formulado, de igual modo e com não menor empenho, a defesa percorreu o Tribunal de Recursos de Paris (fls. 2442-2462), o Supremo Tribunal de Justiça (fls. 2464-2503) e até o Conselho de Estado (fls. 2504-2514).

A defesa de Cesare Battisti, ao cabo do processo de extradição, recorreu ainda à Corte Europeia de Direitos Humanos, que, sobre as questões específicas da revelia e da validade dos mandatos outorgados aos advogados, observou e decidiu:

> (...)
>
> Neste contexto, a Corte observa que quando se encontrava foragido, o Requerente, por meio de duas cartas manuscritas e assinadas, endereçadas respectivamente aos Ministérios Públicos dos Tribunais de Udine e Milão em 10 de maio e 12 de julho de 1982, nomeou dois advogados para representá-lo nas instâncias judiciárias em curso. A Corte observa também que, através de outra carta, desta feita datilografada, mas por ele assinada, datada de fevereiro de 1990 e protocolada junto ao cartório do Tribunal de Recursos de Milão em 19 de fevereiro de 1990, ele confirmou a escolha do advogado P. como seu defensor no processo pendente. Nessa carta, o Requerente indicou o número de protocolo do processo em curso perante a Justiça italiana e outorgou ao advogado escolhido o mandado para apresentar em seu nome um recurso contra a sentença proferida pelo Tribunal de Recursos de Milão em 19 de fevereiro de 1990. Depreende-se dos autos, com base nos argumentos apresentados pelo Requerente perante a instância judiciária francesa, que também tinha sido informado acerca do indeferimento de seu recurso por parte da Corte Suprema de Cassação italiana em 8 de abril de 1991.
>
> A Corte, tendo em vista as circunstâncias do caso, constata portanto que o requerente estava manifestamente informado sobre a acusação contra ele, bem como do andamento do processo perante a Justiça italiana, mesmo encontrando-se

> foragido. Por outro lado, o Requerente, que tinha voluntariamente decidido permanecer foragido após sua fuga em 1981, era de fato assistido por vários advogados especialmente escolhidos por ele durante o processo. Relativamente a este último ponto, a Corte observa, além do mais, que ele não levou à atenção das autoridades competentes as eventuais dificuldades que teria encontrado na preparação da sua defesa junto aos seus advogados escolhidos (Hermi, supracitado, 96-97).
>
> À luz de quanto acima afirmado, a Corte considera que era lícito às autoridades judiciárias italianas em primeiro lugar e às autoridades judiciárias francesas em seguida, concluir que o Requerente tinha renunciado de maneira inequívoca a seu direito de comparecer pessoalmente e de ser julgado em sua presença.
>
> Ela observa, por fim, que emerge de maneira expressa da sentença particularmente fundada proferida pelo Conselho de Estado em 18 de março de 2005, que as autoridades francesas levaram devidamente em conta todas as circunstâncias envolvendo a questão e a jurisprudência da Corte para considerar legítimo o pedido de extradição apresentado pelas autoridades italianas.
>
> (Fls. 2531-2532.)

E de nenhum passo consta o mais débil indício de que os defensores constituídos tivessem sido ameaçados, intimidados ou cerceados no exaustivo e eficiente desempenho de seu mister!

A respeito tipifica-se, portanto, na inteireza, uma das duas hipóteses que autorizam a concessão da extradição segundo a Lei 6.815/1980, qual seja, a decretação de prisão por tribunal competente, capaz de assegurar ao acusado, no juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo e independente (cf. **Ext 633**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 6-4-2001).

13. Questiona a defesa, ainda, o próprio mérito da decisão que condenou o extraditando à pena de prisão perpétua, em particular a autoria dos delitos e a força retórica das provas que, colhidas durante a instrução, lhe fundamentaram o veredicto condenatório.

Segundo nosso sistema da contenciosidade limitada, ou, antes, de cognição restrita (§ 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980), compete ao Plenário desta Corte tão somente apreciar a defesa que verse *sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição*.

Ao propósito, leciona **Mirtô Fraga**:[26]

> Nos termos do § 1º, a defesa do extraditando não é ampla, estando circunscrita a três pontos, isto é, à identidade do extraditando, à instrução do pedido e à ilegalidade da extradição, segundo a lei brasileira ou o tratado aplicável ao caso. Tudo que não esteja relacionado com esses três aspectos será ignorado, ou seja, será considerado impertinente e não merecerá acolhida do Supremo. Assim, a defesa fundada na decadência do direito de propor a ação penal só será admitida se coincidente a legislação do Estado requerente com a brasileira, ou se esta for mais benigna que aquela e se verificarem os pressupostos da extinção da punibilidade. Da mesma forma, a justiça ou injustiça, a procedência ou improcedência da acusação, também, escapam ao exame da Corte.

---

[26] O n*ovo Estatuto do Estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 341-342.

Igualmente não serão acolhidas as alegações sobre vício de citação, mérito da condenação e outros vícios processuais, questões de distribuição interna de competência de Tribunais do Estado requerente; enfim, tudo quanto exceder o permitido no § 1º se prende à natureza do pedido de extradição e não ofende o preceito constitucional de ampla defesa, como decidiu bem recentemente a Corte. Afinal, o Supremo Tribunal não apura os fatos imputados ao extraditando, limitando-se a verificar a ocorrência de pressupostos e condições da extradição e de ser o extraditando a pessoa reclamada.

A conhecer da alegação de fragilidade das provas produzidas na instrução criminal, estaria esta Corte a transpor os limites legais do poder de controle jurisdicional no processo de extradição, para entrar a rejulgar as causas! Não pode fazê-lo. Não se cuida de juízo revisional de sentença estrangeira! É esta a sua velha e aturada jurisprudência:

Extradição passiva – Sistema extradicional vigente no Brasil – Possibilidade de controle jurisdicional limitado – Juízo de delibação.

– O sistema extradicional vigente no direito brasileiro qualifica-se como sistema de controle limitado, com predominância da atividade jurisdicional, que permite ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro.

O modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa da extradição passiva – vinculado, quanto à sua matriz jurídica, ao sistema misto ou belga – não autoriza que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao reexame de mérito (*révision au fond*) ou, ainda, à revisão de aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal praticados no Estado requerente.

O Supremo Tribunal Federal, ao proferir juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, só excepcionalmente analisa aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, desde que esse exame se torne indispensável à solução de eventual controvérsia concernente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando. Mesmo em tais hipóteses excepcionais, a apreciação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal deverá ter em consideração a versão emergente da denúncia ou da decisão emanadas de órgãos competentes no Estado estrangeiro.

Estatuto do Estrangeiro – Defesa do extraditando – Limitações – Validade constitucional do art. 85, § 1º da Lei 6.815/1980.

– O modelo extradicional instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro (Estatuto do Estrangeiro), precisamente por consagrar o sistema de contenciosidade limitada, circunscreve o *thema decidendum*, nas ações de extradição passiva, à mera análise dos pressupostos (art. 77) e das condições (art. 78) inerentes ao pedido formulado pelo Estado estrangeiro.

A pré-exclusão de qualquer debate judicial em torno do contexto probatório e das circunstâncias de fato que envolvem a alegada prática delituosa e o seu suposto autor – justificada pelo modelo extradicional adotado pelo Direito brasileiro – implica, por efeito consequencial, a necessidade de delimitar o âmbito de impugnação material a ser deduzida pelo extraditando, consideradas a natureza da controvérsia instaurada no processo extradicional e as restrições impostas à própria atuação do Supremo Tribunal Federal.

> As restrições de ordem temática que delimitam materialmente o âmbito de exercício do direito de defesa, estabelecidas pelo art. 85, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não são inconstitucionais e nem ofendem a garantia da plenitude de defesa, em face da natureza mesma de que se reveste o processo extradicional no direito brasileiro. Precedente: *RTJ* 105/3.
> (**Ext 669**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 29-3-1996.)

"O que interessa é a verificação da existência de fato típico, vale dizer, acusação da prática de fato típico – crime na legislação do Estado requerente, crime na legislação brasileira. Se isso ocorre, não tem relevância a indagação a respeito da credibilidade das provas existentes contra o extraditando", sintetiza **Carlos Mário da Silva Velloso**.[27]

14. Ainda dentro dos limites deste juízo de cognição horizontal restrita, aprecio o requerimento da defesa para que "seja oficiado ao Governo requerente no sentido de fazer integrar aos autos a Sentença Judicial prolatada em 1978/1979, que o condenou (Cesare Battisti) à pena de 12 anos e 10 meses de reclusão por associação subversiva, que o excluiu taxativamente da participação em qualquer homicídio" (fl. 2610 reiterado a fl. 2697).

É impertinente.

A condenação por delito de associação subversiva não compõe os fundamentos do pedido de extradição, cujo objeto está nítido na Nota Verbal de fl. 4, *verbis*:

> A extradição de Cesare Battisti é requerida com referência aos seguintes crimes:
> – homicídio premeditado do agente penitenciário Antonio Santoro, fato que aconteceu em Udine em 6 de junho de 1977;
> – homicídio de Pierluigi Torregiani, ocorrido em Milão em 16 de fevereiro de 1979;
> – homicídio premeditado de Lino Sabbadin, ocorrido em Mestre em 16 de fevereiro de 1979 e
> – homicídio premeditado do agente de Polícia, Andrea Campagna, ocorrido em Milão em 19 de abril de 1979.

Como não podia deixar de ser, o Estado requerente reafirmou o objeto e os limites do pedido, enfatizando: "(...) impende observar que a sentença condenatória aí aludida não foi juntada pela razão muito simples: **ela não guarda relação com o pedido**, cujo objeto exclusivo, como já se viu, é a execução das sentenças condenatórias referentes aos homicídios (...)" (fl. 2388 – grifos no original).

E complementa:

> Há mais, porém, a enfatizar: a Nota Verbal n. 126 volta ao ponto para registrar o **compromisso do Governo da República Italiana no sentido de que, "caso**

---

[27] A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). *Terrorismo e direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil*: perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 142.

> **Cesare Battisti seja entregue para as Autoridades italianas, não lhe serão aplicadas sentenças de condenação para as quais a extradição não foi requerida**, de acordo com a decisão adotada pelas Autoridades judiciárias brasileiras" (fl. 5).
>
> Definitivamente, portanto, tem-se a posição claríssima, inequívoca, do Estado requerente, o qual promove contra o extraditando legítima persecução judicial internacional, por meio deste processo, unicamente em razão das condenações decorrentes de crimes comuns.
>
> (Fl. 2389.)[28]

Parece que a tese ou, antes, a pretensão da defesa está em conferir efeitos vinculantes e eficácia transcendente a considerações marginais, enunciadas incidentalmente na motivação (*obiter dicta*) e desprovidas de maior importância até em relação ao próprio conteúdo decisório daqueloutro julgado, cujo limite objetivo da *res iudicata* é a condenação de Cesare Battisti pelo só crime de associação subversiva, e, como tal, tentar desconstituir ou rescindir as sentenças condenatórias em que se apoia este pedido extradicional.

Cuida-se de peculiar mas infrutífero ensaio de reexame do conjunto probatório da causa penal autônoma, promovida pelas autoridades judiciárias competentes contra o extraditando, à vista de sentença que, noutro processo, o condenou pelo crime de associação subversiva.

Da juntada ulterior, pela defesa mesma, de cópia da sentença proferida pela Corte D'Assise de Milão n. 20/81 e pela Corte de Apelo D'Assise de Milão (Apenso n. 5 e n. 6), posto desacompanhada de tradução, vê-se que, muito embora o homicídio de Pierluigi Torregiani tenha sido ali objeto de referência, não houve, naquela causa, imputação desse delito a Cesare Battisti, donde não poder excogitar-se coisa julgada ou *bis in idem* em relação ao processo que culminou na condenação do extraditando pelos quatro crimes de homicídio, cujo veredicto está à raiz deste pedido de extradição.

É truísmo jurídico que a coisa julgada alcança somente o comando (*decisum*) pronunciado pelo juiz, na sentença, em correspondência e resposta ao pedido, donde pressupor sempre "identidade de demanda, informada pelas mesmas partes (*personae*), o mesmo pedido (*petitum*) e o mesmo fundamento (*causa petendi*)", dizia **Magalhães Noronha**.[29]

Nesse sentido, a clássica lição de **Liebman**, ao definir os limites objetivos da coisa julgada:

> Por essa razão, ao invés de estabelecer os limites da coisa julgada com fundamento nas questões discutidas, convém lembrar que o que a coisa julgada deve assegurar, é o resultado prático e concreto do processo (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso; e é, pelo contrário, irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada. Pode esta ter ultrapassado os limites da questão que foi deduzida no processo como seu objeto, ou pode também ter-se restringido mais do que ela poderia ter comportado, sem que por isso se altere o âmbito em que

---

[28] Grifos do original.

[29] Op. cit., p. 72.

> opera a coisa julgada. **E para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença**; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalístico, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. **Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo**.[30]

A chamada eficácia negativa da coisa julgada material é decorrência lógica do vetusto princípio da segurança jurídica, transparente ao *ne bis in idem*, que, consagrado no plano internacional e no direito interno, supõe, como é óbvio, identidade de causas:

> Para se evitar que uma pessoa seja processada uma segunda vez pelos "mesmos fatos", nosso Código de Processo Penal (arts. 95, V, e 110) prevê a denominada exceção de coisa julgada, que somente pode ser invocada regularmente quando há repetição da mesma causa. A mesma causa se repete quando são idênticos o pedido, as partes e a causa de pedir, observando-se que "causa *petendi*" no processo penal refere-se aos fatos narrados (e, no caso, já julgados). Aliás, o que vale é o fato principal que foi objeto da sentença precedente (CPP, art. 110, § 2º).[31]

É o que se reconhece aqui e alhures, como relembra **Antonio Cassese**:

> *Under the principle of double jeopardy a court may not institute proceedings against a person for a crime that has already been the object of criminal proceedings in the same State (internal ne bis in idem principle) or in another State, or in an international court (ne bis in idem principle applying to relations between States, or a State and an international court), and for which the person has already been convicted or acquitted*.[32]
>
> (Em virtude do princípio da [proibição da] dupla incriminação um juiz não pode instaurar processos contra uma pessoa por crime que já foi objeto de processo penal no mesmo Estado (princípio *ne bis in idem* no âmbito interno) ou em outro Estado, ou em tribunal internacional (princípio *ne bis in idem* aplicável às relações entre Estados, ou um Estado e um tribunal internacional), e no qual a pessoa já foi condenada ou absolvida).

---

[30] Efi*cácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945, de Ada Pellegrini Grinover, 4. edição com novas notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 62-63 (Aditamentos ao § 3º). Grifos nossos.

[31] GOMES, Luiz Flavio. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 246.

[32] Int*ernational criminal law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 319.

Ora, as informações prestadas pelo Estado requerente e os documentos juntados da própria defesa não deixam nenhuma dúvida de que ao extraditando, naqueloutra causa, não lhe foi imputado o homicídio de Torregiani. Daí que é despropositado imaginar hipótese de dupla incriminação e, *a fortiori*, pretender atribuir, a título de coisa julgada, à sentença definitiva de 8-6-1983, proferida pela Corte d'Assise d'Apelo de Milão, qualidade capaz de lhe conferir imutabilidade a respeito de imputação e decisão inexistentes!

Confira-se:

(...)
Sentença da Corte d'Assise de Milão n. 20/81
De 27 de maio de 1981
Objeto da decisão

O processo tem 23 réus (Páginas 3-6 apenso 5). O fato principal, evidentemente, é o homicídio de Pierluigi Torregiani (16-2-1979). O processo, porém, se ocupa também de outros crimes, reunidos por conexão no mesmo processo. Repare-se que apesar de existir menção aos homicídios de Lino *Sabbadin* (16-2-1979) e de Andrea *Campagna* (19-4-1979), o processo somente trata do homicídio de Torregiani.

As acusações

Da página 6 à página 26 do Apenso 5, no capítulo da sentença denominado "*Imputati*", isto é, "Réus", encontra-se a síntese das acusações trazidas pela denúncia. São 48 itens diferentes denominados na sistemática jurídica italiana de "*capi*". Cada item diz respeito a um tipo penal específico atribuído a um ou mais réus. A rubrica integral de cada item seria "*capo di imputazione*", isto é, o crime específico atribuído ao réu.

Deve-se ressaltar que há um item apenas que trata do homicídio de Pierluigi *Torregiani*. Trata-se do item 3, o qual se refere exclusivamente aos seguintes réus, tidos como executores do homicídio de *Torregiani*: Sante *Fatone*, Sebastiano *Masala*, Piero *Mutti*, Giuseppe *Memeo* e Gabriele *Grimaldi* (página 10 do Apenso 5). Battisti, portanto, ainda não é acusado neste processo do homicídio de *Torregiani*!

A Cesare *Battisti* são atribuídos os itens 1, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 16-bis, 20, 21, 22, 23. Os itens 1, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 16-bis são atribuídos simultaneamente a Battisti e a outros réus, enquanto os itens 20, 21, 22, 23 lhe dizem respeito de maneira exclusiva. Os crimes dos quais é acusado Battisti, no âmbito do processo relativo à sentença em epígrafe, são relacionados aos arts. 61, § 2º e § 6º, 81, § 1º, 110, 112, 270, 302, 306, 469, 477, 482, 496, 648, 697, todos do Código Penal, e os arts. 2º e seguintes da Lei 895 de 2-11-1967. Sintetizando, Battisti é acusado de participação em grupo armado (item 1, página 8, do Apenso 5) com finalidade subversiva (art. 270) e para instigação de crimes contra a personalidade do Estado, de diferentes crimes relacionados à posse ilegal de armas e à receptação (itens 11, 12, 13, 14, 15, 16, 16-bis) e de crimes contra a fé pública (itens 20, 21, 22, 23).

Descrição dos Fatos

Na descrição dos fatos relativos à ação em que ocorreu o homicídio de Torregiani, não há nenhuma referência direta a Battisti. O nome de Battisti, nos fatos, somente aparece por ocasião da descrição da busca e apreensão realizada em 26 de junho de 1979 no apartamento localizado na rua Castelfidardo 10 em Milão, que levou à prisão Silvana Marelli e mais quatro indivíduos, entre os quais Battisti, e à descoberta de uma grande quantidade de armas (página 50 do Apenso 5). Aqui

os investigadores descobrem que Battisti já é destinatário de um mandado de prisão por um roubo realizado na cidade de Latina. Sempre no contexto da referida busca e apreensão, os fatos relatam que Battisti e Marco Moretti, outro integrante dos PAC preso no apartamento de rua Castelfidardo, tentaram se livrar de algumas armas, jogando-as da janela (página 52 do Apenso 5). As investigações verificaram que um dos dois revólveres dos quais Battisti e Moretti tentaram se livrar era do tipo e do calibre utilizado no homicídio de Andrea Campagna. O retrato falado do autor do crime, realizado pelos peritos da polícia científica, guardava semelhança com Battisti. Tudo isso justificou os pedidos do MP ao juiz da instrução para a realização de ulteriores investigações para averiguar a eventual ligação entre os dois episódios criminosos. Mas as investigações não tiveram êxito porque o referido revólver foi manipulado com a substituição do martelo e porque Battisti sempre se recusou a se submeter ao reconhecimento pessoal.

As posições processuais são determinadas com base nas revelações (delações) do réu Walter Andreatta (página 67 do Apenso 5), que levam no curso das investigações à identificação dos executores do homicídio de Torregiani e à denúncia por constituição de grupo armado somente para alguns dos réus, sendo limitada para os demais, entre os quais Battisti, apenas à participação a grupo armado. Neste processo, portanto, Battisti não é julgado por nenhum homicídio, sendo que as investigações ainda não haviam produzido elementos suficientes para tanto.

Condenação

Somente Sante Fatone, Sebastiano Masala, Gabriele Grimaldi e Giuseppe Memeo foram condenados pelo homicídio Torregiani, como seus executores. Pietro Mutti foi por sua vez absolvido desta acusação por insuficiência de provas (página 51 do Apenso 6). Battisti em primeiro grau foi condenado a 13 anos e cinco meses por todas as acusações dirigidas no processo contra ele, exceto uma. Sua absolvição diz respeito a um fato secundário que será esclarecido no próximo tópico.

Importante é salientar que na dosimetria da pena cominada a Battisti, pelo crime mais grave, o da participação a grupo armado do art. 306 do CP italiano, foi condenado a 9 anos, isto é, ao máximo da pena em abstrato prevista, em consideração "do alto nível de sua participação na organização subversiva (...) é aquele que trata, pelos PAC, os negócios relativos ao armamento do grupo; participa das reuniões de cúpula restritas do grupo em questão". Os juízes da Corte d'Assise de Milão já antecipam, inclusive, que o título de "Partícipe" trazido pelo processo cabe-lhe de maneira muito apertada, tendo em vista sua ficha e seu forte envolvimento na organização. Os juízes destacam, enfim, seu comportamento processual, idêntico ao do Memeo (um dos autores materiais do homicídio do Torregiani), caracterizado pela arrogância, as ameaças e as ofensas à Corte, circunstâncias que provocaram seu afastamento definitivo dos debates. Os outros quatro anos lhe foram aplicados pela continuação delitiva.

Absolvição

Battisti foi absolvido pelo crime descrito no item 15 do rol das acusações, mencionadas no início da sentença, com relação à arma referida no ponto 3 do item 11, sempre do rol das acusações. A absolvição de Battisti, citada às páginas 35 e 51 do apenso 6, está aprofundadamente motivada à página 219 do Apenso 5. O item 15 descreve o crime de posse de armas clandestinas, enquanto o ponto 3 do item 11 refere-se a uma pistola Beretta modelo 51 calibre 9 com matrícula raspada. O tipo penal de arma clandestina não admite interpretação extensiva e limita-se às armas de fogo comuns e não de guerra. Ora, a referida Beretta é arma de guerra. Por isso

a absolvição está motivada da seguinte forma "porque o fato não subsiste", isto é, é conduta atípica. Mas se trata de fato absolutamente irrelevante.

Sentença da Corte d'Assise de Apelação de Milão n. 33/83 de 8 de junho de 1983

Objeto da decisão

Na apelação os réus são 21, sendo inalterados os 48 itens do rol das acusações da sentença de primeira instância de 27-5-1981 (Páginas 55-87 do apenso 6). Battisti teve apenas sua condenação reduzida em dois meses de reclusão. A pena que lhe foi aplicada, portanto, passou a ser de 12 anos e 10 meses de reclusão, mais 5 meses de arresto.

As novidades com relação ao julgamento de primeira instância

Os fatos permanecem os mesmos. Não muda, portanto, o objeto do processo: o rol das acusações permanece inalterado.

A descrição dos fatos, porém, registra um profundo incremento de detalhes graças às revelações de Pietro Mutti. Mutti é protagonista de uma ampla e profunda confissão entre 5-2-1982 e 16-4-1982, – como consta a partir da página 278 do Apenso 6 (capítulo 21 da sentença, página 224 da mesma). As revelações de Mutti começam exatamente pelos homicídios com relação aos quais, por ocasião do julgamento de primeira instância, o juiz da instrução tinha declarado a impossibilidade de prosseguir a ação penal, sendo desconhecidos os autores de tais delitos. Fala, portanto, do envolvimento de Battisti nos homicídios Sabbadin e Campagna (páginas 278-280 do Apenso 6), no homicídio Santoro (página 288 do Apenso 6) e também na organização do assassinato de Torregiani (página 292 do Apenso 6).

Com base na confissão, a Corte de Apelação de Milão decide realizar o interrogatório de Mutti em contraditório (página 311 do Apenso 6). O interrogatório foi realizado nas audiências dos dias 18 e 23 de maio de 1982 (páginas 329 e seguintes do Apenso 6).

A Corte esclarece que as revelações de Mutti não servem a provar novas posições processuais dos réus e sim a propiciar a obtenção de novos elementos probatórios com relação às acusações objeto do processo, convidando, inclusive, Mutti a não mencionar fatos e circunstâncias ainda protegidas pelo segredo dos novos inquéritos instaurados para a mais ampla apuração dos fatos (página 357 do Apenso 6). A partir da mesma página inicia a descrição sintética de todos os atos criminosos atribuídos a membros dos PAC, entre os quais os homicídios de Santoro (página 364 do Apenso 6), Sabbadin (página 372 do Apenso 6), Torregiani (página 372 do Apenso 6) e Campagna (página 376 do Apenso 6).

Note-se, enfim, que a Corte afirma, à página 478 do Apenso 6, considerar plausíveis as revelações de Pietro Mutti com relação aos fatos relativos ao processo em exame e com relação aos fatos conexos já apurados e por apurar. Declara, porém, não poder de qualquer forma interferir, relativamente a esses fatos novos, nas investigações a serem realizadas quanto aos mesmos.

A corte confirma a condenação

A parte da sentença de apelação relativa a Battisti encontra-se às páginas 555-561 do Apenso 6. A corte de apelação confirma a condenação de primeiro grau. Simplesmente determina uma redução de dois meses de reclusão tendo em vista que os delitos indicados aos itens 21 e 23 do rol das acusações foram extintos pela anistia (página 561 do Apenso 6).

A Corte confirma afinal o não reconhecimento de atenuantes diante também da evasão.

A sentença da Corte de Cassação de 20-12-1984

O Apenso 6 traz também a menção a essa decisão à página 594 (na parte escrita a mão) e 605 (transcrição datilografada). A Cassação declarou inadmissível o recurso de Battisti.

De tudo o que se contém nesses documentos, colhe-se que o extraditando Cesare Battisti não foi investigado nem julgado pela acusação de participação nos homicídios de Antonio Santoro, Andrea Campagna, Lino Sabbadin e Pierluigi Torregiani no processo que culminou com a sentença da Corte D'Assise de Milão n. 20/81, de 27 de maio de 1981, e com a sentença da Corte D'Assise de Apelação de Milão n. 33/83, de 8 de junho de 1983. Nesse processo, foram identificados e condenados alguns dos executores materiais do homicídio de Pierluigi Torregiani, tendo-se colhido nos autos outros elementos que levaram a novas investigações que culminaram com a instauração de novo processo e a completa elucidação dos homicídios acima mencionados com a identificação de todos os executores materiais e autores intelectuais, entre eles Cesare Battisti. E isto ocorreu em processo penal posterior de que resultou a sua condenação à prisão perpétua como coautor material dos homicídios de Antonio Santorio, Andrea Campagna e Lino Sabbadin e como coautor intelectual do homicídio de Pierluigi Torregiani, nos termos da nota verbal com que se pediu a sua extradição e dos documentos que a instruem.

Não é verdade, pois, que, ao proferir a condenação que deu origem ao pedido de extradição, houvessem as Cortes italianas violado as garantias da intangibilidade da coisa julgada e da proibição do *non bis in idem*, pois jamais houvera o extraditando sido anteriormente julgado, absolvido ou condenado pelo cometimento daquelas mesmas infrações penais.

(Fls. 3269-3277.)

Como daí ressai cristalino, a hipótese em nada se entende com coisa julgada, cuja exceção só é legítima quando se verifique identidade de demandas entre ação pendente e outra já decidida por sentença transitada em julgado. Sobre coisa tão rudimentar sublinhou o Tribunal Constitucional Federal Alemão: "O princípio '*ne bis in idem*' exclui a persecução penal repetida do mesmo ato que fora objeto do primeiro julgamento; por outro lado, quando uma outra ação está em questão, o princípio não se torna aplicável pelo fato de que este ato e o primeiro tenham a mesma natureza. Decisivo é o processo histórico ao qual a acusação [denúncia] e a decisão judicial de [seu] recebimento [*Eröffnungsbeschluss*] se referem, e no qual o acusado teria cometido ou participado de uma conduta tipificada".[33]

No caso, repita-se, nem a denúncia da ação anterior imputou ao extraditando a autoria ou a coautoria do delito que vitimou Torregiani, nem tampouco a sentença, até para não incidir em grave e tão primário erro jurídico, decidiu tal matéria. Ou seja, no processo que originou a sentença da Corte D'Assise de Milão n. 20/81, seguida da sentença da Corte D'Assise de Apelação de Milão n. 33/83, de 8 de junho de 1983, o extraditando não foi acusado, nem julgado por participação nos homicídios de Antonio Santoro, Andrea Campagna, Lino Sabbadin e Pierluigi Torregiani. O que sucedeu foi apenas que, com base nos

[33] SCHWABE, Jürgen (Comp.); MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 943.

elementos ali colhidos, se instaurou ao depois nova persecução penal, agora contra *Cesare Battisti*, com o fim de apurar-lhe eventual participação nos mencionados homicídios. Apenas isso.

E as revelações de Mutti, que se presumem voluntárias, designadamente quanto à participação do extraditando nos homicídios cujas condenações sustentam o pedido de extradição, são legítimas na medida em continham circunstâncias e elementos objetivos hábeis para desencadear nova *persecutio criminis* contra terceiro que nelas aparecia como partícipe das graves infrações penais.

Aliás, ninguém tem hoje, nem aqui nem alhures, dúvida sobre a legitimidade constitucional do instituto da delação premiada, introduzido, na Itália, no bojo de providências legislativas materiais e processuais destinadas a responder ao surto de novas formas da criminalidade organizada que, mediante difusa violência contra as pessoas, a propriedade e a incolumidade pública, se desatou a partir do massacre da Praça Fontana, antecedido de outros atos terroristas de menor consequência no mesmo ano de 1969, corroendo a crença do povo nas instituições democráticas.[34]

Assim, a Lei 497, de 14 de outubro de 1974, deu nova redação ao art. 630 do Código Penal, cuja "norma premiante" foi reproduzida, dias depois do sequestro de Aldo Moro, no Decreto-Lei 59, de 21 de março de 1978, convertido, com modificações, na Lei 191, de 18 de maio de 1978. Está hoje previsto, dentre outros, nos arts. 289 *bis* e 630 do Código Penal e em diplomas italianos esparsos, aperfeiçoados pela Lei 45, de 13 de fevereiro de 2001,[35] nos arts. 376 e 579, n. 3, do Código Penal espanhol, e arts. 299, n. 4; 300, n. 6; e 301, n. 2, do Código Penal português. Sua origem radica-se no instituto do "*plea bargain*" do direito norte-americano,[36] onde é objeto da "*rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure*", e cuja constitucionalidade, valia e eficiência como instrumento de política criminal foram ali proclamadas pela Suprema Corte.[37] E, entre nós, esta

---

[34] O período de violentos atentados contra a ordem e a incolumidade públicas ficou conhecido como "*Anni di Piombo*" (Anos de Chumbo), que foi o título ali atribuído ao filme "*Die Bleierne Zeit*", dirigido por Margarethe Von Trota, sobre dois militantes do grupo "*Baader-Meinhof*".

[35] Revestidos, na origem, de propósitos antiterroristas, todos esses mecanismos legislativos de disciplina e tratamento dos chamados "colaboradores da justiça" foram ao depois, e continuam sendo, de inestimável importância na luta permanente do Estado italiano contra a máfia e organizações congêneres.

[36] A doutrina brasileira costuma relacionar o instituto com as medidas previstas no Livro V, Título VI, n. 12, e Título CXVI, das Ordenações Filipinas. Sobre sua atual disciplina, cf. ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; SAAD, Marta. In: SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 817 et seq.

[37] Caso Santobello x New York (1971) (404 U.S. 257), de cujo acórdão consta: *"Disposition of charges after plea discussions is not only an essential part of the process, but a highly desirable part for many reasons. It leads to prompt and largely final disposition of most criminal cases; it avoids much of the corrosive impact of enforced idleness during pretrial confinement for those who are denied release pending trial; it protects the public from those accused persons who are prone to continue criminal conduct even while on pretrial release; and, by shortening the time between charge and disposition, it enhances whatever may be the rehabilitative prospects of the guilty when they are ultimately imprisoned. See Brady v. United States, 397 U. S. 742, 397 U. S. 751-752 (1970)."*

Corte não lhe tem negado validez como expediente útil de investigação[38] e, até, como prova subsidiária, no sentido de que de per si não basta para veredicto condenatório, não obstante sirva de considerável apoio ou reforço a outros elementos de convicção.[39] Para usar expressão de um dos muitos precedentes, aliás, já antigo:

> Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de corréus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.
> (**HC 75.226**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 19-9-1997.)

É o que, como há de ver-se, quadraria ao caso, se fosse dado a esta Corte rever as provas em que se firmaram as condenações.

Reafirmo, pois, que ao extraditando foi assegurado, no Estado requerente, o devido processo legal.

O sistema de controle jurisdicional limitado, adotado da nossa legislação (Lei 6.815/1980), repele toda a possibilidade de revisão ou reapreciação do mérito, seja dos supostos da acusação, seja dos fundamentos da condenação emitida no âmbito do Estado requerente. "O pronunciamento judiciário não visa decidir sobre o mérito da extradição. O juiz do Estado requerido não pode indagar dos pressupostos da 'persecução penal' no Estado requerente, nem cuidar da justiça ou injustiça da condenação neste pronunciada", leciona **José Frederico Marques**.[40]

E é não menos aturada e velha a jurisprudência da Corte que não tolera, no âmbito do processo de extradição, controvérsia em torno da autoria do ilícito penal cuja persecução ou condenação motiva o pedido:

> Irrelevância, perante o juízo de controle da legalidade da extradição, da negativa de autoria da ação criminosa, cujo exame cabe à Justiça do Estado requerente, competente para o exame do merecimento da ação penal.
> (**Ext 661**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 14-11-1996.)

> **Processo extradicional – Exame da prova penal produzida perante o Estado estrangeiro – Negativa de autoria do fato delituoso – Inadmissibilidade.**
> O modelo extradicional vigente no Brasil – que consagra o sistema de contenciosidade limitada, fundado em norma legal (Estatuto do Estrangeiro, art. 85, § 1º) reputada compatível com o texto da Constituição da República (*RTJ* 105/4-5 – *RTJ* 160/433-434 – *RTJ* 161/409-411 – Ext 804/Alemanha) – não autoriza que se

---

[38] Cf. HC 90.688, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, *DJ* de 25-4-2008, onde há, ao propósito, elucidativo voto do Min. *Menezes Direito*; terceira questão de ordem na AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 30-4-2009.

[39] HC 71.803, Rel. Min. *Marco Aurélio*, *DJ* de 17-2-1995; HC 75.226, Rel. *Min. Marco Aurélio*, *DJ* de 19-9-1997; RE 213.937, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, *DJ* de 25-6-1999; HC 81.618, Rel. Min. *Ellen Gracie*, *DJ* de 28-6-2002; RHC 84.845, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 6-5-2005; HC 94.034, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, *DJ* de 10-6-2008.

[40] Tra*tado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, v. I, p. 319.

> renove, no âmbito da ação de extradição passiva promovida perante o Supremo Tribunal Federal, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se efetive o reexame do quadro probatório ou a discussão sobre o mérito da acusação ou da condenação emanadas de órgão competente do Estado estrangeiro. Doutrina. Precedentes.
> (**Ext 811**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 28-2-2003.)

> (...)
> A ação de extradição passiva não confere, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apoia, não cabendo, ainda, a esta Corte Suprema, o exame da negativa de autoria invocada pelo extraditando em sua defesa. Precedentes. Doutrina.
> O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal.
> (**Ext 1.082**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 8-8-2008.)

15. Tudo isso se aplica, *mutatis mutandis*, ao requerimento de juntada dos originais dos instrumentos de mandato outorgado pelo extraditando aos advogados Pelazza e Fuga, para o fim de serem aqui periciados.

A pretensão de exame pericial em documentos que compõem os autos originais do processo, no Estado requerente, encontra óbice intransponível na letra expressa do § 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980, cujos limites foram objeto de solene reafirmação da Corte, dentre muitíssimos outros, no julgamento da **Ext 524** (Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 8-3-1991):

> São limitados, juridicamente, os poderes do Supremo Tribunal Federal na esfera da demanda extradicional, eis que esta Corte, ao efetuar o controle de legalidade do pedido, não aprecia o mérito da condenação penal e nem reexamina a existência de eventuais defeitos formais que hajam inquinado de nulidade a persecução penal instaurada no âmbito do Estado requerente. A necessidade de respeitar a soberania do pronunciamento jurisdicional emanado do Estado requerente impõe ao Brasil, nas extradições passivas, a indeclinável observância desse dever jurídico.

A presumida autenticidade e validade dessas procurações inseridas nos processos italianos (fl. 1761), com o consequente respeito aos postulados da ampla defesa e do contraditório, foram, ademais, confirmadas, não apenas pela Corte Europeia de Direitos Humanos (fl. 2531-2532), consoante excerto já infratranscrito, mas também subentendidas e admitidas pelo Tribunal de Recursos de Paris, que advertiu (fl. 2459):

> Considerando que depreende-se dessas constatações que os processos movidos contra *Cesare Battisti* no ano de 1988, de 1990 e 1993 perante os Tribunais Penais italianos, cuja composição é parecida àquela existente na França, desenrolaram-se, é verdade na ausência do interessado, declarado foragido e em lugar incerto, **mas com a intervenção de um ou mais defensores que atuaram nos atos processuais ou que o representaram nas audiências**; que, igualmente, foram

efetuados controles para garantir que o interessado não estivesse na impossibilidade de comparecer por causa de força maior ou de impedimento legítimo; que de fato, conforme o procedimento penal italiano, uma decisão pode ser proferida à revelia somente na medida em que seja possível verificar que o acusado estava ciente de seu processo e que se absteve de comparecer voluntariamente e que foi portanto qualificado como "foragido"; **que no caso em apreço está provado que Battisti, que pelos seus defensores vinha sendo informado sobre o andamento do processo penal em ato contra ele na Itália, renunciou deliberadamente a comparecer**; que nesse caso a conduta do extraditando fez com que fosse excluído do benefício dos direitos previstos no artigo 6-1 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.
(Grifei.)

E, a respeito, é de semelhante teor a pronúncia do Supremo Tribunal de Justiça da França (fl. 2494).

16. Os delitos atribuídos ao ora extraditando consistem na prática de quatro homicídios, de **(i)** *Antônio Santoro* (consumado na cidade de Udine – arts. 110, 112 n. 1, 575, 577 n. 3, 61 n. 10, do Código Penal italiano) (fls. 120-121), **(ii)** *Pierluigi Torregiani* (praticado na cidade de Milão – arts. 110, 112 n. 1, 575) (fl. 156), **(iii)** *Lino Sabbadin* (perpetrado na cidade de Mestre – arts. 110, 112 n. 1, 575, 577 n. 3) (fls. 157-158) e *Andrea Campagna* (cometido na cidade de Milão – arts. 110, 112 n. 1, 61 n. 10, 575, 577 n. 3) (fls. 165-166).

É requisito da extradição que o fato motivador do pedido seja considerado crime assim no Estado requerente, como no Brasil. Ora, tais delitos ajustam-se aos tipos penais descritos no inciso IV do § 2º do art. 121, c/c o art. 29, ambos do Código Penal brasileiro. Está, pois, caracterizada a dupla tipicidade, necessária ao deferimento do pleito de extradição.

Segundo o conteúdo das sentenças condenatórias, a cujos termos deve ater-se a cognição desta Corte como postulado, por definição a salvo de discutibilidade, ter-se-iam consumado os delitos em 6 de junho de 1977, 16 de fevereiro de 1979, 16 de fevereiro de 1979 e 19 de abril de 1979, respectivamente. O extraditando foi condenado à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno de seis meses, e as decisões condenatórias transitaram em julgado em 8 de abril de 1991 e 10 de abril de 1993 (fl. 3).

Perante nossa legislação penal, que repele imposição de igual pena, é mister decidir a questão da prescrição da pretensão executória à luz do máximo da pena abstratamente cominada para o correspondente tipo penal (homicídio qualificado), e que é de trinta anos de reclusão. Ora, segundo o inciso I do art. 109, c/c o art. 110, ambos do Código Penal, a prescrição opera-se em vinte anos (cf. **Ext 843**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 28-2-2003; **Ext 855**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 1º-7-2005). Daí não se ter cumprido esta causa de extinção de punibilidade.

Mas alega a defesa: "Como não houve recurso do Ministério Público, infere-se que a condenação tornou-se definitiva para a acusação na data em que a sentença foi proferida em audiência e depositada na Chancelaria (13 de dezembro de 1988 – fls. 108, 400/401, 674, 963/965), mesmo porque, de acordo com

o Código de Processo Penal Italiano, em vigor à época da decisão, a leitura da exposição concisa dos motivos de fato e de direito sobre os quais a sentença é fundada equivale à notificação da sentença que está ou deve considerar-se presente em audiência, como é o caso do Ministério Público" (fls. 3223-3224). E por essa razão, conclui, ter-se-ia consumado a prescrição da pretensão executória:

> (...)
> Transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada (art. 110, do CP), no caso 30 anos, já que a lei brasileira não prevê pena superior a esta e a contagem do lapso prescricional, *in casu*, é feita regressivamente, para o passado.
> Levando-se em conta que a sentença da Corte de Assise de Milão transitou em julgado em 13 de dezembro de 1989 (leia-se, 1988), ou, no máximo, em 13 de janeiro de 1989, contados 20 anos, conforme a regra do art. 109, I, c/c art. 110, do CP, encontra-se prescrita a pretensão executória desde 13 de dezembro de 2008, se tomada a data de 13 de dezembro de 1988, ou em 13 de janeiro de 2009, se tomada a data de 13 de dezembro de 1989 do trânsito em julgado para os imputados na ação como o marco do trânsito em julgado daquela decisão para a acusação.
> (Fls. 3224-3225.)

Desconsidera a defesa, no entanto, que sobre a hipótese incide, depois do trânsito em julgado da sentença, a causa suspensiva da prescrição, objeto do disposto no parágrafo único do art. 116 do Código Penal: "Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo".

Ou seja, decretada a prisão preventiva do extraditando em 1-3-2007, pelo então Relator, Ministro **Celso de Mello**, e devidamente cumprida em 18-3-2008, dessa data atua automaticamente a suspensão do prazo da prescrição executória segundo a legislação brasileira.

Explica-se a respeito:

> O parágrafo único do art. 116 prevê a suspensão do prazo prescricional da pretensão executória durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo. A expressão "outro motivo", constante do texto legal, tem dado origem a controvérsias. Aloysio de Carvalho Filho (Comentários ao Código Penal, ob. cit., p. 363) sustenta que, "desde que o legislador não especificou a natureza, causa ou duração dessa prisão, seria o intérprete induzido a concluir que qualquer prisão, provisória ou definitiva, por crime ou outra razão, por breve ou longo tempo, produzirá o efeito indicado. Não raro, entretanto, ocorrerá que uma tal interpretação extensiva facilite constrangimento e perseguições ao delinquente, por ação ou influência de interessados em embaraçar o livre curso da prescrição de sua condenação. Os casos concretos, determinantes da suspensão, devem ser considerados, portanto, com prudência, e reduzidos aos de prisão por mandado ou decisão judicial".
> (...)
> A ideia geral da norma é que, enquanto o réu estiver cumprindo uma pena, não pode correr a prescrição por outra pena, imposta em outra comarca ou processo. **Mas um condenado num local pode vir a ser preso em flagrante em outra cidade ou Estado, e não haver comunicação eficaz ao juiz da condenação. Como**

a prisão provisória poderá, no futuro, em caso de condenação, ser descontada da pena (art. 42 do CP), segue-se que a suspensão do prazo da prescrição executória, relativa à condenação anterior, não é injusta. O Estado, como um todo, está exercendo o poder punitivo.[41]

Ora, a prisão preventiva para fins de extradição tem por objetivo assegurar, além do teórico desenvolvimento regular do processo, a eficácia do acórdão que a defira, com a efetiva entrega do extraditando ao Estado requerente, para que ali seja processado ou cumpra pena já imposta em sentença penal condenatória transitada em julgada. A racionalidade jurídica da prisão preventiva, enquanto medida cautelar de constrição à liberdade do extraditando, por força de razões legais previamente estabelecidas, seja em Tratado, seja no Estatuto do Estrangeiro, evidentemente não se confunde com a da prisão-sanção estipulada no Estado requerente. Isto significa, em curtas palavras, que o motivo da prisão preventiva é diverso e, portanto, é outro em relação ao motivo da prisão do condenado a título de execução da pena, de modo que se aplica ao caso o disposto no art. 116, parágrafo único, do Código Penal.

Por isso, o Ministro **Sepúlveda Pertence**, no julgamento do **HC 83.501** (Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 7-5-2004), reafirmou a tese de que a prisão, no Brasil, suspende o curso da prescrição. E, na mesma assentada, reiterou que o pedido de refúgio, por suspender compulsoriamente o processo de extradição, também obsta ao curso do prazo prescritivo:

> (...)
> Penso que o pedido de refúgio suspendeu e, consequentemente, durante todo o tempo que durou o processamento do pedido de refúgio, considero que esteve suspensa a prescrição.

A Corte, na oportunidade, indeferiu o pedido de *writ*, como se lhe vê da ementa:

> *Constitucional. Penal. Extradição: Prescrição superveniente.*
> I – Caso em que, deferida a extradição, ficou suspenso o processo em razão de pedido de refúgio formulado pelos extraditandos, suspensão que decorre da lei que regula o pedido. Resolvido este, foram interpostos embargos de declaração que impediram a entrega do extraditando ao Estado requerente.
> II – Interrupção da prescrição, pela lei estrangeira, com a prisão do extraditando.
> III – *Habeas corpus* indeferido.

E fê-lo com inteiro acerto, até porque, não obstante a finalidade imediata da custódia preventiva seja o resguardo da eficácia do processo, cujo tramite, aliás, a pressupõe (art. 84 do Estatuto do Estrangeiro), o tempo de prisão provisória, no Brasil, projeta reflexos decisivos sobre a pena privativa de liberdade por cumprir no Estado requerente. Tais prisões, a preventiva e a executória, guardam íntima e singular conexão na matéria.

---

[41] BETANHO, Luiz Carlos; ZILLI, Marcos. In: SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencia*l. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 602-603. Grifos meus.

Nesse sentido, já dispõe o art. 9 do Tratado Brasil-Itália, sob a rubrica "**Cômputo do Período de Detenção**": "O período de detenção imposto à pessoa extraditada na Parte requerida para fins do processo de extradição será computado na pena a ser cumprida na Parte requerente".

E, como consectário nevrálgico da incidência da detração na espécie, onde o tempo da prisão preventiva já é em si tempo de cumprimento da pena, configura-se a causa interruptiva contemplada no inciso V do art. 117 do Código Penal, segundo o qual o curso da prescrição interrompe-se pelo início do cumprimento da pena.

A hipótese em nada se assemelha àquela tratada nos autos da **Ext 801** (Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 16-5-2001), e cuja tese foi recentemente reafirmada no julgamento da **Ext 1.075** (Rel. p/ o ac. Min. **Menezes Direito**, *DJ* de 3-4-2008), no sentido de que "[o] tempo de prisão provisória, em Portugal e no Brasil, não pode ser computado para redução do prazo prescricional, mas, sim, apenas para efeito de detração".

E não se assemelha, pela razão breve de que não proponho aqui subtrair o tempo de prisão, para fins de extradição, do prazo prescricional da execução da pena imposta ao extraditando no Estado requerente, considerando, é óbvio, a comutação exigida pelo ordenamento pátrio. O que sustento é outra coisa.

Assim, caso a Corte entendesse que a prisão provisória para fins de extradição não seria decorrente de *outro motivo*, como prescreve o parágrafo único do art. 116, senão para o fim último de cumprimento da pena imposta no Estado requerente, caracterizada está a hipótese prevista no inciso V do art. 117, por consequência natural dos efeitos projetados pela detração.

O Plenário da Corte, ademais, já reconheceu legítima a aplicação do inciso V do art. 117 do Código Penal, para reputar interrompido o curso do prazo prescricional nesta mesma hipótese: "Além disso, nos termos do art. 117-V do nosso Código Penal, também tem efeito interruptivo a prisão para fins de extradição, efetivada em 20-1-1999" (**Ext 774**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 14-12-2001).

Mas há, ainda, terceira causa suspensiva.

É que se deve considerar suspenso o curso prescricional desde a cogente suspensão deste processo em 1-7-2008 (fl. 2800), em razão do pedido de refúgio formulado perante o Conare, até a decisão final proferida, no recurso, pelo Ministro de Estado da Justiça a 14-1-2009 (fl. 2936).

Nesse sentido, aliás, votou o Min. **Sepúlveda Pertence** no mencionado **HC 83.501**: "**[A]gora, parece-me inevitável que o pedido de refúgio – dado que suspende o processo de extradição, antes ou depois do seu julgamento** (no caso, suspendeu depois do julgamento, impedindo a publicação do acórdão, conforme decidimos). **Ora, é evidente que a prescrição, aí, não pode correr**."[42] E é evidente, porque, paralisado o processo *ex vi legis*, já não pode a Corte decidir

[42] Grifos nossos.

a causa a tempo de evitar a consumação da prescrição, por conta de fato externo obstativo e dependente apenas do arbítrio do extraditando em pedir refúgio, ainda quando venha este a ser afinal denegado.

De todo modo, não obstante incidirem essas várias causas aptas a inibir a prescrição, observe-se que a primeira condenação de Cesare Battisti ocorreu, perante o 1º Tribunal do Júri de Milão, em sentença datada de 13-12-1988, a qual lhe impôs pena de prisão perpétua, com isolamento diurno de seis meses (fl. 397), pela prática, entre outros delitos, dos quatro homicídios de que trata este pedido, na forma do art. 81 do Código Penal italiano[43].

A defesa recorreu ao 1º Tribunal do Júri de Apelação de Milão, que, em 16-2-1990, confirmou, em parte, a sentença condenatória (fls. 515-531).

Novo recurso, então, foi interposto pela defesa (fl. 533), agora junto à Corte de Cassação. Ali, mediante acórdão datado de 8-4-1991, foi dado parcial provimento ao recurso, para anular a condenação referente ao homicídio de Torregiani. O dispositivo está vazado nos seguintes termos:

> (...)
> **Por estes motivos**
> (...)
> Anula a sentença impugnada em relação à Spina no assunto que lhe diz respeito e em relação ao Battisti no assunto concernente à participação no homicídio do Torregiani.
> Rejeita no restante o recurso do Battitsti.
> Reenvia para novo julgamento em relação ao Battisti e à Spina sobre os itens acima indicados a outra seção do Tribunal de Júri de Apelação de Milão.

Por fim, em 31-3-1993, o 2º Tribunal do Júri de Apelação de Milão, "julgando em sede de reenvio pela Corte Suprema de Cassação, de 8-4-1991, confirma a sentença recorrida *versus* Cesare Battisti, quanto ao homicídio Torregiani e o condena às novas despesas de justiça, como também ao reembolso das despesas de representação e defesa da parte civil, que liquida no montante de trezentas mil liras" (fl. 619).

É de solar evidência que o cálculo da prescrição da pretensão executória, para a acusação (1ª parte do inciso I do art. 112 do CP pátrio), não se conta a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória de 1ª instância (1º Tribunal do Júri de Milão), datada de 13-12-1988.

E não se conta por duas razões manifestíssimas.

---

[43] "Ar*t. 81* Concorso formale. *Reato continuato*

É punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione piu' grave aumentata fino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette piu' violazioni della medesima disposizione di legge.

Alla stessa pena soggiace chi con piu' azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi piu' violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.

Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non puo' essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti."

(Grifei.)

Uma vez parcialmente anulado o acórdão proferido pelo 1º Tribunal do Júri de Apelação de Milão (2ª instância), sobretudo em relação ao homicídio de Torregiani, pela Corte de Cassação (3ª instância) (8-4-1991), sucedeu-lhe o acórdão datado de 31-3-1993, oriundo do 2º Tribunal do Júri de Apelação de Milão (2ª instância), contra o qual poderia a acusação ter recorrido, não tivesse sido aplicada a pena de prisão perpétua ao extraditando.

Noutras palavras, com a anulação do acórdão do 1º Tribunal de Apelação de Milão, cujos termos sustentavam a condenação do extraditando à pena de prisão perpétua pelo homicídio de Torregiani, deixou de subsistir trânsito em julgado para a acusação, que poderia ter recorrido, se a decisão do 2º Tribunal do Júri de Milão não houvera confirmado a pena de prisão perpétua.

Daí o termo final da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível, perante nosso ordenamento, como se verá, sobrevir apenas em 2013.

Ainda que se considerasse, por amor do debate, tão somente a pena do homicídio simples (art. 575 do CP italiano)[44] pela morte de Torregiani, sem reconhecimento de nenhuma das circunstâncias agravantes previstas nos itens 96 e 97 da primeira sentença condenatória (fls. 156-157), nem tampouco da forma continuada, a pena mínima seria de reclusão não inferior a 21 anos. Como visto, a prescrição opera-se em vinte anos, nos termos do inciso I do art. 109, c/c o art. 110, ambos do Código Penal brasileiro.

Ora, se o acórdão condenatório proferido pelo 2º Tribunal de Apelação do Júri de Milão data de 31-3-1993, a prescrição da pretensão executória consumar-se-á, também nesta hipótese, somente em 2013.

E, perante a legislação italiana, conquanto o art. 157 do Código Penal determine que "a prescrição não extingue os crimes para os quais a lei prevê a pena de prisão perpétua, mesmo como efeito da aplicação das circunstâncias agravantes" (fl. 96), segundo a redação introduzida pela Lei 251, de 5 de dezembro de 2005, tal disposição não se aplica ao caso, porque o início de sua vigência sucedeu aos fatos e ao trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias.

Cumpre a esta Corte, então, aferir o requisito da dupla punibilidade à luz da legislação então vigente, sobretudo no que concerne à disciplina da prescrição.

Opõe, a defesa, a "ocorrência da prescrição executória de acordo com a legislação italiana", sob argumento de que "prescreve em vinte anos 'o delito para o qual a lei estabelece a pena de reclusão não inferior a vinte e quatro anos'" (fl. 3225). E remata:

> A sentença de primeiro grau transitou em julgado para a acusação em 13 de dezembro de 1988.
>
> A pena imputada ao Peticionário foi de prisão perpétua, portanto, não inferior a vinte e quatro anos ("*la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni*" – "a pena de reclusão não inferior a vinte e quatro anos" – art. 157, do CPI).

---

[44] "Art. *575 Omicidio. Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.*"

De 13 de dezembro de 1988 até agora, já se passaram mais de 20 anos.

Dessa maneira, está prescrito o crime, desde 13 de dezembro de 2008. E, de consequência, a pretensão executória objeto da extradição.

(Fl. 3229.)

Não tem razão alguma.

É que esse fundamento legal, qual seja, a antiga redação do art. 157, 1, do Código Penal italiano, não se acomoda à hipótese. Tal dispositivo, em harmonia com os tipos penais que se lhe seguem (arts. 158, 159 e 160), regulamenta apenas a prescrição da pretensão punitiva, e, não, a prescrição da pretensão executória. Confira-se:

Art. 157 *Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere*

La prescrizione estingue il reato:

1) in venti anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni;

2) in quindici anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a dieci anni;

3) in dieci anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a cinque anni;

4) in cinque anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione inferiore a cinque anni, o la pena della multa;

5) in tre anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'arresto;

6) in due anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'ammenda (1).

Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti.

Nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicano anche a tale effetto le disposizioni dell'articolo 69.

Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e quella pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva.

Art. 158 *Decorrenza del termine della prescrizione*

Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui e' cessata l'attivita' del colpevole; per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui e' cessata la permanenza o la continuazione.

Quando la legge fa dipendere la punibilita' del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si e' verificata. Nondimeno, nei reati punibili a querela, istanza o richiesta, il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato.

Art. 159 *Sospensione del corso della prescrizione*

Il corso della prescrizione rimane sospeso nei casi di autorizzazione a procedere, o di questione deferita ad altro giudizio, e in ogni caso in cui la sospensione del procedimento penale o dei termini di custodia cautelare e' imposta da una particolare disposizione di legge (1).

La sospensione del corso della prescrizione, nei casi di autorizzazione a procedere di cui al primo comma, si verifica dal momento in cui il pubblico ministero effettua la relativa richiesta.

La prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui e' cessata la causa della sospensione. In caso di autorizzazione a procedere, il corso della prescrizione riprende dal giorno in cui l'autorita' competente accoglie la richiesta.

Art. 160 *Interruzione del corso della prescrizione*

Il corso della prescrizione e' interrotto dalla sentenza di condanna o dal decreto di condanna.

Interrompono pure la prescrizione l'ordinanza che applica le misure cautelari personali e quella di convalida del fermo o dell'arresto, l'interrogatorio reso davanti al pubblico ministero o al giudice, l'invito a presentarsi al pubblico ministero per rendere l'interrogatorio, il provvedimento del giudice di fissazione dell'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla richiesta di archiviazione, la richiesta di rinvio a giudizio, il decreto di fissazione della udienza preliminare, l'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato, il decreto di fissazione della udienza per la decisione sulla richiesta di applicazione della pena, la presentazione o la citazione per il giudizio direttissimo, il decreto che dispone il giudizio immediato, il decreto che dispone il giudizio e il decreto di citazione a giudizio.

La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se piu' sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre la meta'.

Ou seja, pleiteia-se reconhecimento da prescrição da pretensão executória com base em dispositivos legais aplicáveis tão só à prescrição da pretensão punitiva!

Que se não consumou prescrição da pretensão punitiva, isso nem o nega a defesa, porque, entre a data dos fatos e o trânsito em julgado das sentenças condenatórias, sem levar em conta qualquer das causas interruptivas infratranscritas, não decorreu o prazo previsto no art. 157 do Código Penal italiano.

Melhor sorte não lhe fica no que tange à alegação de consumação da prescrição executória, objeto do art. 172 do CP italiano,[45] que, na primeira alínea,

---

[45] "Art. 172 *Estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo*

La pena della reclusione si estingue col decorso di un tempo pari al doppio della pena inflitta e, in ogni caso, non superiore a trenta e non inferiore a dieci anni.

La pena della multa si estingue nel termine di dieci anni.

Quando, congiuntamente alla pena della reclusione, e' inflitta la pena della multa, per l'estinzione dell'una e dell'altra pena si ha riguardo soltanto al decorso del tempo stabilito per la reclusione.

Il termine decorre dal giorno in cui la condanna e' divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si e' sottratto volontariamente alla esecuzione gia' iniziata della pena.

Se l'esecuzione della pena e' subordinata alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, il tempo necessario per la estinzione della pena decorre dal giorno in cui il termine e' scaduto o la condizione si e' verificata.

Nel caso di concorso di reati si ha riguardo, per l'estinzione della pena, a ciascuno di essi, anche se le pene sono state inflitte con la medesima sentenza.

L'estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ovvero se il condannato, durante il tempo necessario per l'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole."

estatui: "A pena de reclusão extingue-se com o decurso de tempo equivalente ao duplo da pena infligida e, em todo o caso, não superior a trinta e não inferior a dez anos". E, noutra, reza: "**O prazo decorre a partir do dia em que a condenação se tornou irrevogável**, ou do dia em que o condenado se subtraiu voluntariamente à execução já iniciada" (fl. 94)[46] (cf. **Ext 774**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 14-12-2001).

Ora, como as condenações transitaram em julgado, segundo o ordenamento italiano, em 8 de abril de 1991 e 10 de abril de 1993 (fl. 3), ainda quando seja caso de comutação da pena de prisão perpétua por aquela constante do art. 75 do nosso Código Penal, não se operou prescrição da pretensão executória tampouco perante a legislação do Estado requerente. Só se consumará no prazo de 30 anos, a contar da data do trânsito em julgado das sentenças condenatórias, nos exatos termos da norma vigente à época.

Considero, pois, satisfeita a exigência relativa ao duplo grau de punibilidade, por não se ter operado a prescrição, seja em face da legislação italiana, seja da brasileira.

17. Avalio agora a averbação da causa impeditiva prevista no inciso VII do art. 77 da Lei 6.815/1980, que formaliza, no plano infraconstitucional, o princípio da não extradição de estrangeiro por crime político, objeto da garantia consagrada no inciso LII do art. 5º da Constituição da República: "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião".

Suposto a maioria dos ordenamentos e os tratados em geral excluam a categoria dos crimes políticos daqueles submetidos ao regime da extradição, poucas são as legislações que se propõem a conceituá-los. Dentre elas, relembro a definição estampada no art. 8º do Código Penal italiano: *"Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. É altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici"*.

É sabido, porém, que é o Estado dito requerido que arbitra, soberanamente, segundo as circunstâncias, se o fato em razão do qual a extradição é reclamada tem, ou não, cunho político. Compete, assim, a esta Corte aquilatar, com exclusividade, o caráter das infrações que informam o pedido (§ 2º do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro).

A aparente dificuldade teórica inicial está em que os atos normativos que regem a matéria, no Brasil, não definem delinquência política.

Sobressaem, no âmbito doutrinário, três teorias: a objetiva, a subjetiva e a mista. A primeira conceitua o crime político segundo a natureza do bem jurídico tutelado (p. ex., a organização político-jurídica do Estado). A segunda releva a finalidade perseguida pelo agente, qualquer que seja a natureza dos bens lesionados. A teoria mista, por fim, agrega as duas, exigindo que tanto o bem jurídico atacado, como a motivação do agente sejam de índole política.

---

[46] Grifos nossos.

Evoco a lição de **Luis Jiménez de Asúa**: *"(…) nos parece indispensable valuar la personalidad del delincuente, las 'cualidades individuales' en cada caso concreto, para evitar, como ha dicho Glaser (pág. 287), comentando la ley suiza de 1892, que el derecho de asilo se niegue a los verdaderos delincuentes políticos y en cambio se conceda de manera injusta a delincuentes comunes enmascarados de políticos"*[47].

O saudoso jurista sugere a seguinte classificação:

> *En orden a la extradición es preciso distinguir:*
> *a) Delitos políticos puros, que son los que se dirigen contra la forma y organización políticas de un Estado;*
> *b) Delitos políticos complejos, que lesionan a la vez el orden político y el derecho común, como el homicidio de un Jefe de Estado o de Gobierno; y*
> *c) Delitos conexos a la delincuencia política, en el sentido de medio a fin, o conexos para el objetivo de insurrección política, realizados por los mismos* motivos políticos.[48]

Precedentes da Corte, como se verá adiante, dividem os crimes políticos em puramente políticos e complexos, também chamados de relativos ou mistos, que seriam crimes comuns contaminados por motivação política, de modo que, nos casos em que prepondere o caráter político do delito complexo em relação ao crime comum, o primeiro há de prevalecer.

Em breve digressão acerca da legislação sobre a matéria, vê-se que, já no ano de 1911, a Lei 2.416 permitia a extradição no caso de predominância do crime comum conexo sobre o crime político. O DL 394/1938, a seu turno, proibia a extradição por crime político (§ 1º do art. 2º), preceituando, todavia, que "a alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, uma infração comum da lei penal, ou quando o crime comum, conexo dos referidos no inciso VII (crime puramente militar, contra a religião, político ou de opinião), constituir o fato principal".

No plano dogmático, a decisão do pedido de extradição é bastante simplificada, se se cuida de infração considerada puramente política. Se o delito político apresenta, porém, viés ou circunstância elementar de crime comum, a questão é algo complexa, pois se concebe extradição quando o fato constitua, sobretudo, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, represente o fato principal na unidade delituosa.

Daí as visões ou concepções sistematizadas pela doutrina. **Yussef Said Cahali**, citando **Paul Fauchille**, discrimina:

> 1º) Sistema da separação – desde que se cuida de infrações distintas que, a despeito de sua conexidade, podem ser encaradas separadamente, deve-se sempre conceder a extradição pela culpabilidade de direito comum. Esse sistema, porém, sujeita-se a dúplice objeção: é impossível julgar um delito de direito comum

---

[47] Tra*tado de derecho penal*. Tomo II. Bueno Aires: Actual, p. 984.

[48] Ibidem, p. 988.

cometido com um fim político, isolado do caráter político que o remarca, e ademais o sistema restringe o princípio do asilo político, que de outra forma compreenderia apenas os delitos políticos puros.

2º) Sistema da preponderância – deve-se examinar qual é, das duas infrações, política e de direito comum, aquela que predomina, que constitui o fato principal: se a culpabilidade política é a mais grave, o delito deve ser considerado como político e a extradição não será possível; se a culpabilidade de direito comum prevalece, não há senão uma infração de direito comum passível de extradição (von Liszt, Oppenheim, Ortolan). Pode-se reprovar esse sistema, por envolver qualquer coisa de arbitrário.

3º) Sistema do fim ou do motivo – a infração cujo motivo é político deve obstar a extradição, a menos que o meio empregado para executá-la tenha um caráter de atrocidade. A distinção entre fim e motivo de um ato, porém, está eivada de dificuldades.[49]

O sistema adotado por nossa legislação é o da preponderância do caráter político ou do comum no crime complexo, pois autoriza a extradição quando o crime comum conexo constitua o fato principal da unidade delituosa. É o que dispõe o atual Estatuto do Estrangeiro, na segunda parte do § 1º do art. 77. Noutras palavras, não se concederá a extradição, quando o fato configurar crime político; mas esta exceção não impedirá a extradição, quando o crime comum, conexo ao delito político, representar o fato principal.

Toda infração a que se atribui natureza política possui duas características: uma, decorrente da criminalidade comum, definida pelo direito penal, e a outra, representada por seu motivo ou fim. Eventual atrocidade do fato não produz nenhum efeito sobre a natureza de uma infração política, mas, forçosamente, anula ou diminui o seu feitio político, ressaltando-lhe o caráter de ilícito grave de direito comum.

É sobremodo relevante lembrar que o § 2º do art. 2º do já citado DL 394/1938 inseriu no ordenamento jurídico, *mutatis mutandis*, a chamada *cláusula do atentado,*[50] cujo conteúdo foi reproduzido no § 3º do art. 77 do atual Estatuto do Estrangeiro: "O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social".

Para **Mirtô Fraga**, a "regra do § 3º, cuja obrigatoriedade não decorre de si mesma, mas, sim, da obrigatoriedade das regras dos § 1º e § 2º, vale apenas para realçar ou enfatizar o caráter de certos atos, baseados exclusivamente na

---

[49] Estatuto do estrangeiro. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 349.

[50] As legislações positivas da maioria dos países não definem o crime político. Antes, encontramos nos diferentes tratados a definição do que não seja crime político, com a inclusão da fórmula denominada cláusula do atentado, adotada pela lei belga de 22 de março de 1856: "*Ne sera pas reputé politique, ni fait connexe à um semblable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle d'un membre de sa famille, losque cet attentat constitue le fait, soit de meurtre, soi d'assassinat, soit d'empoisonnement*".

violência, que os propósitos construtivos da criminalidade política não justificam, nem podem justificar. São atos, em regra, em que a infração à lei penal comum aparece como fator absolutamente preponderante e, por isso mesmo, insuscetíveis de merecer o tratamento dispensado aos crimes políticos puros".[51]

Esta Corte tem, à luz do § 1º do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, adotado o critério de preponderância do crime comum, quando o fato constitui, principalmente, ilícito penal comum, conexo ao delito de caráter político.

No julgamento da **Ext 399** (Rel. p/ o ac. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 14-10-1983), o Plenário decidiu:

> Crime complexo ou crime político relativo.
>
> **Cabe ao STF, em face das circunstâncias peculiares de cada caso, determinar, no crime complexo – que é um misto de crime comum e de crime político, não sendo, pois, pela diversidade de seus elementos constitutivos, delito intrinsecamente político –, se há, ou não, preponderância, para efeito de extradição, do crime comum.**
>
> Princípios gerais para essa aferição, na qual se levam em conta, inclusive, circunstâncias exteriores ao delito, como a da confiança que inspira a Justiça do país que requer a extradição. Interpretação do § 3º do art. 77 da Lei 6.815, de 19-8-1980.
>
> **Não está o STF vinculado a decisão de Tribunal do outro país que já tenha negado a extradição do ora extraditando, por entender, em face de peculiaridades de seu sistema jurídico, que o delito em causa era preponderantemente político.**
>
> **Ocorrência, no caso, de crime complexo, em que há preponderância do delito comum.**
>
> Extradição deferida, com a ressalva de que o Estado requerente deve comutar a pena de prisão perpétua para a de trinta anos de reclusão.[52]

Tiro do voto de Sua Excelência:

> Sob a ótica da preponderância do crime comum em face da atrocidade do meio empregado para alcançar o fim visado, e não – como poderia parecer da redação da parte inicial do § 3º do art. 77 da Lei 6.815, de 19-8-1980. ("O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social") – por se dar ao STF a faculdade de afastar a vedação de extraditar por crime político, o legislador ordinário, nesse parágrafo, enumera casos de crimes complexos em que, juízo final desta Corte, normalmente haverá a preponderância do crime comum sobre o crime político. **Aliás, Bento de Faria (*apud* Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, vol. I, 2. ed. § 50, p. 334, São Paulo, 1964) já acentuava que há preponderância do crime comum "quando a violação do interesse privado sobrepuja em gravidade" à do delito político.**

---

[51] O novo Estatuto do Estrangeiro comentado. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 304.

[52] Grifos nossos.

> O que é certo é que este Tribunal, norteando-se por esses princípios gerais e pelas circunstâncias peculiares a cada caso, pode determinar, no crime complexo, para efeito de extradição, quando prepondera o delito comum ou o político. Sua missão é a mesma caracterizada, como relação ao Tribunal Federal da Suíça, pelo Conselho Federal daquele país, na mensagem com que o encaminhou o projeto que veio a transformar-se na lei, de 22 de janeiro de 1892, relativa à extradição, e onde se adotou o sistema da preponderância.

No caso *Mário Firmenich* (**Ext 417**, Rel. p/ ac. Min. **Oscar Corrêa**, *DJ* de 21-9-1984), decidiu o Plenário pela "prevalência dos crimes comuns sobre o político, aplicando-se o § 1º ao § 3º do art. 77 da Lei 6.815/1980, de exclusiva apreciação da Corte", tendo em vista que os fatos "caracterizam, em princípio, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas, propaganda de guerra e processos violentos de subversão da ordem".

A matéria foi também amplamente discutida na assentada em que se julgou a **Ext 615** (Rel. Min. **Paulo Brossard**, *DJ* de 5-12-1994):

> *Extradição executória. Natureza do processo extradicional. Limitação ao poder jurisdicional do STF. Tribunal de exceção. Crime político relativo.*
>
> (...)
>
> **Crime complexo ou crime político relativo, critério para a sua caracterização assentado na predominância da infração penal comum sobre aquelas de natureza política. Art. 77, § 1º e § 2º, da Lei 6.815/1980. Não havendo a Constituição definido o crime político, ao Supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinária vigente, dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição, constituem infração de natureza política ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderância.** *Tribunal de exceção. Não caracterização quando o julgamento se dá com fundamento e de conformidade com leis, desde há muito vigentes, e por integrantes da suprema corte de justiça do País, na ocasião, regularmente investidos em suas funções.*
>
> (...)
>
> *Se a Suprema Corte do país requerente decidiu, formal e expressamente, que, em face de sua legislação, não ocorreu a prescrição, não cabe ao STF rever aquela decisão, sob pena de desrespeito à soberania do pronunciamento jurisdicional do estado requerente. Extradição deferida, condicionada ao compromisso de não ser o extraditando preso ou processado por delito anterior, de detrair-se da pena o tempo de prisão cumprido no Brasil e de observar-se convenção interamericana para prevenir e punir a tortura.*

Com igual suporte no critério da principalidade, não se cansa a Corte de indeferir pedidos de extradição, quando lhe aparece evidente a preponderância dos delitos políticos sobre os crimes comuns, ou, ainda, quando se trata de extradição política disfarçada, cujo pedido, com aparência de crime comum, dissimula perseguição política.

No caso *Falco* (**Ext 493**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 3-8-1990), o entendimento adotado foi de que os fatos tidos por delituosos "estariam contaminados pela natureza política do fato principal conexo, a rebelião armada, à qual se vincularam indissoluvelmente, de modo a constituírem delitos políticos

relativos". E mais: "não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados para a população civil". O acórdão está assim ementado:

Extradição. Argentina. Invasão do Quartel de la Tablada. Criminalidade política. Denegação.

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

2. Associação ilícita qualificada e a rebelião agravada, como definidas no vigente Código Penal argentino, são crimes políticos puros.

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

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

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

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

(Grifei.)

Confiram-se, ainda:

Extradição: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando – então sacerdote da Igreja Católica – em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem. Reconhecimento do *status* de refugiado do extraditando, por decisão do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE): pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/1997, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. 1. De acordo com o art. 33 da Lei 9.474/1997, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. 2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo – a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado – o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. 3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder – desde que compreendido na esfera de sua competência – não significa invasão da área do Poder Judiciário. 4. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando. **5. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes**

contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext 493).
(**Ext 1.008**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 17-8-2007.) (Grifei.)

Extradição. Governo do Paraguai. Homicídio, lesões corporais e associação criminosa. Correspondência no Brasil. Prescrição: Inexistência. Crime complexo: Crime político com preponderância de delito comum. Extradição política disfarçada. Revogação de prisões de corréus. Indeferimento. Pressupostos do pedido atendidos. Correspondência entre os tipos penais do País requerente e os do Brasil. Inexistência de prescrição. 2. **Choque entre facções contrárias em praça pública sob estado de comoção geral, do qual resultaram mortes e lesões corporais: existência de crimes comuns com prevalência de crime político.** 2.1 Condutas imputadas ao extraditando e fatos a elas relacionados, caracterizados como crime complexo, visto que presentes, interativos, elementos constitutivos de delitos comuns e políticos. 2.2. **Crime político subjacente, que se perpetrou por motivação de ordem pública e por ameaça à estrutura política e social das organizações do Estado.** 3. Assassinato de agentes públicos após emboscada, consumado por francos-atiradores: prevalência do crime comum, malgrado a presença de componentes de crime político. 4. Extradição política disfarçada: ocorre quando o pedido revela aparência de crime comum, mas de fato dissimula perseguição política. 5. **Peculiar situação do extraditando na vida política do Estado requerente, que lhe ensejou arraigada perseguição política, circunstância que agrava a subrepção do pedido extradicional**. 6. Corréus indiciados no mesmo procedimento, que tiveram as prisões preventivas revogadas: situação de que não se beneficiou o extraditando e que sedimenta o intuito persecutório. Hipótese de extradição política disfarçada. 7. Extradição indeferida com base nos incisos LII do art. 5º da Constituição Federal e VII do art. 77 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (com a redação dada pela Lei 6.964/1981) e art. 22, item 8, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, aprovada pelo Decreto Legislativo 27/1992 e promulgada pelo Decreto 676/1992.
(**Ext 794**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 24-5-2002.) (Grifei.)

Extradição executória de penas. Prescrição. Crimes políticos: Critério da preponderância. 1. O extraditando foi condenado pela Justiça Italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão: a) a primeira, de 1 ano, 8 meses e 20 dias; b) a segunda, de 5 anos e 6 meses; e c) a terceira, de 6 anos e 10 meses. 2. Quanto à primeira, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com a lei brasileira. E até a prescrição da pretensão executória da pena, seja pela lei brasileira, seja pela italiana. 3. No que concerne às duas outras, não se consumou qualquer espécie de prescrição, por uma ou outra leis. **4. Mas, já na primeira condenação, atingida pela prescrição, ficara evidenciado o caráter político dos delitos, consistentes em explosões realizadas na via pública, para assustar adversários políticos, nas proximidades das sedes de suas entidades, sem danos pessoais, porque realizadas de madrugada, em local desabitado e não frequentado, na ocasião, por qualquer pessoa, fatos ocorridos em 1974. 5. A segunda condenação imposta ao extraditando foi, também, por crime político, consistente em participação simples em bando armado, de roubo de armas contra empresa que as comercializava, de roubo de armas e de dinheiro, contra entidade bancária, fatos ocorridos em 12-10-1978**. Tudo, "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social

do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do Estado, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática". **Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou à incolumidade física das pessoas.** (...)

6. Na terceira condenação – por roubo contra Banco, agravado pelo uso de armas e pluralidade de agentes – o julgado não diz que o delito tenha sido praticado "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano", como ocorreu na 2ª condenação. Não há dúvida, porém, de que os fatos resultaram de um mesmo contexto de militância política, ocorridos que foram poucos meses antes, ou seja, "em época anterior e próxima a 9-2-1978", envolvendo, inclusive, alguns agentes do mesmo grupo. **7. Igualmente nesse caso (3ª condenação), não se apontam, com relação ao paciente, fatos concretos característicos de prática de terrorismo, ou de atentados contra a vida ou a liberdade das pessoas**. 8. Diante de todas essas circunstâncias, não é o caso de o STF valer-se do § 3º do art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, para, mesmo admitindo tratar-se de crimes políticos, deferir a extradição. 9. O § 1º desse mesmo artigo (77) também não justifica, no caso, esse deferimento, pois é evidente a preponderância do caráter político dos delitos, em relação aos crimes comuns. 10. E a Corte tem levado em conta o critério da preponderância para afastar a extradição, ou seja, nos crimes preponderantemente políticos (*RTJ* 108/18; Ext 412, *DJ* de 8-3-1985; e *RTJ* 132/62). 11. Com maior razão, hão de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos, os praticados pelo extraditando, de muito menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade. 12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, seja pela italiana, no que concerne à primeira condenação (1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão) e caracterizados crimes políticos, quanto às duas outras, o pedido de extradição, nas circunstâncias do caso, não comporta deferimento. 13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime.

(**Ext 694**, Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 22-8-1997.) (Grifei.)

Extradição – Crimes político e comum – Contaminação. Uma vez constatado o entrelaçamento de crimes de natureza política e comum, impõe indeferir a extradição. Precedentes: Ext 493-0 e Ext 694-1, relatadas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches, respectivamente.

(**Ext 994**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 4-8-2006.)

Neste precedente, o Ministro Relator descreveu com precisão o contexto fático em que o delito atribuído ao extraditando foi praticado:

> Relativamente à morte de policial italiano, o extraditando veio a ser considerado responsável presente o dolo eventual, no que organizara e participara da manifestação prevista e que foi reprimida ocorrendo choques entre os participantes e a polícia.

Em suma, "não havendo a Constituição definido o crime político, ao Supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinária vigente, dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição constituem infração de natureza política ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderância" (**Ext 615**, Rel. Min. **Paulo Brossard**, *DJ* de 5-12-1994).

Dito doutro modo, toca a esta Corte sopesar, caso a caso, o contexto fático, histórico, político e social em que tenha sido praticada a conduta delituosa imputada ao extraditando, para daí apurar o fato de caráter preponderante no crime complexo.

> Aqui parece estar a explicação de que a lei brasileira tenha enfatizado – no art. 77, § 2º, logo após adotar, no § 1º, a cláusula suíça – que 'caberá exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração': mais que simplesmente repetir a norma constitucional de competência para o julgamento da extradição, o que seria supérfluo, pretendeu-se frisar, a exemplo da Corte Suíça, o poder desta Casa para aferir *in concreto*, com ampla margem de valoração das circunstâncias, o caráter preponderante político ou não do fato ou do conjunto de fatos, que haja motivado o pedido de entrega.
> (**Ext 493**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 3-8-1990.)

A fim de lhes identificar, pois, a feição predominante, é imprescindível valorar os comportamentos delituosos atribuídos ao extraditando, à luz da ordem político-constitucional em vigor, à época dos fatos, no Estado requerente.

Ao propósito, já teci, em sede de cognição da liminar, largas e documentadas considerações que, a meu aviso, abstraídas idiossincrasias ideológicas, erros de perspectiva histórica e distorções maliciosas, repelem toda pretensão de negar à República Italiana a plena condição institucional de um Estado Democrático de Direito, sobretudo à data dos fatos subjacentes a esta causa. E, por não insistir em coisa tão notória e evidente, congestionando os fundamentos do meu voto, limito-me a invocar agora testemunho insuspeito de quem, como observador profissional daquele período histórico, traz luzes específicas para as circunstâncias que interessam, de perto, ao julgamento deste pedido de extradição.

Refiro-me ao jornalista **Pedro del Picchia**, que, como correspondente da *Folha de São Paulo*, em Roma, de 1978 a 1981, retrata e resume, com clareza, a realidade política da República Italiana ao tempo dos fatos:

> Após a queda do regime fascista e o fim da Segunda Guerra Mundial, o povo italiano decidiu pela instauração do regime republicano, por meio de referendo, em 2 de junho de 1946, colocando fim à monarquia. Na mesma data foi eleita a Assembleia Constituinte.
>
> A nova Carta entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1946, afirmando em seu art. 1º que "a Itália é uma República democrática". Mais adiante estabelece o voto universal, a liberdade partidária e o sistema parlamentarista de governo. Com a introdução de emendas ao longo dos anos que não modificaram sua essência, a Constituição de 48 permanece em vigor.
>
> Nesse contexto, vivi na Itália de 1978 a 1981, trabalhando como correspondente desta Folha. Acompanhei de perto os inúmeros atos terroristas praticados à época por grupos de esquerda e de direita.
>
> Em dezembro de 1970, ocorreu uma tentativa fracassada de golpe de Estado por parte da extrema direita. Este fato açulou os âmbitos dos agrupamentos de extrema esquerda, que se tornaram mais ousados.
>
> As Brigadas Vermelhas, que surgiram em meados de 1970 ainda sob os ecos radicais do movimento de 1968, logo ganharam notoriedade por suas ações violentas.

Os ideólogos das Brigadas diziam que estavam dando continuidade à Resistência. Se os "partigiani", nos anos 40, lutaram contra o fascismo e a ocupação alemã, os "brigatisti" estavam dando continuidade à "luta de libertação nacional", agora contra o "Estado Imperialista das Multinacionais" – da sigla SIM em italiano.

Depois de ferir e assassinar dezenas de "inimigos de classe", as Brigadas Vermelhas cometeram seu ato mais audacioso com o sequestro e assassinato de Aldo Moro, em 1978, que cobri para a Folha. Moro era uma espécie de paradigma moral da democracia Cristã – partido que liderava a coalizão de governo na época.

O grupo Proletários Armados pelo Comunismo entrou em cena na segunda metade dos anos 70, na crista das ações espetaculares das Brigadas.

É importante deixar claro que, diferentemente da opinião de alguns analistas brasileiros, o governo da Itália não era de extrema direita no final dos anos 70. Provavelmente até havia infiltração de gente de extrema direita nos serviços secretos italianos. Na ocasião, comentou-se e especulou-se muito sobre isso. Mas o governo, propriamente, era constitucional, democrático, com um parlamento eleito pelo povo no pleito histórico de 1976, quando o Partido Comunista Italiano quase venceu a Democracia Cristã. Aliás, o PCI sempre foi contra os grupos terroristas, de esquerda e de direita. Tachava-os de antidemocráticos.

Essa também era a opinião do presidente da República, Sandro Pertini, que jamais poderia ser tachado de conivente com a direita. Pertini, socialista histórico, uma lenda da esquerda europeia, foi companheiro de cárcere de Antonio Gramsci – ambos presos pelo regime fascista.

Uma das razões para o assassinato de Moro, segundo inúmeros analistas, foi o fato de ele defender um entendimento direto entre Democracia Cristã e o PCI. O democrata-cristão e o então líder comunista Enrico Berlinguer propugnavam por um "compromisso histórico" – uma nova aliança entre as duas maiores forças políticas do país, visando a governabilidade e os avanços administrativos que a Itália requeria para superar o pântano da burocracia, a ineficiência crônica do Estado e enfrentar os desafios da revolução tecnocientífica que dava seus primeiros sinais.

Evidentemente, para os extremistas – à direita e à esquerda –, o chamado "compromisso histórico" era inaceitável. Não podiam admitir a aliança entre os dois maiores partidos políticos do país com a finalidade de renovar o Estado que combatiam.

Aldo Moro foi assassinado por nostálgicos da Revolução Bolchevique que eram, não apenas leninistas, mas stalinistas – na mais crua e cruel definição desse qualificativo. Os "brigadistas" diziam, então, que estavam "golpeando o coração do Estado".

De fato, esses radicais atacaram o Estado Democrático de Direito que, com todas as imperfeições, mantinha-se na Itália – como se mantém até hoje – desde o final da Segunda Guerra. Eles visavam declaradamente tomar de assalto o poder e implantar a "ditadura do proletariado".

Até no nome, por exemplo, a organização Proletários Armados pelo Comunismo dizia a que vinha.

Não conheço o processo e, portanto, não sei se o Sr. Cesare Battisti cometeu os homicídios a ele atribuídos. Mas, seguramente, sei que não era, nos anos 70, um perseguido político por um regime ditatorial. Ao contrário, na vigência do Estado de Direito, ele optou, por vontade própria, pela subversão da democracia e, para isso, aceitou e incentivou o recurso às armas e ao terrorismo".[53]

---

[53] "Democracia e terrorismo na Itália". *Folha de São Paulo*, 12-2-2009, p. A3.

Atento, pois, à soberania e ao sistema democrático do Estado requerente, bem como ao regime jurídico da contenciosidade limitada, examino os delitos que levaram à condenação de *Cesare Battisti* à pena de prisão perpétua.

Os fatos estão minuciosamente descritos às fls. 65-72, em documento que instrui o pedido,[54] e donde destaco trechos imprescindíveis à sua inteira compreensão:

> **Homicídio de Antonio Santoro, marechal dos agentes de custódia do carcere de Udine, acontecido em Udine em 6-6-1978**.
>
> Na manhã de 6-6-1978 o marechal Santoro percorre à pé a rua Spalato em Udine para recar-se da sua casa ao trabalho, isto é, ao cárcere. Um jovem rapaz, que, finge estar namorando com uma moça dos cabelos ruivos, o espera no cruzamento entre aquela rua e via Albona e dispara dois tiros de pistola nas suas costas e o mata.
>
> Depois do tiroteio entra num carro branco onde se encontram outros dois jovens de sexo masculino, que se distanciam a forte velocidade em direção à via Pola.
>
> Duas testemunhas retêm de poder identificar o modelo do carro: um Simca 1300 ou um Fiat 124.
>
> Lá pelas 13:00 horas do mesmo dia, uma patrulha dos carabineiros encontra abandonada em via Goito um carro marca Simca 1300 branco, que resulta roubado na noite do dia anterior.
>
> O carro vem encontrado aberto e vem acertado que para fazê-lo funcionar, os ladrões tiveram que estrapar os fios do implante elétrico que eram coligados ao quadro com um grampo de cabelos.
>
> Os investigadores acertaram também que o carro estava estacionado no lugar onde foi achado já das 7:50 horas daquele mesmo dia, e isto é, minutos imediatamente sucessivos ao momento no qual foi consumado o homicídio.
>
> As sucessivas investigações permeteram de estabelecer que o autor material do homicídio de Santoro, isto é, aquele que tinha disparado nas suas costas os dois tiros de pistola, se identificava no hodierno estradando *Cesare Battisti*, que, entre outras coisas, tinha já ficado preso no cárcere de Udine.
>
> A modalidade exata de tal homicídio foi assim reconstruída: o *Battisti* e Enrica *Migliorati*, ficaram abraçados por cerca 10 minutos à apenas alguns metros de distância do portão do prédio de Santoro, enquanto Pietro *Mutti* e Claudio *Lavazza*, esperavam no carro a chegada da vítima.
>
> *Battisti* se destacou imediamente da *Migliorati*, se aproximou correndo de Santoro, e o feriu primeiro com um tiro nas costas e com outros dois tiros, quase à queima-roupa, quando o marechal era já a terra.
>
> Súbito depois o *Battista* e a *Migliorati* correram em direção do Simca 1300 que apenas tinha se posicionado no meio da rua, e assim escaparam todos os quatro.
>
> Chegaram então na avenida principal, trocaram de carro, se desfizeram dos travestimentos (bigode e barba postiça para o *Battisti,* peruca ruiva para a *Migliorati*, peruca preta para o *Lavazza*) e chegaram à estação de Palmanova, onde o *Battisti* desceu, levando consigo a bolsa das armas e das maquiagens. Foi acertado também que a decisão de matar o Santoro partiu do *Battisti* que conhecia pessoalmente a vítima.
>
> **Homicídio de Lino Sabbadin acontecido em Mestre em 16-2-1979**
>
> No dia 16-2-1979, lá pelas 16:50 horas, dois indivíduos de sexo masculino, com o rosto descoberto, mas com barba e bigode postiços, entram num açougue

[54] Manifestação da Procuradoria-Geral da República junto à Corte de Apelação de Milão.

dirigido por *Lino Sabbadin* em Caltana di Santa Maria di Sala perto de Mestre, e um destes, depois de ter-se certificado que aquele homem que era diante dele era o próprio *Sabbadin* em pessoa, extraiu fulmineamente uma pistola da uma bolsa que trazia consigo, e explodiu contra este dois golpes de pistola, fazendo-o cair pesantemente sobre o estrado atrás do balcão onde naquele momento estava trabalhando; imediatamente depois dispara outros dois tiros sobre o alvo que no mais é já a terra, e tudo com a clara intenção de matar.

Depois disto os dois saem rápidamente da loja e entram num carro guiado por um terceiro cúmplice, que se afasta a forte velocidade em direção do centro habitado de Caltana, para depois prosseguir em direção de Pianga.

O *Sabbadin v*em carregado agonizante numa ambulância, mas chega morto no Hospital de Mirano.

Ficou acertado que a vítima, no curso de uma rapina que foi feita ao interno do seu negócio em dezembro de 1978, tinha usado uma arma da qual era legítimamente em possesso, ferindo a morte um dos assaltantes.

As investigações estabeleceram que os indivíduos de sexo masculino que entraram na loja do *Sabbadin* eram *Cessare Battisti* e *Diego Giacomini*, este último tinha aberto fogo com uma pistola semiautomática calibre 7,65 depois de ter perguntado ao comerciante se era ele o *Sabbadin* e depois de ter recebido uma resposta positiva.

Neste meio tempo, *Paola Filippi*, travestida com bigode e barba postiça e com os cabelos presos dentro de un boné, tinha ficado esperando num carro precedentemente roubado e que foi usado para a fuga.

Homicídio de Pierluigi Torregiani, acontecido em Milão em 16-2-1979

Às 15:00 horas de 16-2-1979, enquanto se dirigia para a sua loja, à pé, em companhia de seus dois filhos menores, *Pierluigi Torregiani* cai vítima de uma emboscada.

Dois jovens que o precedem, se giram improvisamente e disparam dois tiros na sua direção: o escudo antiprojétil que trazia consigo, diminuiu o impacto consentindo a sua defesa.

Vem novamente ferido, mas desta vez ao fêmur, e cai a terra. Dispara em direção de seus agressores, mas um projétil atinge o seu filho, ferindo-o gravemente; o joalheiro vem finalmente atingido na cabeça. Vem transportado ao hospital onde chega morto.

O filho resterá paraplégico e será incapaz de caminhar.

Este homicídio foi cometido mais ou menos poucas horas antes daquele de *Lino Sabbadin* e, o *Torregiani* também, como o *Sabbadin*, em precedência tinha reagido com arma da fogo à uma rapina ao restaurante Transatlântico de Milão acontecido em 23-1-1979, no curso da qual um dos delinquentes morreu por causa dos tiros não de *Torregiani*, mas de um outro comensal que se encontrava no local.

A decisão de matar o *Torregiani* amadureceu juntamente com aquela de matar o *Sabbadin*: as duas ações homicidas foram decididas juntamente, executadas quase contemporâneamente e unitariamente reivindicadas.

Para decidirem sobre os dois homicídios foram feitas uma série de reuniões na casa de *Pietro Mutti* e *Luigi Bergamin*, às quais o *Battisti* sempre participou e todos foram de acordo sobre a oportunidade de tais ações criminais. Portanto *Battisti* se assumiu a função de executor material do homicídio de *Lino Sabbadin* mas teve função decisiva no homicídio *Torregiani*, mesmo se não participou materialmente à execução de tal crime. Ao contrário, súbito depois do homicídio de *Sabbadin, Battisti* procurou, como da precedente acordo, de contactar telefônicamente os autores materiais do

homicídio *Torregiani* e, como não conseguiu localizá-los, fez o telefonema de reinvindicação, depois de ter sentido a notícia do assassinato de *Torregiani* pelo rádio.

Além disto, no curso das reuniões acima citadas na casa de *Mutti* e de *Bergamin, Battisti* reforçou muitas vezes a necessidade da inevitável ação homicida, deixando, na noite de 14-2-1979 a casa de *Bergamin*, onde estavam reunidos alguns tépidos discordantes deste projeto de duplo homicídio, que no mais era já de imediata realização, observando "que a operação à qual estavam trabalhando era já pronta e que teria partido para Pádova no dia seguinte".

Dito isto se afastou súbito depois.

Se faz presente que Pádova é localizada nas proximidades de Caltana di Santa Maria di Sala onde dois dias depois *Battisti* participou materialmente ao homicídio de *Lino Sabbadin.*

Em definitivo, o *Battisti*, seja enquanto partecipante da decisão colegial que diz respeito à ambos homicídios, seja enquanto executor material do homicídio *Sabbadin* e autor da única reinvidicação de ambas ações, foi condenado também por concurso no homicídio *Torregiani.*

Homicídio de Andrea Campagna, acontecido em Milão 19-4-1979

Às 14:00 horas do dia 19-4-1979, o agente de Polícia de Estado *Andrea Campagna*, membro da *Digos* de Milão, com funções de motorista, depois de ter visitado a namorada junta à qual, como todos os dias, almoçava, se preparava em companhia de seu futuro sogro, para pegar o seu carro estacionado à via Modica, para depois acompanhá-lo na sua loja de sapatos de via Bari.

À este ponto, vinha ímprovisamente enfrentado por um jovem desconhecido, que, aparecendo de repente detrás de um carro estacionado ao lado do carro do policial, explodia contra ele, em rápida sucessão 5 tiros de pistola.

Lorenzo Manfredi, pai da namorada do *Campagna*, tentava de intevir, mas o atirador lhe apontava a arma que ainda empunhava, apertando por duas vezes o grileto, sem que todavia partissem os tiros.

Súbito depois, o jovem desconhecido fugia em direção à cooperativa de via Modica, onde, em correspondência da curva que ali existe, entrava num carro Fiat 127 dirigido por um cúmplice; tal carro, depois de ter girado à esquerda em via Biella, se afastava em direção de via Ettore Ponti.

O *Campagna v*inham imediatamente socorrido, mas morria durante o transporte para o hospital.

Os acertamentos médico-legal dispostos sobre o cadáver do agente assassinado consentiram de esclarecer que a vítima foi atingida por cinco tiros, todos explodidos em rapidíssima sucessão da uma distância muito próxima, quando o *Campagna* ainda vivo girava verso o homicida a metade esquerda do corpo.

Como referido pelos familiares, o agente assassinado tinha aparecido de maneira muito nítida no curso de um serviço televisivo em ocasião da prisão de alguns dos autores do homicídio *Torregiani*, havendo o mesmo efetuado o transporte de tais presos da Questura ao cárcere de San Vittore.

A decisão de matar *Campagna* foi assumida, como emergeu do proseguimento das investigações, principalmente por *Battisti*, por *Claudio Lavazza*, *Pietro Mutti* e *Bergamin Luigi* pois que o *Campagna* tinha participado à prisão de alguns presuntos autores do homicídio de *Torregiani.*

A iniciativa mais importante seja na escolha do objetivo, seja na fase successiva de preparação do atentado, foi assunta pelo mesmo *Battisti*, que controlou por um período os movimentos e hábitos do *Campagna.*

Além disto foi o próprio *Battisti* que cometeu materialmente o homicídio explodindo cinco tiros na direção do policial, enquanto uma segunda pessoa o esperava à bordo de um Fiat 127 roubado e utilizado para a fuga.

Como se vê, a natureza dos delitos pelos quais o extraditando foi condenado, marcados sobremaneira pela absoluta carência de motivação política, intensa premeditação, extrema violência e grave intimidação social, não se afeiçoa de modo algum ao modelo conceptual de delito político que impede a extradição de súditos estrangeiros, ao menos nos contornos definidos e consolidados pela Corte nos precedentes já mencionados (**Ext 493**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 3-8-1990; **Ext 694**, Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 22-8-1997; **Ext 794**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 24-5-2002; e **Ext 994**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 4-8-2006).

Não ignoro que a extrema violência ou a excepcional crueldade que envolveu os crimes comuns atribuídos ao extraditando, por si sós, não teriam força para deferimento do pedido, se, tendo por vítimas outras pessoas, houvessem sido produto de uma ação política concebida em ambiente de luta aberta contra regime totalitário, seja no contexto de uma comoção ou rebelião política, seja no de uma guerra civil, seja em circunstâncias análogas.

Esta foi a hipótese ponderada à exaustão pela Corte, no julgamento da **Ext 493** (Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**). Do substancioso voto do Ministro Relator, transcrevo:

(...)

Vigorou por longo tempo a orientação segundo a qual os delitos comuns ainda que violentos, desde que praticados no curso da rebelião, são contaminados pela natureza essencialmente política desta, "a no probarse móviles egoístas e ajenos a la rebelión misma", doutrina, prossegue Asúa (Tratado, II/1.003), que todos os países europeus mantiveram entre 1872 e 1876, para recusar à França a extradição dos rebeldes da Comuna, procurados por delitos objetivamente comuns, como roubos e assassinatos.

86. É dessa época, relembra o tratadista, a afirmação de Stuart Mill, em célebre discurso na Câmara dos Comuns: "Um delito político é todo delito praticado no curso de uma guerra civil, de uma insurreição ou de comoções políticas" *(A political offense is any offense committed in the course furthering on civil war, insurrection or political commotions")*.

87. Mas igualmente é certo, faz cerca de um século, como também mostrou Jiménez de Asúa (Tratado, II/1.004), *"que se señala una insistente tendencia a* exceptuar de los delitos politicos los crímenes más graves, aun cuando tengan finalidad o conexión política": dentre eles, o assassinato, as lesões mais graves e, em geral, as violências pessoais de maior crueldade.

88. Essa exclusão, todavia, não é jamais absoluta. Dela se tem subtraído sistematicamente os atos praticados em luta aberta, no contexto de rebelião ou de guerra civil, ou sempre que não estejam repudiados pelos usos de guerra, por sua excepcional crueldade.

89. Assim, documenta Quadri (ob. loc. cit., p. 46), em setembro de 1890, o Instituto de Direito Internacional, reunido em Oxford, adotava resolução, a teor da

qual, "os fatos que reunissem todos os caracteres de crimes de direito comum (assassinatos, incêndios, roubos) não devem ser excetuados da extradição, em razão apenas da intenção política dos seus autores: mas ressalva-se, logo em seguida, que para apreciar os fatos cometidos no curso de uma rebelião política, de uma insurreição ou de uma guerra civil, é preciso demandar se eles seriam ou não escusados pelos usos da guerra: *'il faut se demander s'ils seraient ou non excusés pour les usages de la guerre"*.

90. A matéria foi revista, dois anos depois, pelo Instituto, em reunião de Genebra, daí advindo a resolução de 8-9-1892 (Quadri, ob. loc. cits.). Excluíam-se da extradição as infrações mistas ou conexas aos crimes políticos, chamados delitos políticos relativos, "a menos, todavia, que se trate dos crimes mais graves à luz da moral e do direito comum, tais como o assassinato, o homicídio (*'meurtre'*), o envenenamento, as mutilações e os ferimentos graves voluntários e premeditados, assim como as tentativas de crimes desses gêneros e os atentados às propriedades mediante incêndio, explosão, inundação, e também os roubos graves, notadamente os cometidos à mão armada e com violência" (art. 1,2). Essa série de restrições não atingia, porém, os fatos praticados, no curso da insurreição ou da guerra civil, por uma das partes envolvidas e no interesse da causa; nesse contexto, só caberia a extradição – e, apenas quando finda a guerra civil –, se constituíssem atos de barbárie odiosa ou de vandalismo, proibidos segundo as leis de guerra (art. 1,3): (...).

91. Essa fórmula é a que viria a adotar literalmente a famosa lei francesa de extradição de 1927 (cf. Claude Lombois, *Droit Pénal International, Dalloz*, 1971, p. 463) e que seria acolhida em numerosas convenções.

92. Diversas outras fontes do direito extradicional internacional ou comparado se tem limitado, de seu turno, a excluir da extraditabilidade dos crimes mais graves contra a pessoa os praticados "em combate aberto", nas insurreições ou guerras civis: *e.g.,* a convenção ítalo-finlandesa de 1929, também referida por Quadri, dispunha que em nenhum caso seriam reputados delitos políticos o homicídio voluntário cometido com premeditação ou a tentativa de tal fato.

93. A fórmula do Instituto de Direito Internacional, de 1892, acima lembrada, foi objeto de crítica – por seu "exagerado casuísmo e critério excessivamente restritivo" –, no *Estudo sobre Delitos Políticos*, de 1960, da Comissão Jurídica Interamericana – trabalho analisado por Victor Nunes na Ext 232 (Cuba), *RTJ* 26/1,9, e no qual se aduzira,

> "Se fosse aceita totalmente, conduziria ao fim do asilo. No entanto, proporciona alguns elementos que foram recolhidos pela jurisprudência americana.
>
> Parece comumente aceito o princípio de que a teoria da predominância de delito não é tecnicamente perfeita, nem praticamente aceitável.
>
> É muito difícil verificar se o elemento político está em situação inferior em relação ao comum, ou vice-versa.
>
> Entretanto, é necessário reconhecer que quando o delito, embora tenha fim político é crudelíssimo ou bestial, constitui um caso dúbio em que o interesse afetado não é o de determinada ordem política, mas o da própria humanidade.
>
> Os atos de barbária ou vandalismo, a que faz referência o último parágrafo da mencionada definição, afetam o espírito humanitário dos povos americanos, espírito que constitui a essência ética do asilo nos países latino-americanos.
>
> É evidente que não se pode premiar, com a impunidade que representa o benefício de uma instituição criada para salvar o homem nos momentos de inclemência, os que menosprezam, desapiedadamente a dignidade humana."

94. Donde, a sugestão oferecida pela CJI à XI Conferência Interamericana, e aceita, naquele caso, pelo Tribunal, como critério válido para negar a predominância política do fato questionado:

"1. São delitos políticos as infrações contra a organização e funcionamento do Estado.

2) São delitos políticos as infrações conexas com os mesmos. Existe conexidade quando a infração se verificar: (1) para executar ou favorecer o atentado configurado no numero 1: (2) para obter a impunidade pelos delitos políticos.

3) Não são delitos políticos os crimes de barbária e vandalismo e em geral todas as infrações que excedam os limites lícitos do ataque e da defesa.

4) Não é delito político o genocídio, de acordo com a Convenção das Nações Unidas."

Ora, o caso não reedita, sob nenhum aspecto, os elevados propósitos políticos que conduziram a Corte ao indeferimento do pedido de extradição naquela assentada. Ali, os homicídios reconhecidos aos invasores do quartel *La Tablada* foram "frutos inevitáveis da violência em combate aberto ditadas pelas necessidades da empreitada rebelde ou da resistência a ela: nem excederam, à luz das normas de guerra, 'os limites lícitos do ataque e da defesa', nem podem caracterizar 'crimes de barbária e vandalismo'".

Os homicídios dolosos, cometidos com premeditação pelo ora extraditando, não guardam relação próxima nem remota com fins altruístas que caracterizam movimentos políticos voltados à implantação de nova ordem econômica e social. Revelam, antes, puro intuito de vingança pessoal, enquanto praticados contra dois policiais, cujas funções eram exercidas em presídios que abrigavam presos políticos e comuns **(i)**, e dois comerciantes que teriam reagido a anteriores tentativas de assalto a seus estabelecimentos **(ii)**.

Acrescente-se que o homicídio de Antonio Santoro, agente de custódia da prisão de Udine, teria sido motivado por sua atividade profissional no cárcere, além de possíveis desavenças pessoais durante o período em que Battisti, já criminoso comum, esteve detido naquela unidade carcerária. Veja-se:

No interrogatório seguinte, de 8-2-1982, perante o Juiz de Instrução de Milão, Mutti toma novamente o discurso sobre Santoro; descreve-o nos mínimos por menores, assume-se a direta responsabilidade, confessando ter feito parte do núcleo operativo e precisamente ter conduzido o carro que serviu para a fuga; além disso, fornece alguns detalhes importantes aos fins da avaliação das objetivas averiguações:

1) a pistola usada para atingir Santoro. Mutti declara nesta sede que se tratava de uma Glisenti calibre 10,20; que foi empunhada por *Battisti* e que ele próprio foi retirá-la daquele tal de Franco do qual havia falado ao Ministério Público de Roma, pessoa agora plenamente identificada como Franco Fiorina.

2) a identificação de Battisti como a pessoa que propôs a ação, motivada também por detalhes relativos à atividade específica de Santoro no cárcere de Udine: cárcere no qual significativamente Cavallina e Battisti foram detidos juntos;

(Fls. 184-185.)

(...)

De Cavallina, ainda não abertamente chamado em cumplicidade por Mutti, **sabe-se por outro lado que foi detido junto com Battisti no cárcere de Udine: posto que o primeiro era um detido político e o segundo um criminal comum**, na amizade entre os dois Battisti não podia ser o que arrastava o segundo, mas sim justamente o contrário.

(Fl. 185.)

(...)

O crime indicado no item 46 [homicídio de Antonio Santoro] é agravado pelo fato de ter sido cometido contra um Oficial Público por causa do cumprimento de suas funções, bem como por terem os autores agido com premeditação após terem estudado os hábitos, armando uma emboscada à vítima enquanto esta estava indo de sua casa ao cárcere de Udine onde prestava serviço.

(Fl. 196.)

Considere-se ainda referência ao depoimento de Barbeta (fls. 202-203):

Também adquire importância determinante no conjunto probatório a declaração feita por Barbeta tanto na instrução e no juízo anulado como no presente debate: foi o próprio *Battisti* que lhe confessou a sua participação no homicídio do Sargento Santoro, dizendo-lhe "que efeito olhar o sangue escorrendo" de um homem atingido por disparos (página 75, transcrição de debate de II instância anulado).

(...)

Battisti era conhecido como uma pessoa que possuía um certo desembaraço que lhe derivava da passada experiência de criminalidade comum: portanto não teria nenhum motivo para se gabar com a Barbetta – como afirma a defesa – de uma ação não cometida.[55]

Análogo pretexto inspirou a execução do agente de polícia *Andrea Campagna*, "porque em Milão, em 19-4-1979 – agindo em coautoria com Marelli Silvana, Memeo Giuseppe e, portanto, com a circunstância agravante pelo número de pessoas, igual a cinco, decidindo todos junto a execução do atentado; *Battisti* e Memeo também participando materialmente, atuando com premeditação e, em particular, após terem estudados os hábitos, esperando-o perto do lugar onde ele havia estacionado o carro em que, depois do trabalho – provocaram a morte do policial Campagna Andrea, em serviço na *Digos* de *Milão* com tarefa de motorista, explodindo contra ele, de uma breve distância, cinco tiros vitais do corpo, causando o seu falecimento durante o transporte ao hospital" (fl. 166).

As ações homicidas que vitimaram *Lino Sabbadin* e *Pierluigi Torregiani* tampouco se revestem de algum tênue matiz político, senão que antes denotam mesquinha intenção de vingança, capitaneada pelo ora extraditando e motivada pelo mau sucesso de ações delituosas anteriores, como se vê às fls. 285 e seguintes:

Em 16-2-1978 Lino Sabbadin é vítima de um assalto na sua loja de açougue: rege e mata um dos criminais. A primeira resposta é a sinal imediata de quanto o

[55] Trata-se de trechos da tradução da sentença do 1º Tribunal do Júri, de Milão, e cuja cópia consta de fls. 108-400.

> tema do "pacto social" fosse, no Véneto, um fácil e fértil terreno de luta: em 7-1-79 a loja de Sabbadin foi objeto de um atentado dinamiteiro reivindicado por um "guarda territorial comunista".
>
> Em 23-1-79 verificaram-se os fatos do "Transatlântico": Torregiani reage aos agressores e no conflito de armas de fogo que se segue um dos criminais morre, não por mão de Torregiani, mas sim de outro commensal.
>
> Estes dois episódios associaram, na mente dos PAC, os dois homens: ambos são considerados inimigos do proletariado, porque defenderam seu patrimônio por meio da vida de um proletário. (Por outro lado, o Ministério Público referiu, numa audiência, que durante um inquérito originado pelas declarações de Ângelo Epaminonda apareceu que o assalto ao Transatlântico não foi uma ação do proletariado em luta, mas sim foi organizada por uma grande associação para delinquir de tipo mafioso, que tinha bases estruturas de apoio em Milão e foi cometido por elementos chegados de avião de Catania, a este propósito).
>
> (...)
>
> Os "agentes da contrarrevolução" Torregiani e Sabbadin devem portanto ser justiciados. Sua morte contra a morte de dois revolucionários. Lógica despiedada, fria, hoje não mais atual, mas perfeita na ótica terrorista dos "anos de chumbo".

E, diversamente do que sustenta a defesa, segundo a qual "foi a partir das declarações de Mutti, como 'colaborador da justiça', tomadas como verídicas e única razão de decidir que levaram às acusações e consequentes condenações do Extraditando" (fl. 1846).

Confirmando a condenação de Cesare Battisti por três dos quatro homicídios de que se trata, assentou a Corte Suprema de Cassação, com base no mesmíssimo princípio do valor retórico relativo da delação premiada :

> Especialmente, em relação à questão levantada pelos apelantes supramencionados, o juiz não pode utilizar as declarações do imputado de reato conexo ou ligado como elemento único do qual deduzir a existência do evento a ser provado porque a declaração pré-mencionada deve ser acompanhada pelo menos de outro elemento de prova que tenha aptidão racional para convalidá-la.
>
> O problema, que foi resolvido de várias maneiras por doutrina e jurisprudência, é representado pelo significado a ser atribuído à expressão "elementos de prova"; se, isto é, deve tratar-se exclusivamente de circunstâncias factuais que ligam por si mesma o imputado ao evento, ou se, no extremo oposto, é suficiente só mesmo a declaração de outro imputado, ou mesmo só a prova indiciária, ou uma declaração testemunhal.
>
> O Tribunal considera que deve ser preferida esta última solução, mesmo se devem certamente ser excluídos meros argumentos lógicos, ou seja, sem ulteriores elementos factuais e que, como tais, não podem constituir "elementos de prova" e que não convalidem a acusação.
>
> Além disso, todo o art. 192.3 do Código de Procedimento Penal cita "outros elementos de prova que confirmam" a fidedignidade da acusação de cumplicidade sem distinguir os vários tipos de prova e sem estabelecer classificações no valor probatório.
>
> E é intenção declarada do novo legislador ter ultrapassado todas as disputas que se discutiam a esse respeito em relação à natureza e à importância da acusação de cumplicidade (se indício, se simples notícia de delito, se prova), associando-a a categoria geral dos elementos de prova.

Além disso, pela leitura do texto e pela experiência dos outros países que já experimentaram este instituto deve deduzir-se que a acusação de cumplicidade e a verificação necessária devem ser avaliadas conjuntamente, no sentido que este última não deve ter, por si só, a consistência de prova suficiente de culpabilidade porque acabaria por tornar supérflua a própria declaração (Supremo Tribunal de Justiça, secção I – 30-1-91 Vassalo).

Por fim, não deve esquecer-se que o texto definitivo realizou uma modificação no projeto preliminar que sobre este argumento falava somente de "avaliação junto com as provas e com os indícios que a confirmam, denotando claramente a vontade do legislador de superar qualquer distinção e de considerar a acusação como elemento de prova parecido com todos os outros a que está associado, mas do qual é necessário somente um controle externo de fidedignidade, porque não pode ser utilizada validamente sozinha, mas deve ser avaliada junto com outros elementos externos de verificação.

Em conclusão, então, a acusação pode ser convalidada também por elementos de prova orais, sejam estes outras acusações, ou seja, provas testemunhais em sentido técnico.

Nesse sentido, Veja Supremo Tribunal de Justiça, Secção II 5-7-88, Belfiore; Seção VI 20-2-90, Brienzo; Secções Unidas 9-2-90, Belli e outras.

Não existe nenhuma razão plausível para chegar a uma disparidade de tratamento e avaliação entre elementos de verificação reais, documentais e testemunhais em sentido próprio e outros elementos deduzidos pelas assim chamadas acusações múltiplas, desde que estas últimas, naturalmente, apresentem algumas características, entre as quais as principais são a concordância e também a autonomia das fontes de delação".

(...)

Em relação à base destes princípios, o Tribunal acha certa a motivação da sentença sobre o argumento referente aos apelantes **Battisti**, Bergamin, Migliorati e Carnelutti.

Em relação ao Battisti, a sentença, no que se refere ao homicídio do Santoro e do Campagna, se baseia na acusação de cumplicidade do Mutto que avalia juntamente com outros elementos consistentes nas declarações do Fatone e naquelas do Barbetta, bem como na observação da semelhança do aspecto somático entre o atirador e o apelante.

Certeza semelhante foi reconhecida quanto ao homicídio do Sabbadin por todas as observações contidas na página 101 da sentença e pelas declarações dos vários coimputados.[56]

(Fls. 547-549 e 550-551.)

Com a anulação no mesmo acórdão, por essa Corte Suprema, da condenação do ora extraditando pelo homicídio de *Torregiani*, o acórdão que, em seu cumprimento, foi proferido pela 2ª Corte do Júri de Apelação de Milão, tornou, nos primeiros parágrafos da motivação, a apontar as múltiplas fontes probatórias da responsabilidade que, com *res iudicata*, lhe reconheceu também por essoutro homicídio:

Na verdade, não há nenhuma dúvida acerca da posição de Cesare Battisti, como imputado de concurso no homicídio Torregiani, pois que a anulação parece fruto de um equívoco ou, em todo caso, de um erro material no indicar o lugar de reenvio da motivação de apelação. Antes de mais, devem ser acolhidas nesta sede,

[56] Grifos nossos.

com explícito reenvio, as motivações transcritas nas páginas 181 e seguintes da sentença anulada, a propósito da posição de Diogo Giacomini. Posição certamente menos comprometida do que a de Battisti na ótica do concurso no homicídio Torregiani e, todavia julgada suficiente pela Corte Suprema a integrar uma responsabilidade penal também por este delito. **Bastaria, portanto, apenas transferir a motivação da sentença da Cassação, em confirmação da condenação de Giacomini, para afirmar, consequentemente a responsabilidade de Battisti**.

Mas neste caso não se trata de mera participação moral do imputado (Battisti) no homicídio de Torregiani, enquanto apurado autor material do paralelo homicídio Sabbadin; com efeito, antes de mais nada foi provado contra ele um papel decisório direto no delito contra o joalheiro milanês. **Já se disse que Battitsti é indicado por múltiplas fontes (não só Mutti, mas sucessivamente também Fatone e Cavallina) como membro relevante da "comissão" dos PAC, que se ocupava do chamado "pacto social". No interior deste organismo maturaram as decisões homicidiárias e, em particular, a deliberação de matar Torregiani, na qualidade de "agente da contrarrevolução".**

E consta que Battisti participou de todas as reuniões preparatórias que se realizaram nas casas de Mutti e de Bergamin, apoiando a resolução mais drástica.

Melhor, se recordará a decisiva (...) tomada de posição de Battisti, porta voz dos "vênetos" Giacomini e Filippi, por ocasião do acocho deliberativo final: na noite de 14 de fevereiro, na casa de Bergamin, Battisti silencia as "oposições" (...), colocando-as diante do fato consumado de uma decisão homicidiária já decidida para Sabbadin e, portanto, "objetivamente" inevitável também para a ação de Milão.

(...)

Battisti, portanto, contribuiu diretamente e autorizadamente (neste sentido o seu carisma de membro histórico do grupo e a sua aguda personalidade operacional substituem a inexistente hierarquia interna) a decidir a morte de Pierluigi Torregiani.

Mas não só deste modo deu causa a este homicídio: ele, como Giacomini – também reforçou o intento e a vontade criminosa dos executores materiais, assumindo e realizando o encargo de exercer uma parte não secundária do complexo plano. Battisti, com efeito, executou o homicídio de Sabbadin, como já é judiciariamente certo. E é igualmente certa – e reconhecida nos itens da decisão transitados em julgado – a estreita interdependência das duas ações, de modo que se pode bem dizer que quem colaborou para uma contribuiu também para a outra, dada a plena consciência de cada um de realizar a parte de um todo.

Como estabeleceu a Corte Suprema na sentença de anulação já referida, esta interdependência é univocamente demonstrada pelo fato que os homicídios foram decididos juntos, executados simultaneamente e unitariamente reivindicados (cf. p. 26-27). E é pacífico, como se disse, que Battisti tinha plena consciência desta interdependência, a ponto de exercer o papel de "oficial de ligação" entre os agentes das duas ações homicidiárias, segundo o encargo específico assumido na reunião de Desenzano. É sintomático a este propósito também o comportamento de Battisti logo depois do homicídio Sabbadin, quando procura o contato telefônico com Milão antes de fazer a reivindicação comum: o que confirma a existência de um acordo global precedente, do qual Battisti era protagonista consciente.

E não se pode sustentar, como o faz a defesa, a falta de fidedignidade intrínseca da declaração acusatória do corréu Mutti: sobre este ponto sempre unívoca, reiterada, precisa nos pormenores, como já se referiu e como ainda se falará e

como definitivamente apurado pelas condenações relativas aos autores do delito Sabbadin, Torregiani e Santoro. Mutti, de resto, não tinha motivo algum de rancor contra Battisti e mesmo o fato de ter organizado a sua fuga do cárcere de Frosinone demonstra exatamente o contrário.

A acusação de Mutti não ficou destituída de comprovações: acusam Battisti e reconstroem o seu papel decisivo também as vozes de Fatone e de Cavallina, textualmente acima reportadas. E as narrações deles encontram numerosas confirmações objetivas nas modalidades das condutas homicidárias, apuradas alhures (pelas perícias técnicas e pelas testemunhas oculares) como conformes às descrições referidas pelos imputados confessos.

Assim reconstruído, de fato, o papel de Cesare Battisti, basta então lembrar – para afirmar a consequência jurídica da sua responsabilidade penal pelo homicídio Torregiani – que "é suficiente uma contribuição causal à ação, acompanhada da consciência do projeto criminoso do corréu" (Cass. 5-7-85, n. 6684) mesmo quando a contribuição "se delineia na fase preparatória e de idealização do delito" (Cass. 4-10-83, n. 7845), ou seja, na forma de "atividade de várias pessoas convergente ao alcance de um resultado de interesse comum" (Cass. Sec. Um. 28-11-81), embora quando idônea somente "a reforçar o projeto criminoso já concebido e deliberado pelo outro concorrente ou a tornar definitivo e sem mais exequível o projeto criminoso já concebido, mas ainda definitivamente deliberado" (Cass. 11-4-83 in Justiça Penal 1984, II, 153, 151).

É correta e partilhável também a determinação dos Juízes de primeira instância acerca da medida – aliás estabelecida no mínimo – do aumento de pena a calcular sobre a prisão perpétua infligida para o mais grave homicídio Santoro. A sentença de primeira instância deve ser sobre este ponto totalmente confirmada, também no que se refere ao ressarcimento do dano à parte civil constituída. Daí segue a condenação de Battisti às despesas deste grau de juízo e de representação e defesa da parte cível, segundo o que foi requerido com a nota anexa e liquidado no dispositivo.
(Fls. 606-610.)[57]

Não há como emprestar caráter político às ações homicidas cujas condenações fundamentam o pedido, pois foram praticadas em contextos diversos, à margem de propósitos legítimos de tomada do Estado.

Maurice Travers, citado por **Manoel Coelho Rodrigues**, enfatiza que o perfil político do crime complexo só se reputa predominante quando coexistam três condições: "1ª) ter sido o acto commettido com o fim de preparar ou assegurar o êxito de um acto político puro, isto é, um emprehendimento dirigido contra a organização política ou social do Estado; 2ª) uma relação directa existente entre o facto incriminado e o fim que se impoz um partido para modificar a organização política do Estado. Não seria bastante uma relação mais ou menos perceptível, diz o mesmo autor; 3ª) não ser a atrocidade do meio empregado de tal ordem, que o caracter de direito commum se torne predominante, apesar da natureza política do fim almejado".[58]

---

[57] Grifos nossos.

[58] A e*xtradição no direito brasileiro e na legislação comparada*. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930, p. 496.

Como salta aos olhos, não é o caso, onde o extraditando foi condenado pelo crime mais antigo da humanidade, o homicídio!

Precisa, no tema, a manifestação do Procurador-Geral da República (fls. 2318-2331), Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, ao analisar o objeto deste pedido à luz dos precedentes da Corte (**Ext 694**, **Ext 493** e **Ext 994**):

> (...)
> A análise desses três precedentes revela que o Supremo Tribunal Federal considerou que a motivação política dos fatos não autoriza, por si só, a classificação dos crimes como políticos.
> Com efeito, na Ext 694 levou-se em conta não haver indicação de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou a incolumidade das pessoas.
> No que tange à Ext 493, observa-se que os fatos ocorreram no contexto da invasão do quartel La Tablada, de modo que os homicídios e as lesões a outros indivíduos aconteceram por ocasião de uma manifestação organizada por grupos de extrema esquerda, quando houve confronto entre estes e a Polícia.
> Com relação à Ext 994, a morte de um vice-brigadeiro e as lesões a outros indivíduos aconteceram por ocasião de uma manifestação organizada por grupos de extrema esquerda, quando houve confronto entre estes e a Polícia.
> Tais eventos diferem do contexto fático em que ocorreram os crimes pelos quais o extraditando foi condenado, em que pese terem sido provocados por membros de uma facção política.
> *Cesare Battisti* foi condenado por homicídios que, embora guardem certa motivação política, não tiveram como plano de fundo, por exemplo, uma manifestação ou rebelião, além do que ceifaram a vida de civis e de autoridades que se encontravam então indefesos.
> (...)
> Como se pode constatar, os fatos transcritos diferem dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, nos quais os crimes comuns encontravam-se entrelaçados em meio a uma ação política mais ampla, como foi o caso da Ext 994 e da Ext 493.
> Ademais, os atentados à vida e à incolumidade das pessoas confrontam com a observação cuidadosa que fez essa Corte na Ext 694. De fato, o simples móvel político não autoriza a prática de homicídios premeditados e de violência contra quem quer que seja, de modo que o elemento subjetivo exclusivamente não legitima a classificação dos fatos como crimes políticos.
> Os homicídios que fundamentam este pedido de extradição parecem marcados por certa frieza e desprezo pela vida humana, o que contrasta com o caráter nobre de uma ação política voltada para reformas no Estado.

18. Por todas essas razões, que não são poucas, não quadra à hipótese tratamento análogo àquele reservado aos delitos políticos, sobretudo na moldura da Lei de Anistia.

Preconiza a defesa que, sendo políticos os crimes cometidos pelo extraditando, teriam sido, como tais, alcançados pela anistia concedida, no Brasil, pela EC 26, de 27-11-1985. A concessão de anistia, acrescenta, levaria a conflito com o princípio da dupla tipicidade, por conta da extinção da punibilidade dos fatos imputados ao extraditando, ocorridos todos antes da emenda.

O argumento, tendente a aplicar na hipótese a restrição contida no art. 3º, 1, *c*, do Tratado de Extradição entre Brasil e Itália, radica-se em premissa falsa, consistente no suposto caráter político dos delitos. Caindo a premissa, cai todo o raciocínio, até porque, segundo essa regra do Tratado, a extradição não será concedida, "se o fato pelo qual é pedida tiver sido objeto de anistia na Parte requerida, e estiver sob a jurisdição penal desta".

Ora, **(i)** nem os delitos pelos quais acabou condenado o extraditando foram objeto da anistia, porque crimes comuns, não políticos, **(ii)** nem estão sujeitos à jurisdição penal brasileira.

19. Convém ressaltar, ainda, que a Justiça Francesa deferiu idêntico pedido de extradição formulado pela República Italiana contra o ora extraditando, razão, aliás, que o levou a refugiar-se no Brasil.

A República Italiana, na manifestação de fls. 2379-2437, recorda: "Positivamente, o presente pedido tem por fundamento sentenças condenatórias advindas do cometimento de crimes comuns. Registre-se, de resto, que isso foi reconhecido e proclamado pela Justiça Francesa ao deferir postulação da República Italiana – formulada com base nos mesmíssimos fatos de que ora se cuida – para que lhe fosse entregue Cesare Battisti, quando este vivia na França. A decisão proferida pelo Tribunal de Recursos de Paris em 30-6-2004 considerou que **os crimes pelos quais se pedia a extradição 'não são de natureza política e militar' e, mais, que 'não consta que o pedido de extradição tenha sido formulado por motivo de raça, de religião, de cidadania ou de opiniões políticas ou que a situação do mesmo** [o extraditando] **possa agravar-se em consequência de qualquer um dos motivos acima**" (fl. 12 do documento 2, em anexo com a respectiva tradução)" (fl. 2430).

E continua:

> Acentue-se que, esgotadas todas as possibilidades de recurso, a aludida decisão do Tribunal de Recurso de Paris foi convalidada pelo Supremo Tribunal de Justiça da França em 13-10-2005 e, finalmente, pela insuspeita Corte Europeia de Direitos Humanos em 12-12-2006 (documentos 3, 4 e 5, em anexo com as respectivas traduções).
>
> É óbvio que as decisões da Justiça da França e do Conselho de Estado francês, bem como a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, em nada vinculam esse col. Supremo Tribunal Federal que, em sua plena soberania, julgará o pleito instaurado na jurisdição brasileira pelo Estado Requerente em razão da fuga do extraditando da França para o Brasil. Mas não é menos certo que afastam a estrambótica teoria da conspiração dos Governos da França e da Itália contra o extraditando. (Fl. 2430.)

Da sentença de extradição de Cesare Battisti proferida pelo Tribunal de Recursos de Paris, extraio:

> (...)
>
> Considerando que os fatos atribuídos a *Battisti* são tipificados como homicídios dolosos qualificados e como tentativa de homicídio doloso qualificado, crimes previstos e passíveis de punição pelos arts. 56, 61, 81, 110, 112, n. I e 575 do Código

Penal italiano; que as decisões de condenação à base do pedido de extradição declararam-no culpado, em um ou outro caso, de ser o autor ou o cúmplice;

Considerando que com relação ao princípio da dupla incriminação, os fatos acima expostos e qualificados pelo País requerente podem, no direito francês, ter qualificação de homicídio e de tentativa de homicídio agravado na qualidade de autor, coautor ou cúmplice, crimes ou tentativa de crime previstos e passíveis de punição pelos arts. 121-4, 121-5, 121-6, 121-7, 221-1, 221-3 e 221-4 do Código Penal;

Considerando que os fatos pelos quais é requerida a extradição são puníveis no direito francês com uma pena não inferior a dois anos de reclusão e no direito italiano com uma pena não inferior a um ano de reclusão, conforme as exigências previstas no art. 61 da Convenção de *Schengen;*

Considerando que os crimes apenados pelas decisões judiciárias italianas, pelos quais está sendo pedida a extradição, não são de natureza política, nem militar.

que, ainda, não consta que o pedido de extradição tenha sido formulado por motivos de raça, de religião, de cidadania ou de opiniões políticas ou que a situação do mesmo possa agravar-se em consequência de qualquer um dos motivos acima.

que Cesare *Battisti* não possui cidadania francesa e não foi julgado definitivamente na França por esses crimes.

que, com relação às condenações proferidas contra ele, a pena não resulta estar prescrita nem pelo direito italiano nem pelo direito francês;

Considerando, enfim, que as condições jurídicas legais da extradição parecem reunidas; que não foi constatado qualquer erro evidente; que, consequentemente, é cabível emitir parecer favorável ao pedido de extradição formulado pelo Governo da Itália contra *Cesare Battisti.*

Por estas razões

O Tribunal

Vista a Convenção Europeia sobre Extradição de 13 de dezembro de 1957, em particular os arts. 1, 18, 20, 22, 24, 27 e 28,

Vista a convenção de aplicação do acordo de *Schengen* de 19 de junho de 1990.

Vista a Lei de 10 de março de 1927 relativa a extradição dos estrangeiros, em particular os arts. 1, 14, 16 e 17,

Vistos os arts. 696-1 e seguintes do Código de Processo Penal e o art. 214. III da Lei de 9 de março de 2004;

Rejeita os argumentos alegados nos relatórios apresentados pelos advogados de defesa do extraditando;

Julga cabível deferir favoravelmente o pedido de extradição apresentado pelo Governo da Itália contra:

Cesare Battisti, nascido aos 18 de Dezembro de 1954 em Cisterna di Latina (ItáIia), cidadão italiano.

(Fls. 2461-2462).

Contra tão incisiva decisão, o ora extraditando interpôs recurso junto ao Supremo Tribunal de Justiça da França, que o rejeitou (fls. 2478-2503). Daí, novo recurso foi endereçado à **Corte Europeia de Direitos Humanos**, com fundamento no § 1º do art. 6º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos, e de cuja decisão consta:

(...)

A Corte, tendo em vista as circunstâncias do caso, constata portanto que o Requerente estava manifestamente informado sobre a acusação contra ele, bem como do andamento do processo perante a Justiça italiana, mesmo encontrando-se foragido. Por outro lado, o Requerente, que tinha voluntariamente decidido permanecer foragido após sua fuga em 1981, era de fato assistido por vários advogados especialmente escolhidos por ele durante o processo. Relativamente a este último ponto, a Corte observa, além do mais, que ele teria encontrado na preparação da sua defesa junto aos seus advogados escolhidos (*Hermi*, supracitado, §§ 96-97).

À luz de quanto acima afirmado, a Corte considera que era lícito às autoridades judiciárias italianas em primeiro lugar e às autoridades judiciárias francesas em seguida, concluir que o Requerente tinha renunciado de maneira inequívoca a seu direito de comparecer pessoalmente e de ser julgado em sua presença.

Ela observa, por fim, que emerge de maneira expressa da sentença particularmente fundada proferida pelo Conselho de Estado em 18 de março de 2005, que as autoridades francesas levaram devidamente em conta todas as circunstâncias envolvendo a questão e a jurisprudência da Corte para considerar legítimo o pedido de extradição apresentado pelas autoridades italianas.

Conclui-se que o pedido é claramente infundado nos termos do art. 35, § 3º da Convenção e que deve ser rejeitado conforme determina o art. 35, § 4º.

Por esses motivos, a Corte, por unanimidade,

Declara negado o pedido.

(Fls. 2532-2533.)

20. Não se objete que, com o deferimento da extradição, o Brasil estaria a descumprir suas obrigações internacionais ou a violar garantias concernentes aos direitos humanos do extraditando.

É que o deferimento não insulta o princípio do *non-refoulement* (não devolução), o qual consiste em que o Estado não envie o refugiado a território em que possa sofrer qualquer ameaça à vida ou à liberdade.

Está tipificado no art. 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961), nestes termos:

Artigo 33

Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.

2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo à segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do referido país.

O texto contém, entre outras, duas condições que não concorrem no caso:

a) *existência de status de refugiado*.

O reconhecimento do *status* de refugiado é ato declaratório do Estado de que a pessoa atende aos requisitos legais cuja coexistência lhe permite obter tal condição.

Por isso, o princípio também convém àqueles que ainda não lograram o reconhecimento formal. Mas de modo algum alcança quem, não preenchendo todos os requisitos necessários, jamais seria, válida e eficazmente, reconhecido como refugiado.

Ora, já se viu que é absolutamente nula e ineficaz a decisão recursal administrativa que reconheceu ao extraditando a condição de refugiado, pela curta mas boa razão jurídica de que sua situação não entra em nenhuma das taxativas hipóteses legais que autorizariam reconhecê-la. Donde, porque, no quadro da causa, jamais poderia o extraditando ser tido por refugiado político, não se lhe aplicar o princípio.

b) *não encaminhamento do refugiado para fronteira de territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.*

Esta é hipótese de exceção ao princípio, a qual recomenda não seja o estrangeiro encaminhado para lugar em que corra risco pessoal. Está, aliás, prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 22 (8), como direito de qualquer estrangeiro:

> 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

Tampouco convém ao caso, onde também já se demonstrou, à abundância, que o extraditando não corre nenhum risco, atual nem futuro, de violação de qualquer direito subjetivo, por perseguição ou discriminação, no território italiano.

21. O extraditando foi condenado à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno de seis meses, pelos homicídios praticados contra *Antônio Santoro, Pierluigi Torregiani, Lino Sabbadin* e *Andrea Campagna* (fls. 3-5).

Daqui, a necessária advertência: "A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva". (**Ext 855**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 1º-11-2006.)

Imprescindível, pois, que o Governo da Itália assuma formal compromisso de comutar a pena de prisão perpétua, estatuída nas condenações, por pena privativa de liberdade não superior a trinta anos de reclusão, em consonância com a letra *b* do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal.

22. Examino, por fim, conspícua questão sobre a obrigatoriedade, ou não, de o Presidente da República, uma vez acolhido o pedido de extradição, efetivar a entrega do extraditando ao Estado requerente.

A República Federativa do Brasil e a República Italiana assinaram, em 17 de outubro de 1989, em Roma, Tratado de Extradição, cuja aprovação pelo Congresso Nacional deu-se em 20-11-1992, mediante o Decreto Legislativo 78. O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o inciso VIII do art. 84 da CF, em 9-7-1993, por meio do Decreto 863, promulgou-o, nos seguintes termos:

> Art. 1º O Tratado de Extradição, firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, em 17 de outubro de 1989 apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.
>
> Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Brasília, 9 de julho de 1993; 172º da Independência e 105º da República.[59]

A autoridade do Chefe de Estado no domínio da celebração de tratados internacionais não conhece limites: ele ostenta, em razão do cargo, competência para negociar e firmar acordo e, ainda, para exprimir – desde logo, ou mediante ratificação ulterior – o consentimento estatal definitivo.[60]

Embora nítido o comando constitucional acerca da colaboração entre o poder Executivo (art. 84, VIII, da CF) e o Legislativo (art. 59, VI, da CF) na conclusão de tratados internacionais, a vontade discricionária do Presidente da República manifesta-se soberana em dois momentos: **(i)** na plenitude da representatividade externa, consubstanciada pela assinatura, que fixa e autentica, sem dúvida, o texto do compromisso, **(ii)** e na ratificação do tratado, após aprovação do parlamento.

O Congresso Nacional só delibera definitivamente sobre tratado, quando rejeita o acordo, caso em que o Presidente da República fica impedido de o ratificar. Aprovado o tratado por decreto legislativo, estará o chefe do Executivo autorizado a ratificá-lo, ou não, segundo juízo de oportunidade e conveniência.

Desde o momento próprio, portanto – idealmente, aquele em que coincidam a entrada em vigor no plano internacional e o idêntico fenômeno nas ordens jurídicas interiores às partes –, o tratado passa a integrar cada uma dessas ordens.[61]

Aperfeiçoado o tratado, de sua compulsória executoriedade no plano positivo interno já decidiu o Plenário:

> O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. **O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da**

[59] Grifos nossos.

[60] REZEK, José Francisco. Direito dos tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 205.

[61] Ibidem, p. 394.

ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. (**ADI 1.480-MC**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 18-5-2001.)[62]

Tal vinculação, imanente à natureza dos pactos, é explicitada no art. 26 da Convenção de Viena, de 1969, que dispõe sobre a obrigatoriedade de observância dos tratados, nos seguintes termos: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".

"[O] que se extrai do enunciado do art. 26 da Convenção de Viena é que a obrigação de respeitar os tratados é um princípio necessário do Direito Internacional; necessário porque sem ele a segurança das relações entre os povos e a paz internacional seriam impossíveis. Além do mais, a referência feita à boa-fé bem demonstra a necessidade de uma convivência harmoniosa entre os Estados, o que não seria possível sem o cumprimento das normas nascidas do seio da sociedade internacional. [O] que o art. 26 da Convenção de Viena fez foi consagrar, de maneira expressa, o próprio fundamento jurídico dos tratados internacionais, segundo a qual a obrigação de respeitá-los repousa na consciência e nos sentimentos de justiça internacional".[63]

Sobre o poder de indeferimento, por iniciativa do Governo, de pedido de extradição, esclarece **Francisco Rezek**:

> (...)
> *5. Submissão do pedido ao exame judiciário*
> Excluída a hipótese de que o Governo, livre de obrigações convencionais, decida pela recusa sumária, impor-se-lhe-á a submissão do pedido ao crivo do judiciário (6). Este se justifica, na doutrina internacional, pela elementar circunstância de se encontrar em causa a liberdade do ser humano. Nossa lei fundamental, que cobre de garantias tanto os nacionais quanto os "estrangeiros residentes no País" (art. 153), defere à Suprema Corte o exame da legalidade da demanda extraditória (art. 119, I, *g*), a se operar à luz da lei interna e do tratado por ventura existente. Percebe-se que a fase judiciária do procedimento está situada entre duas fases governamentais, inerente a primeira à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado. É de se perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo Governo antes ou depois do pronunciamento do Tribunal. A propósito, o Decreto-lei n. 941/69 guarda implacável silêncio, e sua linguagem, notadamente nos arts. 92 e 101, chega a produzir a impressão de que nenhum poder decisório, em nenhum caso, reveste o Executivo, responsável tão só pelo desempenho de encargos pré-moldados e subalternos.

---

[62] Grifos nossos.

[63] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 204.

6 – Ressalvo, ainda aqui, a possibilidade de imediata rejeição do pedido que, apoiado embora em tratado, ostente ilegalidade flagrante, para cuja proclamação não seria lógico que o Governo dependesse do pronunciamento do Tribunal (v. gr., o pedido de extradição de brasileiro). Na realidade, nenhum dos tratados em vigor impõe ao Governo brasileiro o dever da consulta ao Judiciário. Seus textos se referem, não obstante, ao exame dos pressupostos da extradição pelo "órgão ou autoridade competente do Estado requerido", e assim, combinados com a legislação doméstica, repelem, em princípio, a declaração de ilegalidade pela voz do Governo, somente defensável em circunstâncias excepcionais como as do aventado acima.

6. Oportunidade do indeferimento por iniciativa do Governo

Convenço-me de que a opção governamental deve ser formulada na fase pré-judiciária do procedimento, e a tanto sou levado por mais de uma razão. Cabe assinalar, antes de mais nada, que o processo extraditório no Supremo Tribunal Federal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções (art. 95 e § 1º). Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o Poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao Tribunal traduz aquiescência da parte do Governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da Corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extraditório em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o Tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao Governo uma decisão discricionária (7).

7 – Penso ser única, nos últimos anos, a exceção feita a essa regra pelo Caso Stangl (Ext 272-4). O relator, Ministro *Victor Nunes, concluía seu voto antológico* "... autorizando a entrega do extraditando à Alemanha...", e nesses termos resultou lavrado o acórdão unânime do Plenário (*RTJ* 43/209). Não nos é dado saber se o relator, atento à circunstância de que tanto a Alemanha quanto a Áustria haviam fundado seus pedidos em promessa de reciprocidade, entendia que o Governo os pudesse indeferir depois do julgamento, ou se o emprego da fórmula "autorizando a entrega" foi motivado tão só pelo fato de que ainda cumpria reclamar ao Estado interessado os compromissos próprios dessa fase, alguns dos quais, no acórdão, o Tribunal fez questão de explicitar, face à peculiaridade da espécie.

7. Efetivação da extradição deferida

Negada a extradição pela Corte, limitam-se os deveres do Poder Executivo à libertação do extraditando e à comunicação desse desfecho ao Estado requerente. Deferida, incumbe-lhe efetivá-la nos termos dos arts. 96 e seguintes do DL n. 941/69.[64]

A Corte, no julgamento do **HC 57.087** (Rel. Min. **Xavier de Albuquerque**, *DJ* de 9-5-1980), embora diverso seu objeto principal, decidiu, uma vez pre-

[64] Est*udos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 1976, p. 239-241.

sentes os requisitos dispostos no Tratado Brasil-Suíça, pela obrigatoriedade da extradição:

> (...)
> O acordo externo servirá, nas nossas relações com a potência contratante, para tornar obrigatória a extradição que, sem ela, seria facultativa.
> (...)
> Prefiro ater-me às diretrizes lucidamente traçadas pelo citado *Claude Lombois* e assentadas na distinção entre extradição *obrigatória* – no sentido de com ela estar comprometido, por força do tratado, o Estado requerido, satisfeitos que sejam, naturalmente, os demais requisitos convencionados – e extradição *facultativa* – no sentido de autorizada, tão somente, pela lei interna do Estado requerido.
> Se a extradição, pela lei, pode ser deferida a qualquer Estado que a requeira sob oferta de reciprocidade, pouco importa que não a autorize, em certo caso concreto, o tratado acaso celebrado, porque o deferimento se dá a título facultativo, no sentido já salientado. Se, ao contrário, a lei não autoriza, por si mesma, a extradição, mas há tratado que o faz e que aproveita a determinado caso, há de a extradição ser também deferida, agora a título obrigatório, no sentido igualmente registrado. Se, finalmente, tanto a lei quanto o tratado autorizam a extradição, mas discrepam em regras secundárias de índole formal, aqui sim, deve prevalecer, no conflito entre tais regras, aquela que, atendida a homogeneidade do sistema normativo, favorecer a efetividade da colaboração internacional objetivada assim pela lei como pelo tratado.

Observe-se que o Estatuto do Estrangeiro, na hipótese de deferimento do pedido de extradição pela Corte, não confere ao Presidente da República discricionariedade para efetivá-la, ou não.

Essa conclusão é confirmada pela regra excepcional prevista no art. 89, *caput* e parágrafo único, da Lei 6.815/1980, que apenas atribui ao Presidente da República a faculdade de adiar a execução da extradição em casos certos, mas nunca de deixar de efetivá-la:

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

Se, de um lado, não há previsão legal que confira ao chefe do Poder Executivo, diante do deferimento do pedido, poder soberano de decidir sobre a efetivação da extradição, de outro ainda releva que, comprometendo-se a desenvolver cooperação na área judiciária nessa matéria, acordaram a República Federativa do Brasil e a República Italiana, já no art. 1 do Tratado, a mesma obrigação de extraditar:

> Cada uma das Partes **obriga-se** a entregar à outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no presente Tratado, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciárias

da Parte requerente, para serem submetidas a processo penal ou para a execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal.[65]

E ainda convencionaram, de maneira não menos expressa, os *casos que autorizam a extradição* (art. 2)[66] **(i)**, *os de recusa de extradição* (art. 3)[67] **(ii)** e também as hipóteses de *recusa facultativa da extradição* (art. 6)[68] **(iii)**.

---

[65] Grifos nossos.

[66] "Artigo 2
Casos que Autorizam a Extradição
1. Será concedida a extradição por fatos que, segundo a lei de ambas as Partes, constituírem crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade pessoal cuja duração máxima prevista for superior a um ano, ou mais grave.
2. Ademais, se a extradição for solicitada para execução de uma pena, será necessário que o período da pena ainda por cumprir seja superior a nove meses.
3. Quando o pedido de extradição referir-se a mais de um crime, e algum ou alguns deles não atenderem às condições previstas no primeiro parágrafo, a extradição, se concedida por um crime que preencha tais condições, poderá ser estendida também para os demais. Ademais, quando a extradição for solicitada para a execução de penas privativas de liberdade pessoal aplicadas por crimes diversos, será concedida se o total das penas ainda por cumprir for superior a 9 meses.
4. Em matéria de taxas, impostos, alfândega e câmbio, a extradição não poderá ser negada pelo fato da lei da Parte requerida não prever o mesmo tipo de tributo ou obrigação, ou não contemplar a mesma disciplina em matéria fiscal, alfandegária ou cambial que a lei da Parte requerente."

[67] "Artigo 3
Casos de Recusa de Extradição
1. A extradição não será concedida:
a) se, pelo mesmo fato, a pessoa reclamada estiver sendo submetida a processo penal, ou já tiver sido julgada pelas autoridades judiciárias da Parte requerida;
b) se, na ocasião do recebimento do pedido, segundo a lei de uma das Partes, houver ocorrido prescrição do crime ou da pena;
c) se o fato pelo qual é pedida tiver sido objeto de anistia na Parte requerida, e estiver sob a jurisdição penal desta;
d) se a pessoa reclamada tiver sido ou vier a ser submetida a julgamento por um tribunal de exceção na Parte requerente;
e) se o fato pelo qual é pedida for considerado, pela Parte requerida, crime político;
f) se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;
g) se o fato pelo qual é pedida constituir, segundo a lei da Parte requerida, crime exclusivamente militar. Para os fins deste Tratado, consideram-se exclusivamente militares os crimes previstos e puníveis pela lei militar, que não constituam crimes de direito comum."

[68] "Artigo 6
Recusa Facultativa da Extradição
1. Quando a pessoa reclamada, no momento do recebimento do pedido, for nacional do Estado requerido, este não será obrigado a entregá-la. Neste caso, não sendo concedida a extradição, a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeterá o caso às suas autoridades competentes para eventual instauração de procedimento penal. Para tal finalidade, a Parte requerente deverá fornecer os elementos úteis. A Parte requerida comunicará sem demora o andamento dado à causa e, posteriormente, a decisão final.
2. A extradição poderá igualmente ser recusada:
a) se o fato pelo qual for pedida tiver sido cometido, no todo ou em parte, no território da Parte requerida ou em lugar considerado como tal pela sua legislação;

De modo que, em resumo, preenchidos todos os requisitos que autorizam a extradição e, por conseguinte, não caindo o pedido em nenhuma das hipóteses de recusa ou de recusa facultativa, está a parte requerida obrigada a entregar à outra as pessoas procuradas que se encontrem em seu território. Este é princípio capital da teoria e prática dos tratados, pois não tem nexo nem senso conceber que sejam celebrados para não ser cumpridos por nenhum dos Estados contraentes!

Tenho, assim, que, no caso, uma vez satisfeitas todas as exigências para concessão de extradição, sem caracterizar-se nenhuma das hipóteses de recusa previstas no art. 6 do Tratado e, por conseguinte, deferido o pedido do Estado requerente, não se reconhece discricionariedade legítima ao Presidente da República para deixar de efetivar a entrega do extraditando.

Diante das informações extraídas do sítio eletrônico da Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro, de que, contra *Cesare Battisti*, perante a 2ª Vara Federal Criminal, tramita a Ação Penal 2007.51.01.804297-5, cujo objeto é a imputação da prática do delito de falsificação e/ou uso de passaporte falso, incide o disposto no art. 89 da Lei 6.815/1980.

Ou seja, deferido o pedido e, portanto, constituído o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode determinar a extradição (cf. **Ext 1.114**, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 22-8-2008), a efetiva entrega do súdito ao Estado requerente poderá ser diferida, nos termos do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro, bem como do 'item 1' do art. 15 do Tratado Bilateral Brasil-Itália, que prescreve:

> Artigo 15
> Entrega Diferida ou Temporária
> 1. Se a pessoa reclamada for submetida a processo penal, ou deva cumprir pena em território da Parte requerida por um crime que não aquele que motiva o pedido de extradição, a Parte requerida deverá igualmente decidir sem demora sobre o pedido de extradição e dar a conhecer sua decisão à outra Parte. Caso o pedido de extradição vier a ser acolhido, a entrega da pessoa extraditada poderá ser adiada até a conclusão do processo penal ou até o cumprimento da pena.

23. Tendo por cumpridos os requisitos legais constantes do Estatuto do Estrangeiro e do Tratado de Extradição firmado entre o Governo da Itália e o da República Federativa do Brasil, **defiro** a extradição de *Cesare Battisti*, sob a condição formal de comutação da pena perpétua por privativa de liberdade por tempo não superior a trinta anos, com detração do período em que está preso neste País, e, em consequência, julgo **prejudicado** o mandado de segurança.

---

b) se o fato pela qual for pedida tiver sido cometido fora do território das Partes, e a lei da Parte requerida não previr a punibilidade para o mesmo quando cometido fora do seu território."

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, fiz algumas anotações sobre as belíssimas intervenções dos senhores advogados e do ilustre Procurador-Geral da República, para explicitar que o fato de o extraditando ser comunista não entra em nenhuma cogitação, pois não é crime, nem foi ele condenado por isso.

O fato de que teria fugido da Itália e deixado o feito à revelia não tem justificação histórica, porque, ao que consta, ninguém foi morto no cárcere pela polícia nessa época. E a reação das autoridades italianas, que foi objeto de comentário, é a coisa mais natural por seu objeto representar, de certo modo, agressão à condição institucional do próprio Governo italiano e que, por isso mesmo, só poderia suscitar, da parte do Governo da Itália, violenta reação, justificada pelos termos com que foi apresentada como regime de exceção.

Aliás, Senhor Presidente – e é a última observação –, noto que a ilustre Procuradoria-Geral da República reconhece, preliminarmente, que os crimes são crimes comuns. Isso é textual no parecer da douta Procuradoria e na manifestação, de hoje, do eminente Procurador-Geral da República. Reconhece que os crimes são crimes comuns. Daí, tira consequências – e, a meu ver, em raciocínio absolutamente incompatível com essa premissa – de crimes políticos, a partir de crimes que ele mesmo reconhece como de natureza comum!

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu começo por enfatizar o brilhantíssimo voto do eminente Ministro Relator, ao qual eu gostaria, no entanto, de formular duas questões iniciais, se me permite o Ministro Peluso.

Em primeiro lugar, Vossa Excelência iniciou afirmando que a questão relativa à análise da possibilidade de ser examinada a legalidade dos motivos do ato de concessão, ou do próprio ato de concessão da legalidade de refúgio, seria prejudicial da extradição, na primeira preliminar. Certo?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Preliminar, não prejudicial.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, então, preliminar. A preliminar da extradição seria essa. Ocorre – e aí Vossa Excelência discorre longamente sobre a legalidade do ato, a natureza, segundo Vossa Excelência, vinculada do ato – que a própria República Italiana quando impetra o mandado de segurança, que Vossa Excelência, ao final, declarou prejudicado, põe à jurisdição deste Tribunal, e só vem a este Tribunal exatamente porque vinculada a extradição, rigorosamente, esta matéria e este o objeto no mandado de segurança. Este é o objeto do mandado de segurança. Aliás, a República Italiana, nas 61 laudas da petição inicial, diz que, sem afastar o óbice, que seria a concessão de refúgio, não poderia ter seguimento a extradição. Razão pela qual é que a República Italiana impetra o

mandado de segurança contra este ato praticado pelo Ministro da Justiça e que, na esteira da jurisprudência do Supremo, atrai a nossa competência.

Como Vossa Excelência conheceu desta matéria em preliminar, e esta matéria é o próprio objeto do mandado de segurança, que Vossa Excelência, ao final, declarou prejudicado, eu consulto se, sendo o mesmo objeto, não seria o caso de nós julgarmos, inicialmente, o mandado de segurança.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não, Senhora Ministra, pelo seguinte: como se trata de uma matéria de ordem pública, que o Tribunal tem o dever de conhecer de ofício, e que é o controle jurisdicional da legalidade dos atos administrativos, o mandado de segurança, de fato, é prejudicado não apenas pelo resultado do meu voto, mas pelo fato de que, a meu sentir, com o devido respeito, a República Italiana não teria interesse processual para impetrar outro mandado de segurança, porque a questão entraria, necessariamente, como preliminar no processo de extradição. Noutras palavras, para examinar a legalidade do ato administrativo não se precisa impetrar mandado de segurança autônomo. Em qualquer causa em que esteja em jogo a questão de um ato administrativo, todos os tribunais, e não apenas o Supremo, têm que, em primeiro lugar, verificar se o ato é ou não é legal. E, nesse caso, há uma agravante: é que se trata de ato tipicamente vinculado, em que não há mínima margem de discricionariedade, pois é expresso em declarar que o refúgio só pode ser concedido em uma daquelas três hipóteses; portanto, são três modelos.

E a decisão administrativa do Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça se baseou, exatamente, na hipótese prevista no inciso I do art. 1º da Lei 9.474/1997. Noutras palavras, o que a Corte tinha de fazer, preliminarmente, ainda que não houvesse, o mandado de segurança, ou a despeito dele, é examinar se o motivo declarado corresponde, ou não, aos fatos que estão provados.

E o que fiz foi simplesmente examinar o que a decisão administrativa declarou como motivo da prática do ato e a realidade, porque não veio prova de nenhum fato que significasse perseguição política. Trata-se, pura e simplesmente, conforme meu voto concluiu, de receio de execução de sentenças penais transitadas em julgado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência, Ministra Cármen Lúcia, me permite?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Claro, por favor.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, temos balizas na extradição e, evidentemente, o pedido inicial da extradição não se faz dirigido contra certo ato de Ministro de Estado. Tanto não se fez dirigido contra o ato do Ministro de Estado da Justiça que houve uma impetração, formalizada, creio, por um exemplar profissional do Direito, para discutir-se justamente o merecimento, o acerto ou o desacerto da vinda à balha de fato jurídico que esta Corte já assentou que obstaculiza a extradição, ou seja, o reconhecimento da qualidade de refugiado ao extraditando.

Daí a impossibilidade de conferirmos a esta ação, que é a extradição, uma polivalência, a ponto de direcioná-la conforme os fatos ocorridos na tramitação, direcioná-la contra um ato do Ministro de Estado da Justiça.

Creio que, presente a instrumentalidade – e os preceitos processuais são imperativos –, não é dado queimar etapas e pretender eleger, como preliminar da extradição, do pedido formalizado pelo Governo, a apreciação do ato do Ministro de Estado da Justiça.

Onde ficou, afinal, este ato? Nós o fulminamos mediante qual instrumento? A extradição? A extradição não visa a fulminar ato de Ministro de Estado. Visa tão somente a estabelecer se há legalidade ou ilegalidade no pleito formulado pelo Governo requerente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Marco Aurélio, se Vossa Excelência me permitir, eu faço questão de ler o que está na linha deste Supremo Tribunal na muitas vezes citada Ext 1.008, em que Vossa Excelência, Ministro Peluso, à fl. 263 daqueles autos, afirma:

> Tirante o caso concreto, segundo os exemplos que já foram dados pelo Ministro e por Vossa Excelência – falando ao Ministro Celso de Mello –, que resultaria na inobservância de um requisito de ordem constitucional ou convencional, o fato gerador da concessão de refúgio é impeditivo da concessão de extradição. Não importa que a lei, no caso, considere o processo prejudicado, porque a norma enuncia que o processo não deve prosseguir, pois chegaria ao fim inutilmente por ser um caso de inadmissibilidade superveniente de extradição.

Mas ainda afirma Vossa Excelência à fl. 264:

> Não vejo nenhum motivo de reconhecimento de inconstitucionalidade ao disposto no art. 33 – Vossa Excelência reafirmou isso hoje – absolutamente não está em jogo, a meu ver, e com o devido respeito, o princípio da separação de poderes. Assim como nos outros casos em que lei discipline hipóteses nas quais a competência do Supremo está adstrita à observância de certos requisitos legais, não há aqui interferência nenhuma e cada Poder age dentro de sua esfera de competência. É o caso que a lei disciplina como de inadmissibilidade de extradição.

Na linha, portanto, dessa jurisprudência eu mesma votei naquela extradição nesse sentido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Se Vossa Excelência me permite, eu dou a interpretação do que eu afirmei. Não apenas afirmei, como reafirmo. Por que naquele caso eu afirmei? Porque o ato de concessão era legal.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não foi examinado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Perdão, Ministra.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não foi examinado, porque não houve impugnação na via própria que seria a impetração contra o ato do Ministro de Estado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não, não foi por isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A jurisprudência é: o art. 33 se aplica se ele é constitucional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Se Vossas Excelências permitirem que eu diga por que fiz essa afirmação, eu o farei. Mas, se Vossas Excelências acham que são melhores intérpretes do que afirmei, eu me calo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Todos temos palavra no Plenário. Todos, indistintamente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Naquele caso, afirmei e reafirmo, porque não havia nenhum motivo próximo nem remoto para pôr em dúvida a legalidade do ato administrativo de concessão.

Se tivesse havido alguma dúvida a respeito da legalidade do ato de concessão, independentemente da existência de mandado de segurança ou de arguição específica, primeiramente eu teria dever jurídico de examinar a legalidade do ato administrativo.

De mais a mais, é coisa corriqueira na experiência judiciária que não apenas este, mas todos os tribunais e juízes do País, quando, em qualquer processo, não apenas em mandado de segurança, examina um ato administrativo, se ele deve ou não ser cumprido, a primeira coisa que lhes cumpre fazer é examinar se é ato discricionário ou ato vinculado. Sendo discricionário, só em casos excepcionais poderia investigar a legalidade; mas, sendo ato vinculado, a primeira coisa que o tribunal tem que examinar, os juízes têm que examinar, é se o ato observou, ou não, os requisitos legais de sua existência. Se o juízo ou o tribunal verificar até de ofício que, sendo vinculado, o ato não atendeu aos requisitos legais, o tribunal tem obrigação de lhe decretar a ilegalidade porque se trata de nulidade absoluta. E as nulidades absolutas independem de arguição, são pronunciáveis de ofício por dever do Tribunal. Noutras palavras, o Judiciário tem a obrigação de velar pela legalidade estrita dos atos administrativos nas causas que lhe são sujeitas.

Esta foi a razão pela qual eu não pus em dúvida a legalidade da concessão naquele caso. Se, em outro caso, aparecer concessão de refúgio que não corresponda a uma das suas três hipóteses legais, vou tornar a reafirmar, com aspas, tudo o que eu afirmei nesta oportunidade.

Com o devido respeito, não vejo contradição nenhuma e muito menos hostilidade à jurisprudência da Corte. Aliás, nem fiz nenhuma referência, nem lá nem cá, a respeito da questão da constitucionalidade do art. 33, que poderia até ser objeto de cogitação num outro caso, não, porém, aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, fico a imaginar se o recurso contra o ato negativo do Conare fosse para o Presidente da República. Julgaríamos uma impetração contra o ato de Sua Excelência e é o que fazemos no campo das desapropriações. Por que apreciamos mandado de segurança contra ato que declara de utilidade pública imóvel, se possível, na ação desapropriatória, surgir o incidente e colocar-se na lata do lixo esse mesmo ato?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Se Vossa Excelência me permite, vou esclarecer. Senhor Presidente, evidentemente nenhum pedido de extradição é dirigido contra ato do Ministro da Justiça. O ato do Ministro da Justiça aparece como um incidente, como um fato superveniente no curso do processo de extradição. Quando surge esse ato, a Corte tem que apreciá-lo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É ato externo ao processo extradicional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não é problema de imaginar que os pedidos de extradição sejam dirigidos contra ato do Ministro da Justiça. Isso não tem propósito. O pedido de extradição é dirigido à Corte em face do Governo brasileiro para entrega do súdito, apenas isso. Se, porém, nos termos do ordenamento jurídico que prevê a possibilidade de concessão de refúgio, o qual pode constituir fato obstativo externo da extradição, é praticado no curso do processo de extradição, a primeira coisa que o Tribunal tem de examinar é se o ato é válido para obstar, se o ato é válido para impedir o prosseguimento do processo de extradição. A meu ver, com o devido e máximo respeito às opiniões em contrário, seria despropósito, seria um absurdo a Corte, reconhecendo a nulidade absoluta de um ato administrativo, dizer que esse ato administrativo, a despeito de ser absolutamente nulo e ineficaz, produza o efeito de impedir o prosseguimento do processo de extradição! Noutras palavras, se o ato administrativo é absolutamente nulo e ineficaz, o Tribunal não pode emprestar-lhe o efeito, que a lei prevê, de impedir a continuidade do processo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos apreciar o desacerto ou acerto do ato mediante instrumento próprio. É a organicidade do Direito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Eu já vou citar um caso para Vossa Excelência ver, com o devido respeito, que não é bem isso.

É que o exame do ato não depende da propositura de mandado de segurança, ele entra na cognição oficial do Tribunal em relação aos atos absolutamente nulos. Todo ato absolutamente nulo pode ser conhecido e declarado, a qualquer tempo e por qualquer tribunal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: De ofício, Ministro Peluso?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Claro. Esta é uma das diferenças, Ministro, na teoria das nulidades dos atos jurídicos, entre nulidade absoluta e nulidade relativa. A nulidade relativa, esta sim, é que depende sempre de provocação do interessado. As absolutas não, porque são consideradas, pelo ordenamento jurídico, como coisa nenhuma em Direito, embora não entrem na categoria de inexistência, que é outra categoria, mas no plano da validade; e é retirada toda validade e, por consequência, toda eficácia do ato.

De modo que o Tribunal, deparando-se com ato absolutamente nulo, não tem alternativa senão proclamá-lo. Digo novidade? É de todo dia que reconhecemos nulidade de atos administrativos, desde do Tribunal de Contas da União, quando tira pensão de viúva, até nos casos mais corriqueiros. Praticamos isso todo dia. Vossas Excelências vão me perdoar a expressão, mas estou, de certo

modo, surpreso, como se eu tivesse introduzido na teoria jurídica brasileira uma novidade.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: É uma novidade, Ministro Peluso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É porque isso aqui não é ato administrativo, é um ato político-administrativo, como reconhecido inclusive por este Tribunal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim, mas é ato administrativo, Ministra.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Portanto, ele não é vinculado, na minha compreensão, como Vossa Excelência concluiu.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministra, é ato administrativo vinculado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Na opinião abalizada de Vossa Excelência, mas não é a minha.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): E não apenas vinculado, como motivado expressamente. O Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça declarou expressamente quais os motivos factuais em que se fundou.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Art. 1º, inciso I, da Lei 9.474.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Eu simplesmente me limitei a dizer que os motivos factuais não correspondem às provas. Só isso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ministro Peluso, Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Com o maior prazer.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Veja o que Vossa Excelência está propondo. O ato de concessão de refúgio pelo Ministro de Estado, que na verdade é um ato cuja responsabilidade política derradeira é do Presidente da República, porque o Presidente da República é quem tem competência, quem detém a titularidade das relações internacionais do Brasil.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Art. 84 da Constituição.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência está propondo é que um ato dessa natureza, dessa envergadura, possa ser afastado de ofício no bojo de um processo de extradição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro Joaquim, nem Vossa Excelência nem eu temos culpa de que o ordenamento jurídico brasileiro atribua essa competência não ao Presidente da República, mas ao Ministro de Estado. É o ordenamento jurídico. A não ser que Vossa Excelência agora introduza a tese de que é inconstitucional o artigo que o permite, porque a competência devia ser do Presidente da República. Se Vossa Excelência disser isso, eu vou reconhecer a nulidade por outro motivo, por inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Concessão de refúgio, Ministro, é ato que se inscreve nas relações internacionais de Estados soberanos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): E por que a lei o atribui ao Ministro da Justiça?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Se esse ato é praticado no Brasil, ele o é por delegação do Presidente da República, porque quem é o titular é o Presidente da República.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A pergunta é única: por que não julgar o mandado de segurança?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Jogar na lata do lixo um ato dessa natureza, de ofício, é uma exorbitância, a meu ver, inadmissível.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Absolutamente.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Nós temos que examinar o mandado de segurança, a não ser que a parte desista.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Eu não vejo interesse processual em examinar o mandado de segurança.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu não ouvi desistência do mandado de segurança.

Aliás, gostaria de fazer uma pergunta: Vossa Excelência ouviu o Ministro da Justiça, já que quer anular o seu ato, na extradição?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Claro! No mandado de segurança.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ah!

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim. Ele está defendendo o ato onde devia.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência deveria ter a cautela de ouvir o Ministro da Justiça.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Eu ouvi.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Na extradição, já que Vossa Excelência não quer julgar o mandado de segurança.

Nós não podemos anular um ato administrativo, calcado numa lei declarada constitucional por esta Corte.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Tinha que ouvir no mandado de segurança, porque o Ministro da Justiça era autoridade impetrada.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas ele foi ouvido.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nós temos que julgar o mandado de segurança.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O Relator não quer julgar o mandado de segurança.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Uma lei que gera um fato jurídico que é o refúgio. Enquanto não derrubado este, segundo a nossa jurisprudência – e o escore foi o acachapante de nove a um –, ele prevalece.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não apenas o ouvi, como o ouvi muito bem. E digo mais, ninguém mais ciente e consciente do que ele de que estava sendo discutido seu ato em relação à extradição. Será que o Ministro da Justiça imaginou que a discussão do seu ato era para outro efeito que não para a extradição? Ele sabe. Tanto sabe que, textualmente, sustentou que não podia ser concedida a extradição, porque considerou o ato como legal.

Ouvi-lo a mais para que fim? O lugar onde se ouve, se for mais perto, ouve-se melhor. Mas, por favor, o fato de ter sido ouvido no mandado de segurança não significa que não foi ouvido. Foi ouvido muito bem e se manifestou novamente, hoje, através da advogada que brilhantemente ocupou a tribuna. Noutras palavras, foi ouvido quanto devia. Infelizmente, não lhe posso aceitar os motivos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O *loccus* processual adequado é o mandado de segurança.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O *loccus* é o mandado de segurança. Nós temos que decidir o mandado de segurança.

PROPOSTA

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, gostaria de ler – até porque o nobre advogado, Dr. Nabor, veio à tribuna, novamente, e explicou com a honestidade intelectual que lhe é própria – uma passagem do que a República Italiana afirma. E, de pronto, farei uma observação.

O que está posto, neste caso que estamos examinando, não é, a meu ver, a democracia da República Italiana, nem agora nem antes, menos ainda o respeito enorme que nossa nação – amiga – tem de todos os cidadãos italianos. O que está posto em exame é tão somente a soberania democrática do Estado de Direito da República Federativa do Brasil, de que este Supremo Tribunal Federal é guardião, e a competência das nossas autoridades nacionais na forma legalmente determinada para exercer as suas competências, tal como fez no caso do art. 33 da Lei 9.474. Ou seja, afastar de pronto que o tema aqui é jurídico e diz respeito rigorosamente – aliás no que foi posto, estou apenas enfatizando, pelo Ministro Relator –, não estarmos levando em consideração se há ou não democracia, até porque esta não é uma questão que precisa ser posta e que não é da competência do Supremo Tribunal Federal. Estamos guardando a Constituição Brasileira, a soberania brasileira como princípio do art. 1º da Constituição.

Passo à leitura do que diz a República Italiana, à fl. 22, na sua petição inicial:

> (...) a possibilidade jurídica de ajuizamento do presente *writ* para atacar a decisão concessiva de refúgio, cuja desconstituição pelos relevantes e amplos fundamentos aqui deduzidos pela impetrante, ainda que eventualmente não fossem

acolhidas as objeções incidentais feitas no processo de extradição, admite-se para argumentar, certamente levarão à manutenção do feito extradicional com a apreciação do seu merecimento pelo Supremo Tribunal Federal, como lhe é garantido pelo Tratado de Extradição firmado com a República Federativa do Brasil, pela Lei nº 6.815/80 (art. 76) e pelo art. 102, *i*, *g*, da Constituição Federal. Afinal, com já reconhecido pelo eminente Ministro Cezar Peluso, a legitimidade e o interesse da impetrante quanto à impugnação da "decisão externa" invocada pelo extraditando para extinguir o processo de que a primeira é autora são induvidosos.

Em face disso, proponho a Vossa Excelência que, inicialmente, tomássemos os votos sobre se vamos ou não conhecer o mandado de segurança, porque o Ministro Relator opina no sentido do prejuízo. Mas eu, por exemplo, acho que o conhecimento desse ato é necessário. Talvez haja outros que pensem como eu.

E, como isso é, inicialmente, necessário para que a gente, então, organize até as ideias e a votação, eu gostaria de propor a Vossa Excelência que tomássemos os votos.

VOTO
(Sobre proposta)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, voto no sentido de conhecer e julgar o mandado de segurança que foi impetrado pela República Italiana.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu entendo que nós possamos passar a examinar diretamente a matéria prejudicial, seja porque foi suscitada pelo Governo italiano, seja porque a matéria poderia ser, eventualmente, levantada de ofício – como o disse o eminente Ministro Cezar Peluso –, por se tratar de matéria de ordem pública.

Portanto, creio que, primeiramente, podemos e devemos examinar a prejudicial.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, eu vou ser muito sucinto, mas vou acompanhar a Ministra Cármen Lúcia pelas seguintes razões.

A imputação que se faz, nesse mandado de segurança, ao Ministro da Justiça é muito grave. Aqui se afirma que ele teria praticado, consumando alegações falsas e desenvolvido construção cerebrina para traduzir interesse de natureza pessoal.

No caso – não importa discutir se vinculado ou não –, o que deveria ter determinado o ato do Ministro da Justiça seria não o interesse pessoal, mas a avaliação de "fundado temor de perseguição". Aqui, a questão não está em o ato ser vinculado ou não, mas considerarmos o que entendemos, cada um, por "fundado temor de perseguição". E essa é matéria prejudicial, sim, da extradição. Porque, se não couber o mandado de segurança, ou melhor, se o mandado de segurança não puder ser provido, a extradição está extinta. E, mais grave ainda: não se deu ao Ministro da Justiça a oportunidade de manifestar-se, exercendo o contraditório. Penso que a única palavra escrita do Ministro da Justiça que se pode ter a considerar são as informações.

Vou acompanhar a proposta da Ministra Cármen Lúcia para votar o mandado de segurança, e, quem sabe, até, abreviar as coisas.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Eros Grau, Vossa Excelência me permite?

Apenas para ponderar a Vossa Excelência, a fim de que a Corte – que já entra pela noite discutindo essa matéria – não perca o foco da discussão.

A questão de saber-se se o ato do Ministro da Justiça é ou não válido, é ou não legal, corresponde a necessária preliminar – como colocou o eminente Relator – ao exame do próprio processo de extradição.

De modo que a ordem dos fatores, neste caso, não me parece que altere o produto. Se, evidentemente, for, por algum outro defeito, afastado o mandado de segurança – que Vossa Excelência propõe seja julgado inicialmente –, ainda assim, no bojo do processo de extradição – até porque o mandado de segurança é subsidiário a uma manifestação do Estado italiano, constante nos autos da extradição –, terá de ser examinada a matéria. De modo que a matéria foi exaustivamente colocada pelo eminente Relator e deve ser votada.

Eu creio haver condições de a Corte manifestar-se, por cada um dos seus membros, se considera que o ato é legal ou se considera que o ato fugiu às normas da legalidade. E, aí, passamos, então, ao exame do pedido extradicional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É tão simples: no mandado de segurança ou fora.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ainda não percebi a razão da resistência em julgar-se uma ação que está em mesa para ser julgada, em relação à qual houve o pregão do processo. Ainda não compreendi.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É que a matéria processual passou a ser mais importante do que a matéria substancial, que diz respeito à validade do ato de refúgio.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, Ministro, é que nossa jurisprudência diz que se aplica o 33 nesses casos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não que seja mais importante. O processo constitui liberdade em seu sentido maior. É saber o que pode, ou não,

ocorrer na tramitação de um processo. O que não dá é para levar o julgamento de cambulhada. Isso não dá, de forma alguma.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Essa é a questão substancial: se vai ser decidida a sua validez no âmbito de mandado de segurança, ou *incidenter tantum* no processo de extradição, é absolutamente irrelevante; é, realmente, reverenciar a forma pela forma, porque o que interessa é a questão da validez do ato. Só isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Por que Vossa Excelência quer tirar dos autos a defesa do Ministro da Justiça? Por que Vossa Excelência quer dizer que o Ministro da Justiça não se manifestou ou que aquilo que ele disse não vale?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, então Vossa Excelência deveria ter dito ao advogado do Ministro da Justiça que precisaria ter apresentado resposta melhor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Vossa Excelência é que está dizendo que não ficou satisfeito com a resposta do Ministro da Justiça.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu me limitarei a votar. Acho que devemos defender o Estado – art. 5º, LV, da Constituição, que dá direito ao contraditório até ao próprio Estado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Mas o Estado se defendeu, Ministro.

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, já disse o que eu devia dizer.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, entendo que julgar o processo de extradição sem passar pelo julgamento do mandado de segurança é um atalho incompreensível – diria mesmo ser um desvio de procedimento.

O mandado de segurança está posto em mesa para julgamento, foi apregoado, não houve desistência da parte do impetrante; é dever, portanto, deste Tribunal julgá-lo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Mas pode haver desistência. Acho que isso demonstra a inanidade da tentativa de fazê-lo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O pronunciamento pela prejudicialidade não deixa de ser um julgamento; é uma manifestação da Corte.

O Sr. Advogado Nabor Bulhões: Presidente, o pedido da República Italiana foi no sentido de que se apreciasse, em *ultima ratio*, incidentalmente na extradição o merecimento do ato; quando não, impetrou subsidiariamente o mandado de segurança. Então, a República Italiana só poderia desistir do mandado de segurança se tivesse a segurança de que o Tribunal iria apreciar incidentalmente o seu primeiro pedido. Existem pedidos vinculados: um principal e um subsidiário; um principal, na extradição, e um subsidiário, no mandado de segurança.

Como a República pode desistir sem a segurança de que o Tribunal versará incidentalmente o merecimento do ato?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Gostaria de lembrar ao Tribunal que, quando trouxe a extradição a respeito do caso Medina, suscitei de ofício a questão relativa à constitucionalidade da lei. Por quê? Porque há uma intercessão entre o processo de refúgio e a extradição, já que no passado o Tribunal já fizera – e aí todos os precedentes citados a partir de Victor Nunes Leal – a conexão entre "asilo" e "extradição", dizendo não haver incompatibilidade. Foi decisão própria do Tribunal, dizendo que poderia aferir a legitimidade da concessão do asilo se, eventualmente, ele incidisse de forma indevida sobre a extradição.

O que o Relator propõe não tem nada de heterodoxo. Simplesmente há uma competência constitucional do Tribunal para decidir a extradição. Se algum procedimento administrativo puder afetar o procedimento de extradição, esse procedimento poderá ser examinado no seu bojo. É só isso, e por isso o exame incidental.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Há um problema aí, há um dado cronológico: a extradição foi proposta em 2007; o ato do Ministro da Justiça surgiu em 2009.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Joaquim Barbosa, Vossa Excelência me permite um minuto, por favor?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Pois não.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O Presidente disse que suscitou exatamente isso na Ext 1.008. Entretanto, estou aqui com o acórdão, Ministro, e o que prevaleceu foi:

> *Ementa*: Extradição: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando (...)

Depois, disse:

> 1. De acordo com o art. 33 da Lei 9.474/1997, o reconhecimento administrativo (...)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministra Cármen Lúcia, quanto ao mérito não há nenhuma dúvida, tanto é que eu suscitava a questão de ordem e fazia o juízo prévio de que, naquele caso, no caso Medina, havia, para mim, crime político. Tanto que dizia que estava fazendo porque era a primeira vez. O primeiro caso que nós tivemos e que trouxe tantos processos para o Tribunal foi o caso Glória Trevi, que teve incidentes inclusive em primeira instância, exame de DNA, e todos acabaram vindo para o Supremo pela *vis atrativa* da competência do processo de extradição. Mas ali o pedido de refúgio foi negado. No caso Medina houve o deferimento do pedido de refúgio – a primeira vez que houve uma intercessão clara do procedimento de refúgio com o processo de extradição. Daí a necessidade de se fazer o exame, e por isso que eu trouxe a questão, embora eu já até antecipasse que me manifestaria no sentido do indeferimento da extradição, mas eu a considerava relevante.

Naquele momento, o Tribunal conheceu da questão de ordem, rejeitou o argumento da inconstitucionalidade, mas a aceitou como legítima, suscitada pelo Relator.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sem mandado de segurança.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sem nenhum mandado, quer dizer, a questão foi colocada por conta dessa intercessão.

Agora, o que o Relator está propondo não é o juízo de inconstitucionalidade do art. 33, mas tão somente o exame da legalidade do ato administrativo, que foi impugnado também nas vias administrativas e na via judicial adequada. Mas é só isso. Portanto, não há nada de heterodoxo no que se está fazendo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Esse exame da legalidade, Senhor Presidente, vem na esteira da jurisprudência da Corte desde Victor Nunes Leal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente. Não! Antes de Victor Nunes Leal. O meu voto deve ter sido longo, por isso, provavelmente, os Senhores Ministros não devem estar lembrados de que invoquei aqui o julgamento anterior de um ato de expulsão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Um caso antigo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Um caso antigo, em *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: É, Vossa Excelência citou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): O Tribunal ali reconheceu a ilegalidade do ato de expulsão, que é discricionário, em *habeas corpus*, e ninguém precisou impetrar mandado de segurança por causa disso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas era objeto do *habeas corpus*. Objeto da extradição é outra coisa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não, Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É aferir-se a legalidade ou ilegalidade do pedido formulado pelo Governo requerente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Mas é o caso, Ministro. Há um pedido de extradição que não se quer deferir.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, entendo com a Ministra Cármen Lúcia, que nós temos que julgar o mandado de segurança, porque, como eu disse, seria, a meu ver, um desvio de procedimento; portanto, um abuso, o Tribunal, num processo de extradição cujos objetivos são precisos, são específicos, a cognoscibilidade é restritíssima, não vejo como inovar num processo dessa natureza, proposto há dois anos, e trazer à discussão a higidez, ou não, de um ato administrativo que só surgiu no mundo jurídico há poucos meses. É um salto, o Tribunal está dando um salto mortal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas é por isso mesmo, é que houve um fato superveniente no processo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu indaguei do eminente Advogado se ele está desistindo do mandado de segurança. Ele acaba de dizer que não está desistindo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Houve uma manifestação da parte no mesmo processo e, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, nós temos que nos pronunciar sobre esse requerimento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Até porque em todas as hipóteses de asilo sempre serão fatos supervenientes.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O meu voto é pelo exame inicialmente do mandado de segurança. Ou seja, observar o rito normal.

O Sr. Advogado Nabor Bulhões: Eminente Presidente.

Se a Corte declarar que examina incidentalmente o ato, eu desisto do mandado de segurança, mas eu não posso desistir sem o exame primeiro da questão submetida ao Tribunal. É o pedido da própria parte.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Se ele não desiste, nós temos que julgar.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, eu queria antecipar o meu voto.

Eu quero votar pela extinção da extradição em razão da higidez do ato de refúgio.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Senhor Presidente, o Ministro Eros fez a conexão de que estamos a falar.

Disse Sua Excelência: Dou pela extinção do processo extradicional porque reconheço a higidez do ato de concessão do refúgio. É exatamente o que o Ministro Peluso propôs no exame de legalidade do ato de refúgio; o foco é esse.

Então, vamos fazer o exame não de inconstitucionalidade do ato de refúgio, até porque a Constituição não cuida de refúgio; a Constituição trata exclusivamente de asilo político. Então, há uma conexão constitucional entre asilo político e processo extradicional, assim como há uma conexão legal entre concessão de refúgio e ato extradicional. Essa última, de base legal, exclusivamente legal. A primeira, de base constitucional.

O foco é esse, por isso vou acompanhar o Ministro Cezar Peluso.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, para mim, este julgamento é emblemático quanto à minha primeira fala nesta assentada no Plenário, quando disse que ofício judicante não pode ser tarifado, considerado o volume de processos, considerado o fator tempo. Aguardam julgamento no Plenário cerca de setecentos processos. Estamos aqui reunidos desde – pelo menos foi a hora marcada para o início da sessão – nove horas da manhã.

Vejo que, por vezes, o julgamento ganha um certo sabor lotérico, conforme, até mesmo, a distribuição do processo. Em relação a este caso, jamais compreendi a convivência do *status* de refugiado com a submissão à custódia do Estado, que deferiu essa condição, essa qualidade de refugiado, mas não tive a oportunidade de pronunciar-me sobre esse tema.

Presidente, processo para mim não é forma pela forma, não é fetichismo da forma, é liberdade, como costumo dizer, em seu sentido maior. É saber o que pode, ou não, ocorrer na tramitação, no andamento de uma ação ajuizada. Mesmo assim, contando a Pátria com normas processuais imperativas, há certos solavancos, certas surpresas – e isso sem falar de órgão judicante acometido da denominada "juizite".

Presidente, a organicidade, a dinâmica do Direito instrumental é indispensável à efetivação do Direito material, do Direito substancial, a dar-se, no exercício da missão sublime, que é a de julgar, a cada um o que é seu. Em um Estado de Direito – perdoem-me –, o fim não justifica o meio. Quando se tem embate aparentemente desequilibrado, o equilíbrio decorre, justamente, do arcabouço normativo e, essencialmente, do arcabouço normativo constitucional.

Esta Corte – dizia aquele que ocupou durante um longo período esta cadeira que ora ocupo, o Ministro Néri da Silveira – é uma Corte – e continuo acreditando nisso – comprometida com princípios.

Tive oportunidade de afirmar, neste Plenário, que um suspiro nosso é observado externamente, é observado pelos demais órgãos do Judiciário e que, quanto mais escassa a possibilidade de reverter-se o quadro decisório, maior deve ser o apego daquele que personifica o Estado-juiz pela ordem jurídica.

Presidente, as balizas subjetivas da extradição são únicas. Tem-se, de um lado, o Governo requerente e, do lado contrário, o extraditando. Não me consta que o Ministro de Estado da Justiça seja parte, seja ator no processo de extradição. Não me consta que atos de Sua Excelência, praticados – é a presunção quanto aos atos administrativos – segundo os ditames legais, possam ser aferidos, sob o ângulo do descompasso, sob a nomenclatura de preliminar da extradição.

Quanto às balizas objetivas, o que visa o pedido de extradição?

Derrubar fato subsequente, derrubar consequência jurídica – a menos que se declare inconstitucional o preceito que a prevê – estabelecida em norma? Não, Presidente. A ação não é polivalente, não é uma ação que no curso possa ser

redirecionada a ponto de apanhar e poder-se fulminar um ato que a ela, de início, é estranho. Não possui consequência a desaguar no afastamento de um fato jurídico que permanece no cenário até que venha a ser fulminado.

Perquirimos, quando julgamos um pedido de extradição com as partes bem definidas, Governo requerente e extraditando, a harmonia, ou não, desse pedido com a legalidade.

Apenas prolatamos, segundo a melhor doutrina, cito José Afonso da Silva, uma decisão declaratória, muito embora, num vício de linguagem, eu mesmo devo me penitenciar, tenhamos consagrado a fórmula concessão da extradição, deferimento da extradição. Não, Presidente. Não podemos substituir-nos ao Chefe de Estado no que conduz a política internacional – e receei até que se pudesse implementar um mandado de prisão preventivo contra Sua Excelência, pelo ato omissivo de não entregar o extraditando no julgamento da extradição, se esta for deferida.

Presidente, creio que o ilustre representante processual do Estado requerente atuou com apego à boa técnica, ao tentar afastar o que seria um óbice, como já proclamado por esta Corte, por um escore acachapante de nove a um, e Marco Aurélio não foi o vencido. Defrontamo-nos, ante o surgimento de um fato jurídico novo, subsequente, ulterior, portanto, ao pedido de entrega do estrangeiro formulado pelo Governo requerente, com um mandado de segurança, que diria, em boa hora formalizado pelo Doutor Nabor Bulhões, como representante do Governo requerente.

Minha homenagem a Sua Excelência, muito embora o elogio seja de corpo presente!

Presidente, minha fé no Direito posto é inquebrantável, muito embora tenha me referido à quadra vivenciada de perda de parâmetros, de abandono de princípios. E o Direito posto, especialmente o instrumental, é conducente – a meu ver sem qualquer dúvida – à necessidade de apreciar-se o mandado de segurança que visa a afastar do cenário jurídico o ato de Sua Excelência, o Ministro de Estado da Justiça, praticado, portanto, por um auxiliar do Presidente da República. Para prosseguir-se no exame do pedido de extradição, há de afastar-se o que esta Corte já assentou como obstáculo – o refúgio.

Nada surge, já diziam os filósofos materialistas gregos, sem uma causa, sem uma necessidade. Eis o princípio do determinismo. O mandado de segurança surgiu porque se mostrava o único meio adequado para ter-se caminho aberto para o enfrentamento da matéria de fundo do processo de extradição.

O que houve no precedente mencionado na Ext 1.008? Discutimos o merecimento, acerto ou desacerto do ato do Ministro de Estado da Justiça que implicara o reconhecimento da condição de refugiado? Não. Não discutimos, e a razão mostra-se muito simples: não fomos provocados a fazê-lo pelo meio próprio. Aqui, sim, a forma é essencial à valia do ato, é essencial à valia do pronunciamento da Corte quanto ao refúgio. A forma é única para atacar-se ato do Ministro de Estado da Justiça: o mandado de segurança.

Poderíamos ter naquela assentada – e não o fizemos – declarado o conflito da lei do refúgio com a Carta da República, no que, aí, sim, incidentalmente, poderíamos fazê-lo, em verdadeiro incidente. Seria o caso de haver suscitado, naquela oportunidade, a erronia do ato do Ministro de Estado da Justiça, mas não se suscitou, não se bateu à porta do protocolo do Supremo com uma impetração visando a questionar aquele ato. E, então, ultrapassado o incidente, proclamada a harmonia da lei de refúgio com a Carta da República, simplesmente constatamos, consignamos a existência de um obstáculo maior, como querido pela lei, à sequência do julgamento da extradição. Não abrimos o embrulho para ver o que tinha dentro dele, considerado o simples pedido de extradição.

Presidente, não vejo como simplesmente afirmar-se que a parte tinha dois caminhos a utilizar. Para cada situação jurídica que se diga defeituosa a alcançar certo interesse, existe remédio próprio, não podendo haver variação, não se podendo, como quê, jogar com duas possibilidades, até mesmo porque poderia o mandado de segurança ter ficado aparelhado antes do processo a versar o pedido de extradição.

Presidente, para mim, o meio continuará a justificar o fim. Somente posso chegar a uma prestação jurisdicional se afinada, integralmente, com o figurino que a ela é próprio.

Peço vênia para não adentrar, Presidente, o campo perigoso, perigosíssimo, do pragmatismo e, simplesmente, asseverar que tanto faz julgar a matéria considerada a provocação própria, a revelada pela impetração, ou apreciá-la mediante esse instituto, que não tem faces bem definidas, que é de uma subjetividade maior, o instituto da preliminar e, então, dizer-se que o ato de figura da República, como é o Ministro de Estado, pode, simplesmente, ser alijado, como disse, jogado na lata do lixo, sem o exame do mandado de segurança impetrado.

Presidente, resisto sempre a avançar mediante atropelo – é a minha óptica, não é a dos Colegas e espero que a carapuça não entre em cabeça qualquer –, a avançar a partir do pragmatismo, potencializando-o e atropelando o que implica, em uma sociedade minimamente organizada, a segurança jurídica, ou seja, a forma quando ela é substancial, é essencial à valia do ato.

Peço vênia àqueles que entendem de forma diversa para acompanhar a Ministra Cármen Lúcia no voto proferido e assentar que se impõe o julgamento do mandado de segurança no que conduz matéria prejudicial ao exame do pedido de extradição.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tenho voto na matéria e peço vênia à Ministra Cármen Lúcia, e a todos que a acompanharam, para me manifestar no sentido já expresso pelo Ministro Cezar Peluso, e por aqueles que

também o acompanharam a partir do Ministro Carlos Britto: Ministro Ricardo Lewandowski e Ministra Ellen Gracie.

A rigor, é uma verdade comezinha, e isso está em todos os tratados. Eu cito, por exemplo, o grande professor da USP, Guido Soares, que diz que o instituto do refúgio, na verdade, é uma significativa intervenção no direito interno, ele fala inclusive na face intrusiva desse instituto. De modo que, exatamente para que se dê essa intrusão – e é disso que estamos a falar no processo de extradição –, ele tem que ser praticado segundo os ditames próprios do tratado que lhe dá base e da legislação. Do contrário, nós corremos o risco de uma nulificação do próprio processo de extradição, como de resto já fora advertido anteriormente em relação ao asilo que entre nós tem essa característica de direito subjetivo. Portanto, é preciso estar atento a essa dimensão. Por isso que surgiram tantos casos, tantas vezes nós discutimos a constitucionalidade da lei do refúgio, dada essa intercessão. Há uma competência que é extremamente relevante do Supremo Tribunal Federal, e que é concedida com essa nobreza específica ao Supremo Tribunal Federal.

Em outros países, essa competência é inclusive de outras cortes, às vezes, até da primeira instância. Mas no Brasil se concedeu ao Supremo Tribunal Federal. E por isso o Supremo, inclusive, ao longo do tempo, fez uma série de construções, como sabemos. Eu citava o caso Gloria Trevi em que o Tribunal decidiu até medidas cautelares, singulares, que a rigor seriam da competência da Justiça de primeiro grau, o célebre caso do exame de DNA a que se submeteu a então extraditanda e também as pessoas que lhe prestaram custódia na Polícia Federal. Tudo decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo, essa questão que se colocou e que foi agitada devidamente no mandado de segurança poderia e deveria ser objeto de exame no próprio processo de extradição. Estou muito tranquilo para suscitar essa questão, porque já o fizera anteriormente colocando o tema à luz da própria constitucionalidade, dizendo que um eventual abuso na concessão do refúgio afetaria a nossa própria competência.

No caso específico, o eminente Relator já fez outras considerações, mostrando que, ao enveredar para a discussão sobre o crime político, o Ministro da Justiça entrou na seara da competência do Supremo Tribunal Federal. É a Constituição que afirma que a negativa de extradição há de se dar quando se imputar crime político, mas quem avalia, quem afere, é o Supremo Tribunal Federal.

De modo que não há nenhuma heterodoxia, portanto, não há nenhuma quebra de procedimento no que diz respeito à formulação trazida pelo eminente Relator. Claro, o refúgio é superveniente e o será sempre no nosso caso em relação à extradição. Por isso esses incidentes estão se tornando banais.

Pedida a extradição, decretada a prisão preventiva, vem o pedido de refúgio e – é claro – haverá a afetação, a intercessão com o procedimento de extradição.

Daí, a solução que eu reputo extremamente saudável, inteligente, trazida pelo eminente Relator, de permitir-se não a discussão sobre a constitucionalidade

que, talvez, tivesse consequências muito mais danosas e complexas, tendo em vista, inclusive, os nossos compromissos internacionais no âmbito da questão dos refugiados. Mas a necessidade é que se afira a legitimidade do ato, que é ato realmente vinculado, e isso decorre não só da lei, mas do próprio tratado. Quer dizer, do contrário, nós teríamos uma situação, que poderia levar à nulificação do próprio processo de extradição, com artifícios os mais variados e deploráveis.

Uma das definições que eu sempre cito do Estado de Direito é que ele não é compatível com a ideia de soberania, todos estão submetidos às regras do Direito.

Nesse caso, admitir a indenidade desse ato, em face do processo de extradição, é o mesmo que dizer que o Ministro da Justiça é soberano, em face de todo sistema. Não, não se pode transitar com esta bandeira.

De modo que, pedindo vênia à divergência, eu também me manifesto no sentido assim defendido pelo eminente Relator. Portanto, nós estamos decidindo o prosseguimento do julgamento.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nós estamos decidindo nessa fase pelo prejuízo do mandado de segurança.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Pelo exame da questão da legalidade e da ilegalidade no âmbito do próprio processo de extradição.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Como proposto pelo Relator.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Para aqueles que assim entenderem.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Como proposto pelo Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos julgar o acerto, ou não, do refúgio na extradição? Eis a questão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ou não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ou não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Ministro Relator aponta que o ato do Ministro de Estado de Justiça foi equivocado. Julga a matéria como preliminar declarando o prejuízo do mandado de segurança.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ou se pode caminhar pela manutenção da jurisprudência, no sentido de que, exatamente, o ato de refúgio, sendo hígido, aplica-se o art. 33.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Nós apenas transferimos o campo do julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, não vejo como examinar esse caso sem antes tecer algumas considerações sobre a natureza do processo de extradição.

O direito brasileiro apresenta uma característica marcante no que diz respeito ao regime jurídico da extradição.

Em primeiro lugar, como todos sabemos, o processo de extradição tramita inicialmente pelos canais diplomáticos, ou seja, é através de uma Nota Verbal emitida pelo país requerente da extradição e endereçada ao nosso Ministério das Relações Exteriores que o procedimento se inicia. O pedido, portanto, é formulado inicialmente na via diplomático-administrativa e só num segundo momento é que ele é submetido ao crivo do Poder Judiciário, mais precisamente desta Corte Suprema de Justiça.

Portanto, a natureza do controle exercido por esta Corte constitui, a meu sentir, o cerne da controvérsia a ser solucionada nesta assentada, e constitui elemento decisivo para a conclusão do meu voto.

Países há, poucos é verdade, em que a extradição de pessoas para fins criminais se dá no nível puramente administrativo, sem intervenção do Poder Judiciário. Aí está, como se vê, uma primeira marca distintiva do processo extradicional tal como praticado no Brasil, em que há a intervenção do Poder Judiciário.

Em inúmeros outros países, o processo de extradição é confiado a juízes situados nos baixos escalões da hierarquia judiciária, alguns deles ostentando até mesmo a dúbia condição de *magistrates*, isto é, autoridades que, no direito anglo-saxão, se situam a meio-caminho entre autoridades administrativas com funções judicantes e os magistrados de verdade, detentores de todas as prerrogativas da magistratura.

No Brasil, não apenas o processo extradicional se submete a um procedimento jurisdicional, ainda que de "cognição limitada", mas também apresenta uma exorbitância tipicamente nossa: sua tramitação, altamente jurisdicionalizada e morosa, transcorre perante a Corte Suprema do país, como se esse órgão jurisdicional não tivesse outros afazeres mais relevantes do que examinar a legalidade das pretensões de outras nações soberanas, que eventualmente queiram ter de volta os seus nacionais que lograram escapar às garras da sua Justiça criminal.

A primeira conclusão a que se chega, portanto, é de que o sistema brasileiro de extradição é extremamente protetor. Protetor porque não permite a extradição sem o aval do Poder Judiciário. Mas essa proteção se efetua em prol da pessoa cuja extradição é pedida ao governo brasileiro, é claro.

Todo esse excesso de zelo brasileiro, que vem de longa data, foi concebido com um propósito único: proporcionar garantias legais seguras à pessoa objeto do pedido de extradição.

O sistema extradicional brasileiro apresenta ainda outra característica importante. É que ele é híbrido, como já mencionei. Além da fase diplomático-administrativa já mencionada, em que o Estado estrangeiro requerente, seguindo os procedimentos formais típicos das relações bilaterais entre Estados soberanos, formula o pedido primeiramente perante o órgão incumbido de auxiliar o

Presidente da República na condução das relações internacionais do nosso País, ou seja, o Ministério das Relações Exteriores; há, na sequência, a instauração de uma fase judicial, que se inicia quando o processo é encaminhado a este Supremo Tribunal Federal, que, de acordo com a lei de regência da matéria, desde logo decreta a prisão do extraditando.

Qual seria, então, o sentido da intervenção do Judiciário no processo de extradição, já que em realidade se cuida de um mecanismo de cooperação entre dois Estados? A intervenção do Judiciário se dá para fins de controle da legalidade de todo o procedimento. Com efeito, cabe à Corte, no exercício desse controle de legalidade, por exemplo, verificar se estão presentes os requisitos de forma e de fundo previstos na lei de extradição; incumbe-lhe igualmente averiguar se o pedido formulado pelo Estado estrangeiro não contém qualquer risco potencial ou latente de violação a direitos fundamentais da pessoa que se busca extraditar; incumbe-lhe examinar se não há, no ordenamento jurídico-penal do Estado-Requerente, normas de cunho punitivo que eventualmente guardem incompatibilidade com o nosso sistema de justiça criminal; por fim, cumpre à Corte avaliar se ainda subsiste a pretensão punitiva do Estado requerente ou se esta já caducou. Ou seja, a Constituição brasileira e a lei de regência da extradição conferem ao Supremo Tribunal Federal a missão de promover um escrutínio jurídico do pedido formulado pelo Estado estrangeiro à luz das normas de direitos fundamentais vigentes entre nós. Não é por outra razão, aliás, que o tema extradição é tratado precisamente no capítulo dos direitos fundamentais da nossa Constituição. A Constituição trata da questão, portanto, com um olhar protetor e não persecutório (art. 5º, incisos LI e LII). Com isso quero dizer que a intervenção do Supremo Tribunal Federal no processo de extradição há de ser compreendida como um controle que se opera em prol do extraditando e não em seu detrimento.

Há que se ter em mente, por outro lado, o fato de que, embora a Constituição disponha no seu art. 102, inciso I, letra *g* que cabe ao Supremo Tribunal Federal "julgar" a extradição, esta Corte não detém a palavra final na matéria. A extradição, como todos sabemos, inscreve-se no rol de atos e procedimentos que formam as relações internacionais de um dado país. Matéria, portanto, indiscutivelmente da alçada do Poder Executivo. Não é o Supremo Tribunal Federal quem concede a extradição, mas sim o Presidente da República, a quem cabe a palavra final em matéria de relações internacionais. Como já dito, limita-se esta Corte a examinar alguns aspectos atinentes à legalidade do pedido formulado pelo Estado estrangeiro. Ao Supremo Tribunal Federal não cabe avaliar a gravidade do crime eventualmente praticado pelo extraditando, nem mesmo se ele efetivamente o praticou. Cabe-lhe, como já disse, um mero controle da legalidade externa da pretensão formulada pelo Estado estrangeiro. Já a decisão política de entregar ou não o estrangeiro situa-se na no âmbito decisório exclusivo e discricionário do Chefe de Estado.

Em julgado recente (Ext 1.114, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 22-8-2008 – República do Chile), decidido por unanimidade por este Plenário, esta Corte, nas palavras lapidares da Ministra Cármen Lúcia, assim decidiu:

> O Supremo Tribunal Federal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, inciso I, alínea *g*; e Lei 6.815/1980, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República.

Noutras palavras, de acordo com o sistema extradicional brasileiro, o Presidente da República não pode proceder à extradição de uma pessoa sem a chancela jurídica desta Corte. Mas o Chefe de Estado pode, não obstante a decisão favorável deste Tribunal, simplesmente decidir não extraditar o estrangeiro procurado por outro país. Pode até mesmo deixar de submeter o pedido a esta Corte, como efetivamente já ocorreu no caso Stroessner. Tudo isso, senhores Ministros, é expressão da soberania do Estado, princípio fundamental à disciplina das relações internacionais entre os Estados soberanos.

Como bem disse José Frederico Marques em passagem conhecida:

> Não é o Judiciário quem concede a extradição. Este é ato do Executivo, como órgão do Estado incumbido de o representar nas relações com o exterior. Como Galdino Siqueira ensina, a extradição é negócio internacional e põe em contato dois Estados, pelo que só o Poder Executivo, poder ativo, de ação e funcionamento contínuo, e que representa a nação nas relações exteriores, é que pode solicitá-la ou concedê-la.

Portanto, este Supremo Tribunal Federal não tem prerrogativas próprias a defender em matéria extradicional. Sua intervenção se traduz em garantia criada pelo nosso sistema jurídico para proteger o extraditando. Na nossa sistemática, o Poder Executivo não pode entregar alguém a um Estado estrangeiro se este Supremo Tribunal Federal disser que a entrega é ilegal. Mas, na situação inversa, isto é, se o Executivo, que é o órgão titular das relações internacionais do nosso País, decidir comunicar ao Estado estrangeiro que não procederá à entrega da pessoa procurada, fazendo uso do princípio de soberania que rege as relações internacionais, não poderá o Supremo Tribunal Federal forçar o Executivo a extraditar a pessoa. Não poderá por dois motivos essenciais. Em primeiro lugar, porque não tem competência para tanto. Em segundo lugar, porque, como já disse, a intervenção do Tribunal no processo de extradição se dá em benefício do extraditando. É uma garantia a ele outorgada pelo nosso ordenamento jurídico. Assim, seria juridicamente inconcebível que o órgão jurisdicional, cuja intervenção no processo de extradição foi concebida como uma garantia em prol do extraditando, subvertendo completamente o papel que lhe é reservado nessa matéria pela Constituição, dirigisse as suas armas contra a pessoa objeto da proteção constitucional, para determinar coercitivamente a efetivação de uma extra-

dição que o órgão titular das relações internacionais do país, competente para a matéria, não mais pretendesse efetivar.

Seria uma monumental incongruência jurídica!

Meu voto neste caso também se baseia em outros fundamentos que me são caros.

É que eu sempre procuro me pautar, no exercício da honrosa condição de membro desta Corte, segundo alguns princípios que, na visão de Aaron Barak (*The Role of a Supreme Court Judge*), devem sempre nortear o comportamento do juiz supremo ou constitucional. Refiro-me aos princípios da colegialidade e do respeito aos precedentes.

Com efeito, não faz muito tempo este Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ext 1.008, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, *DJE* de 17-8-2007, procedeu a duas importantes tomadas de posição. Em primeiro lugar, por maioria, declarou a constitucionalidade do art. 33 da Lei 9.474/1997, cuja redação é a seguinte:

> Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão do refúgio.

Em segundo lugar, a Corte firmou o entendimento de que "o deferimento do refúgio é questão da competência política do Poder Executivo, condutor das relações internacionais do país", nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, autor do voto vencedor. Decidiu ainda a Corte que:

> a concessão de refúgio gera a extinção do processo de extradição, desde que haja pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição, de modo que, presente a referida relação de pertinência, o ato de concessão de refúgio gera, por força de lei, a inadmissibilidade da extradição.

A *rationale* subjacente a esse posicionamento do STF harmoniza-se perfeitamente com o entendimento mundialmente consagrado acerca do processo de extradição. Ou seja, extradição é mecanismo inerente às relações internacionais travadas entre Estados soberanos. A competência primária para dela tratar é dos órgãos do Poder Executivo. Nesse campo, aliás, a Constituição brasileira é eloquente ao estabelecer, no seu art. 84, inciso VII, que cabe ao Presidente da República, "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos". Inserido nesse rol de competências executivas também se encontra o poder que detém o Chefe de Estado de firmar tratados com outros países, inclusive em matéria de extradição (art. 84, inciso VIII, da Constituição).

O maior ou menor grau de intervenção do Poder Judiciário no processo de extradição varia, como se vê, em função da maior ou menor proteção que o ordenamento jurídico do Estado requerido queira outorgar ao extraditando.

Nessas condições, causa perplexidade, no caso ora sob exame, o fato de o Poder de Estado incontestavelmente competente para a conduta das nossas relações internacionais haver concedido refúgio político ao extraditando e,

portanto, fechado as portas à possibilidade de sua entrega ao Estado Requerente da extradição, ao passo que o órgão constitucional cuja intervenção no processo extradicional, segundo a Constituição, deve se operar no sentido da proteção jurídica dos direitos do extraditando, contra ele se volte e determine a sua entrega ao seu país de origem!!!

Não vejo qualquer distinção relevante entre este caso e a Ext 1.008. Com efeito, como bem disse o Procurador-Geral da República em seu parecer:

> A circunstância de a concessão do refúgio decorrer de decisão do Ministro da Justiça, no exercício de atribuição recursal, e não de deliberação do Conare, ao que penso, não constitui dado distintivo relevante capaz de justificar que esse Tribunal, só por isso, adote conclusão diversa daquela estabelecida na Extradição nº 1.008.

Voto no sentido de declarar extinto o processo de extradição como consequência da decisão do Ministro da Justiça de conceder refúgio ao extraditando. Aplico, portanto, a lei vigente e já declarada constitucional por este Supremo Tribunal Federal, bem como o precedente firmado na Ext 1.008.

Determino, ainda, a expedição de alvará de soltura em benefício do extraditando, pois considero que a sua prisão tornou-se ilegal desde 15 de janeiro de 2009, data em que o Ministro da Justiça concedeu-lhe o refúgio político.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, tenho um voto, pois fiz voto em separado sobre o mandado de segurança e sobre a extradição. Não vou ler; vou fazer juntada – com prejuízo, evidentemente, do voto relativo ao mandado de segurança –, mas vou fazer um apanhado geral de quatro pontos, alguns dos quais – parece-me – já abordados no voto do Ministro Joaquim Barbosa. De toda sorte, faço referências à razão pela qual peço vênia ao eminente Relator – que, como eu disse no início da minha primeira manifestação, leu um voto realmente brilhante, estudado, aprofundado – para não concordar com ele, nos seus termos e principalmente na sua conclusão, uma vez que igualmente me ponho na linha da divergência, no sentido de extinguir a extradição exatamente em razão da higidez do ato do Ministro da Justiça e – independentemente de considerações que faça sobre ele, que acho não serem de competência deste Supremo Tribunal – na medida em que o art. 33 é considerado constitucional, fato hoje reafirmado aqui.

Eu gostaria de tecer algumas observações referentes, primeiramente – na linha da jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal –, à manutenção do art. 33 e, com ele, à competência do Ministro da Justiça para, em grau de recurso, como aconteceu neste caso, conceder o refúgio pleiteado pelo extraditando. Por essa razão, não vejo nenhuma ilegalidade, pelo menos nos termos postos nos autos, e peço desculpas por discordar do Ministro Relator neste ponto.

Não vejo, Senhor Presidente, Senhores Ministros, como aceitar a argumentação de que o refúgio seria defeso porque o requerente foi legitimamente condenado pela Justiça italiana por quatro crimes de especial gravidade, crimes qualificados, definidos na legislação brasileira como hediondos.

Chama-se atenção aqui a que o fundamento jurídico do provimento do recurso pelo senhor Ministro da Justiça foi o art. 1º, inciso I. Não vejo o porquê, pois nos termos constitucionalmente estabelecidos – art. 5º, inciso XXXIX – "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Os crimes pelos quais foi condenado Cesare Battisti na Justiça italiana datam de 1977 e 1979, e a lei que considera hediondos alguns crimes, dentre os quais tipos que podem ser tidos como de igual natureza daqueles praticados ou imputados ao extraditando refugiado, data de 1990 – Lei 8.072 –, pelo que, naquela qualificação, não se poderiam incluir as práticas imputadas ao cidadão italiano, porque se teria, neste caso, uma *reformatio in pejus*.

Descabe também cogitar-se aqui, a meu ver, o que foi chamado de causa da ilegalidade ou de abuso de poder praticado, porque os motivos determinantes contidos no ato de provimento de recurso, legalmente acolhidos nos termos do art. 90, da Lei 9.474/1997, não corresponderiam ao quadro fático.

O Ministro Relator chega a dizer que haveria a possibilidade de uma requalificação dos fatos. Parece-me que este é realmente o núcleo do ato e, por isso mesmo, este núcleo é onde reside a conveniência e a oportunidade, que não é dado ao Poder Judiciário se substituir. A situação descrita nos autos não cuida, a meu ver, de vinculação da motivação do ato ao desfecho, pois o que examinado pelo Ministro da Justiça foi explicitado, na forma do seu convencimento, a partir de análise de elementos apresentados no processo de pedido de refúgio, e este processo seguiu rigorosamente o previsto na Lei 9.474.

A pretensão, portanto, da República Italiana seria no sentido de promover a revisão das razões apresentadas pela autoridade político-administrativa brasileira, o que não considero ser de competência deste Supremo Tribunal.

Por outro lado, entre as argumentações apresentadas, fez-se uma referência – e o Ministro Relator foi enfático em afirmar – que o ato do Ministro da Justiça seria um ato vinculado. Peço desculpas por não concordar com isso, lembrando que o Direito Administrativo, hoje, já nem fala em ato vinculado e ato discricionário. O que temos, verdadeiramente, é que não há um ato inteiramente vinculado nem um ato inteiramente discricionário. Todos os atos têm alguns elementos vinculados – por exemplo, competência, forma, finalidade – e alguns têm um âmbito de discricionariedade maior e, portanto, alguns elementos da discricionariedade. Aliás, isso não é muito novo. Cito no meu voto Vitor Nunes Leal, o qual, em um estudo, já chamava a atenção para o fato que:

O mais acertado não é falar-se em ato discricionário; o certo é falar-se de poder discricionário, mas como frequentemente certos atos só têm existência material depois que a administração manifestou a opção referida – sem a qual o

ato não existiria –, é admissível que se use em tais casos a expressão "atos discricionários", contanto que se reconheça a deficiência conceitual da expressão. Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do poder discricionário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune à revisão jurisdicional. É preciso ter-se em mente que uma coisa é a limitação do poder discricionário, que pode ser conferido pela Constituição ou pelas leis em bases mais amplas ou mais restritas; outra coisa é a possibilidade de revisão jurisdicional da ação discricionária dos órgãos administrativos. Está bem claro que poder discricionário é o que se move em uma zona livre, isto é, não vinculada pela legislação. Pouco importa, para se conceituar o poder discricionário, a extensão dessa zona livre, desde que nessa zona livre, a critério da administração, se pudesse sobrepor outro critério, a saber, o do Judiciário. Então, já não teríamos essa zona livre nem se poderia mais falar de poder discricionário. Essa expressão seria, no caso, completamente vazia de sentido e estaria destinada ao museu das velharias jurídicas.

De forma inovadora e atual do cuidado do tema, Celso Antonio Bandeira de Melo pondera que:

Da necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado poder discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que poder discricionário. Uma vez assentido que os demais poderes são meros veículos instrumentais para propiciar, cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade provavelmente uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem.

Sabe-se que a ideia corrente da discricionariedade, entretanto, enfatiza a noção de poder; enfatiza, por conseguinte, a presunção de que o agente público, quando a lei lhe outorga aquilo que se denomina discricionariedade, dispõe de um poder para fazer escolhas livres, na suposição de que, dentre as alternativas comportadas pela norma em abstrato, qualquer delas são de indiferente aplicação ao caso concreto. É essa a ideia que se tem de discricionariedade.

Ele então chama atenção:

Casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito defere, no conteúdo da norma, certa margem de liberdade ao administrador. Essa relativa liberdade ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora, finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada – entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma – e aplicada. Esta última hipótese tem lugar quando o administrador pode deferir ou indeferir algo, praticar o ato tal ou qual.

Não pudesse a autoridade do Poder Executivo decidir sobre o pedido de refúgio em grau recursal, seria inócua, de um lado, a competência a ela conferida para examiná-lo, em logro ao interessado de outro, que lhe vê oferecida uma garantia constitucional, qual seja, a do duplo grau de exame do seu pedido, para, logo em seguida, ver-se retirada substantivamente tal alternativa. Ou a norma do

art. 29 da Lei 9.474 seria um nada normativo ou seria ineficaz, pois inconstitucional este Supremo Tribunal já afirmou que ela não é – e hoje isso foi repetido aqui. Esta, aliás, é a garantia do devido processo legal. Portanto, todas as considerações feitas sobre eventual desvio de finalidade ou até abuso de poder não têm lugar, de tudo que se examina nos alentados autos deste processo.

O que se teve na espécie, portanto, foi exatamente o exercício dos elementos de discricionariedade do ato recursal provido pelo Ministro da Justiça, que atuou no desempenho de competência que lhe foi conferida legalmente e que agiu a partir dos elementos processuais havidos nos autos que examinou e, ao final do qual, concluiu. Bem se diga que, objetivamente, os elementos teriam sido contrariados pela decisão recorrida, como pretende a República Italiana, porque até mesmo no Conare os debates foram tão acirrados e sujeitos a dúvidas que a decisão se deu pela diferença de um voto, exatamente a título de desempate, como, então, a se afirmar que a revisão apurada não poderia chegar à conclusão diversa e que tanto significaria invalidar ou comprometer o juízo político administrativo revisor.

Não vislumbro qualquer nódoa a macular o ato decisório no recurso emitido pelo Ministro da Justiça. Não acho que seja competência jurisdicional rever, independentemente do que, na condição de cidadã, eu pudesse pensar ou deixar de pensar sobre aquilo; no entanto, na condição de juíza, não vejo no proceder do Ministro da Justiça diferença sobre o que antes decidiu reiteradamente este Supremo Tribunal na matéria, quando fixou na jurisprudência – como reafirmado ainda hoje aqui –, com chamada específica para o que se contém na Ext 1.008, o reconhecimento da condição de refugiado, nos termos do art. 33 da Lei 9.474/1997, o qual impede o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos mesmos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio – que foi rigorosamente o ocorrido no caso e, aliás, expressamente reconhecido pela República Italiana em algumas passagens da petição inicial do mandado de segurança.

Eu relembro, sobre a constitucionalidade e a aplicabilidade do art. 33, que, na Ext 1.008, o Ministro Sepúlveda Pertence dizia não existir neste artigo nenhuma afronta à competência do Tribunal para julgar o processo de extradição. O processo é instrumento da composição jurisdicional de um conflito presente. Se desaparece o seu objeto pela concessão do refúgio, extingue-se o processo sem julgamento de mérito de extradição. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder, desde que compreendido na esfera de sua competência, não significa invasão da área do Poder Judiciário.

Por outro lado, parece-me que, quando se fala – e o Ministro Joaquim Barbosa acabou de tecer longas considerações a esse respeito – sobre a competência do Poder Executivo nas relações internacionais, o princípio no Brasil é o da não entrega. Ou não se entrega porque o Poder Judiciário – no caso, este Supremo Tribunal Federal – conclui que não se cumprem juridicamente as razões para a entrega; ou não se cumpre porque o Poder Executivo não encaminha o processo de extradição; ou encaminha, e, não havendo nenhum óbice por parte do Supremo

Tribunal, não segue o encaminhamento após a decisão aqui tomada – e é discrição do Presidente da República, nos termos do art. 84, VI, da Constituição –; ou não entrega porque o Poder Executivo, verificando, analisando e concluindo um pedido de refúgio, entende que o caso é de não entrega desta pessoa à instância de outro Estado.

Não vejo, portanto, nenhuma mácula a, de alguma forma, enodoar o processo que teve lugar no Poder Executivo nacional. E chamo atenção para a circunstância de que nós já tivemos caso – por exemplo, na Ext 785 – em que, depois de julgada a extradição por este Plenário, houve o pedido de extradição e imediatamente foi suspenso – ainda que já tivesse havido julgamento; e o Ministro Néri da Silveira, o Relator, entendeu que não poderia haver o prosseguimento por causa da natureza elisiva existente na concessão de refúgio.

Não verifico, portanto, nenhum dado, nenhum elemento que pudesse viciar o processo de concessão de refúgio, que pudesse, de alguma maneira, deixar de incidir diretamente – como disse o Procurador-Geral da República – nos efeitos deste processo de extradição.

Por essas razões – como disse ao início, faço a juntada de voto –, peço vênia ao Ministro Relator, mas sigo a divergência, já pronunciada em dois votos, no sentido da extinção da extradição em razão da concessão de refúgio.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski:

I – Dos fatos

Trata-se de pedido de extradição executória do nacional italiano *Cesare Battisti* formulado pelo Governo da Itália, com base no Tratado firmado com o Brasil em 17 de outubro de 1989, aprovado pelo Decreto Legislativo 78/1992 e promulgado mediante o Decreto presidencial 863/1993.

O pleito tem como fundamento a condenação irrecorrível do extraditando pela Justiça italiana à pena de prisão perpétua, pela prática de quatro homicídios qualificados, a saber: do agente penitenciário Antonio Santoro, em Udine, do comerciante Pierluigi Torregiani, em Milão, do comerciante Lino Sabbadin, em Mestre, e do agente policial Andréa Campagna, ocorridos, respectivamente, nas datas de 6 de junho de 1977, 16 de fevereiro de 1979, 16 de fevereiro de 1979 e 19 de abril de 1979.

Como se sabe, o sistema adotado pelo Brasil no concernente à extradição é o da "contenciosidade limitada", também conhecido como "sistema de delibação", em que o Supremo Tribunal Federal apenas examina a legalidade extrínseca do pedido formulado pelo Estado requerente, não cabendo aos seus magistrados fazer quaisquer considerações acerca das provas que ensejaram a condenação do extraditando ou dos fatos que determinaram sua prisão, nem tampouco quanto a eventuais vícios processuais ou procedimentais.

Entretanto, tendo em conta os veementes protestos dos patronos do extraditando no sentido da inexistência de provas hábeis à sua condenação, bem assim de que teria ocorrido, no curso do processo, lesão irreparável aos princípios da ampla defesa e do contraditório, permito-me tecer alguns breves comentários sobre tais assertivas, quando mais não seja como exercício intelectual prévio à análise dos aspectos formais da extradição para o meu autoconvencimento no tocante à verdade real subjacente aos autos.

Inicialmente, constato que o extraditando foi condenado pelo cometimento de quatro crimes de homicídio, tipificados no Código Penal italiano, mais especificamente em seu art. 575, e não, como alega a defesa, pela execução de ilícitos de natureza política, capitulados nalgum diploma legal de exceção, embora os atos delituosos pelos quais se pede a extradição tenham sido levados a efeito em meio a vários outros, como sequestros, roubos, furtos, lesões corporais e porte ilegal de armas, que visavam – ao menos segundo o discurso dos respectivos agentes – à derrubada do regime político vigente na Itália.

Na sequência, verifico que a condenação de *Battisti*, longe de basear-se, exclusivamente, na chamada do corréu Pietro Mutti, beneficiado com o instituto da "delação premiada", como afirmam os seus defensores, foi corroborada por diversos outros elementos de convicção, com destaque para provas materiais, testemunhais, periciais e, até mesmo, circunstanciais, conforme deflui de uma leitura atenta dos éditos condenatórios.

Observo, a seguir, que o extraditando foi julgado em conformidade com o "princípio do juiz natural", não tendo sido submetido, ao contrário do que se insinua, a um juízo *ad hoc* ou de exceção. Assim é que a Corte de Assise de Milão, com fundamento no conjunto probatório encartado nos autos, condenou o extraditando à pena de prisão perpétua, em 13 de dezembro de 1988, pela prática de diferentes crimes, inclusive os quatro homicídios pelos quais o Governo da Itália requer a sua extradição. Essa decisão foi confirmada pela Corte de Apelação de Milão, em 16 de dezembro de 1990. No dia 8 de abril de 1991, todavia, o Tribunal de Cassação anulou a decisão relativamente ao homicídio de Pierluigi Torregiani, tendo a Corte de Apelação, depois de reexaminar as provas, confirmado a condenação de *Battisti* quanto a esta vítima, em 31 de março de 1993.

O extraditando, apesar de julgado à revelia, indicou advogados de sua escolha, não tendo alegado, tempestivamente, qualquer vício de consentimento no tocante a essa nomeação.

Anoto, ainda, que *Battisti*, depois ser preso em 1979, escapou do cárcere em 1981, fugindo, primeiro, para o México e, depois, para a França, onde viveu por cerca de quatorze, sob a proteção do Governo de François Miterrand.

Quando as autoridades italianas tomaram ciência do paradeiro de *Battisti*, requereram e obtiveram a sua extradição para cumprir a pena a que foi condenado, após longo *iter* processual que compreendeu decisões proferidas em todas as instâncias do Judiciário francês, a saber, o Tribunal de Recursos de Paris, o Supremo Tribunal de Justiça e o Conselho de Estado da França.

Tais decisões foram confirmadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, especialmente no que concerne à observância do *due process of law* nos processos judiciais aos quais foi submetido o extraditando.

Colocado em liberdade na pendência de apelo ao Tribunal de Recursos de Paris, *Battisti* fugiu para o Brasil, ao que consta em setembro de 2004, aqui ingressando com passaporte falso, delito pelo qual responde a processo na 2ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Battisti, ao invés de apresentar-se, prontamente, às autoridades brasileiras, nos termos do que determina o art. 31, § 1º, da Convenção de 1951 sobre Estatuto dos Refugiados, com o fito de lhes expor, na dicção do referido dispositivo, "razões aceitáveis para a sua entrada ou permanência irregulares", quedou-se homiziado de forma clandestina no País, cônscio de sua condição de fugitivo da Justiça italiana, até o advento de sua prisão preventiva, ocorrida em 18 de março de 2007, em razão do pedido de extradição.

Somente depois de instaurado o processo de extradição, e após a manifestação do Procurador-Geral da República pelo deferimento do pedido, é que o extraditando ingressou com requerimento de refúgio, perante o Comitê Nacional de Refugiados (CONARE), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, mais precisamente em 27 de junho de 2008, o qual restou indeferido, fundamentadamente, aos 28 de novembro do mesmo ano.

Em 13 de janeiro de 2009, porém, o Ministro da Justiça deu provimento a recurso interposto por *Battisti*, reconhecendo sua condição de refugiado, nos termos do art. 1º, I, da Lei 9.474, de 22 de setembro de 1997. Essa decisão foi comunicada a esta Suprema Corte, para os fins previstos no art. 33 do referido diploma legal.

II – Do cancelamento do refúgio

A extradição constitui um processo formal mediante o qual um Estado (Estado requerido) entrega uma pessoa a outro Estado (Estado requerente) a fim de submetê-la a um processo penal ou à execução de uma sentença criminal.

Como esclarece o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em documento que trata especificamente do assunto, "a proteção internacional dos refugiados e a aplicação do direito penal não são mutuamente excludentes", visto que a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e o seu Protocolo de 1967 não impedem o julgamento de refugiados ou de solicitantes de refúgio que tenham praticado determinados crimes[69].

Isso porque o denominado "princípio da não devolução" ou do *non-refoulement*, pedra angular do direito internacional de proteção dos refugiados, contemplado no art. 33, § 1º, da Convenção de 1951, comporta algumas exceções, como aquela prevista em seu art. 33, § 2º, que estabelece que tal princípio não pode ser invocado por alguém que tenha sofrido condenação definitiva em virtude da

[69] Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR. Nota de Orientação sobre Extradição e Proteção Internacional de Refugiados. Genebra, 2008, p. 5.

prática de um "crime ou delito particularmente grave", e desde que o solicitante constitua uma ameaça para a comunidade do país de refúgio.

A referida Convenção prevê, também, a chamada "cláusula de exclusão", estabelecida em seu art. 1º, § 6º, *b*, a qual, não obstante a prevalência, como regra, do princípio do *non-refoulement*, admite a extradição de pessoas acerca das quais haja "sérias razões para pensar que (...) cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio, antes de serem nele admitidas como refugiados".

É que o princípio da não devolução tem como escopo impedir que os refugiados sejam expostos ao risco de injusta perseguição no país de que provieram originalmente. O princípio, em suma, visa a evitar que um refugiado, caso devolvido, seja arbitrariamente privado de sua vida, submetido a torturas, a penas cruéis ou infamantes ou, ainda, que venha sofrer outras violações graves de em seus direitos fundamentais. Tal princípio, porém, não se presta a dar guarida àqueles que tenham cometido crimes graves e que, em virtude deles, estejam sendo legitimamente processados ou tenham sido legalmente condenados em outras jurisdições.

O Acnur, no documento acima citado, explicita, em síntese, os critérios para a aplicação da cláusula de exclusão:

> (...) os delitos devem ser de caráter "não político". No contexto de uma valoração de exclusão, os critérios para determinar se um delito é ou não de natureza política derivam de enfoques utilizados na jurisprudência do direito de extradição. Entre os fatores relevantes, cabe destacar a motivação, o contexto, os métodos e a proporcionalidade do crime com respeito aos seus objetivos. É importante levar em consideração que há um número cada vez maior de atos delitivos que se consideram "não políticos" para efeitos de extradição (...). Entretanto, a aplicabilidade do artigo 1 F (b) da Convenção de 1951 fica sujeita a uma valoração à parte que se deve fazer à luz dos fatos particulares do caso[70].

O próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, nesse sentido, lembra que:

> Desde a década de setenta [que corresponde à época em que os crimes atribuídos ao extraditando teriam sido praticados] o âmbito deste motivo de negação [isto é a natureza política dos ilícitos] tem se reduzido de maneira significativa, dado que um crescente número de delitos foi reconhecido como "não políticos" para efeitos de extradição nos tratados de extradição e outros instrumentos internacionais, incluindo várias convenções e protocolos relacionados ao terrorismo[71].

Até o advento da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados no Brasil, a Convenção de 1951, por força do Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961, passou a vigorar entre nós tal como originalmente subscrita pelo Executivo, com a ressalva

---

[70] Ob. cit., p. 39-40.

[71] Idem, p. 23.

feita pelo Congresso Nacional quanto aos arts. 15 e 17, nos termos do Decreto Legislativo 11, de 7 de julho de 1960.

Depois, a referida Lei 9.474/1997, em seu art. 3º, III, ao cuidar da cláusula de exclusão mencionada no art. 1º, § 6º, *b*, da Convenção de 1951, ao invés de empregar a expressão original "crime grave de direito comum", consignou, em seu art. 3º, III, que não se beneficiarão da condição de refugiado as pessoas que "tenham cometido crimes contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, **crime hediondo**, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas" (grifos meus).

Lembro, todavia, por oportuno, que os crimes atribuídos ao extraditando foram cometidos na década de setenta e suas condenações tornaram-se "irrevogáveis", na terminologia empregada pelas autoridades italianas, em 1991 e 1993, antes do advento da Lei 9.474/1997. Isso significa que a sua situação jurídica, do ponto de vista material, já se encontrava consolidada à luz da redação original da Convenção de 1951, internalizada pelo Decreto 50.215/1961, no ponto em que vedava a concessão de refúgio àqueles que tivessem cometido crimes graves de direito comum.

Ainda que assim não fosse, a expressão "crime hediondo" não pode ser interpretada na estrita acepção que lhe empresta o direito penal brasileiro, pois a Lei 9.474/1997 não revogou a Convenção de 1951, mas tem apenas o escopo definir mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados no Brasil.

Ela não poderia, destarte, emprestar novo sentido ao art. 33, § 2º, da Convenção de 1951 – insista-se, regularmente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 50.215/1961 –, o qual estabelece uma exceção ao princípio do *non-refoulement* àqueles que tenham sofrido condenação definitiva em virtude da prática de um "crime particularmente grave".

Tanto é assim que o art. 49 da Lei 9.474/1997 estabelece que ela "entrará em vigor da data de sua publicação", ou seja, sem contemplar a tradicional cláusula "revogadas as disposições em contrário", o que significa dizer que permanecem hígidas todas as disposições da Convenção de 1951, tal como internalizadas e com as ressalvas feitas pelo Congresso Nacional.

E há mais: o art. 47 da Lei 9.474/1997 consigna que os seus preceitos deverão ser interpretados em harmonia com a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, entre outros documentos internacionais que tratam do tema subscritos pelo Governo brasileiro. É dizer, a expressão "crimes hediondos" equivale ao conceito de "crime ou delito particularmente grave" a que se refere o art. 33, §, 2º, da Convenção de 1951.

Já a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, embora vede, em seu art. 77, VII, a extradição em se tratando de crime político, ressalva, no § 1º do mesmo dispositivo, que ela é admitida "quando o fato constituir, principalmente, infração da lei comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constitui o fato principal". Essa norma abriga o denominado "princípio da preponderância", no qual a

Procuradoria-Geral da República se arrimou para opinar no sentido do deferimento do pleito do Governo da Itália, ora sob exame.

À vista dessas considerações parece-me perfeitamente possível cogitar-se da anulação ou cancelamento da condição de refugiado da pessoa requerida, seja na esfera judicial, seja no próprio âmbito administrativo.

E é a própria Acnur que o afirma, nos termos abaixo:

> O "cancelamento" refere-se à decisão de anular o reconhecimento da condição de refugiado, o qual não se deveria haver reconhecido (...) porque a pessoa em questão não reunia os critérios de elegibilidade no momento em que se adotou a decisão original. O cancelamento afeta as determinações definitivas, ou seja, as que já não admitem apelação ou revisão. Entram em vigor a partir do momento em que se tomou a decisão incorreta (*ab initio ou ex tunc – desde o início ou a partir de então*).[72]

O fundamento para a anulação do ato que concedeu o refúgio pode consistir em não ter a pessoa beneficiada demonstrado temor fundado de perseguição por pertencer a determinada raça, religião, nacionalidade, grupo social ou em razão de possuir certa opinião política. Pode, ainda, ter como motivo o fato de estar enquadrada em alguma das excludentes de proteção dos refugiados previstas na Convenção de 1951, dentre as quais a de haver o solicitante cometido um crime de direito comum fora do país de refúgio[73].

É certo que alguns lançam dúvidas quanto à possibilidade de o Judiciário anular um refúgio concedido pelo Executivo, tendo em conta o "princípio da separação dos poderes". Tal dúvida, todavia, segundo entendo, pode ser solucionada sem grandes dificuldades, tendo-se em conta a diferença entre os institutos do "refúgio" e do "asilo".

Embora tenham ambos, em sua origem, raízes humanitárias, o refúgio e o asilo apresentam distinções marcantes do ponto de vista ontológico. O ato que concede o refúgio tem natureza declaratória, devendo estar devidamente fundamentado, a teor do que dispõe o art. 26 da Lei 9.474/1997, ao passo que o ato que outorga o asilo apresenta caráter constitutivo[74]. É dizer, o primeiro deve amoldar-se aos requisitos estabelecidos nas convenções internacionais e na legislação do País, enquanto o segundo prescinde de maior motivação, visto configurar decisão de cunho eminentemente político.

O asilo, com efeito, consubstancia um ato de soberania, exercido pelo Chefe do Estado, o qual se submete unicamente ao crivo da opinião pública, não estando sujeito a quaisquer outras restrições, nem mesmo, por óbvio, às cláusulas de exclusão que restringem o direito de refúgio. Ressalto, porém, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. XIV, 1 e 2, recomenda que não se dê asilo nos casos "de perseguição legitimamente

---

[72] Ibidem, p. 44.

[73] Ibidem, loc. cit., nota 130.

[74] Veja-se, nesse sentido, o artigo de BASTOS, Carlos Eduardo e GARCIA, Márcio, Battisti. Refúgio ou asilo, in www.conjur.com.br, acesso em 10-3-2009.

motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas".

A concessão do refúgio, no Brasil, compete, em primeira instância, ao Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), de cujas decisões cabe recurso ao Ministro da Justiça[75]. Este, ao referendar ou rever as decisões do Conare não pratica, por evidente, inclusive por cuidar-se de agente estatal demissível *ad nutum* pelo Presidente da República, qualquer ato de soberania, mas mero ato administrativo, de caráter vinculado – e não discricionário –, por isso mesmo passível de exame pela Justiça quanto à correspondência entre a sua motivação e o substrato legal ou fático que lhe serve de arrimo.

Em outras palavras, o Judiciário pode, se instado a tal, verificar se estão ou não presentes, a justificar o ato de concessão de refúgio, os elementos subjetivos e objetivos previstos na Lei 9.474/1997 e na Convenção de 1951, dentre os quais, o temor e o fundado receio de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, bem assim as hipóteses que elidem o princípio da não devolução.

Por essas razões não me parece coadunar-se com a melhor técnica hermenêutica a interpretação dada ao art. 33 da Lei 9.474/1997 – que perfilhei, em voto oral, embora com reservas, no julgamento da Ext 1.008 –, segundo a qual o reconhecimento da condição de refugiado tem o condão de obstar, automaticamente, o seguimento de qualquer pedido de extradição, mesmo aqueles objeto de processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

É que esse entendimento, a meu ver, permitiria que a jurisdição da Suprema Corte para pronunciar-se sobre extradições, que emana diretamente do texto constitucional, fosse coarctada por uma decisão administrativa prolatada por um órgão do Ministério da Justiça ou mesmo do titular daquela Pasta, estas amparadas em dispositivos de simples lei ordinária.

Ademais, impediria o STF de decidir, no exercício de sua competência constitucional, sobre a real natureza do crime atribuída ao extraditando, inclusive para fazer valer, se for o caso, a vedação constante do art. 5º, LII, da Carta Magna, no tocante à extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Essa tradicional competência, aliás, desde há muito vem regulada em diploma especializado, qual seja, o Estatuto do Estrangeiro, consubstanciado na já na mencionada Lei 6.815/1990, a qual estabelece, em seu art. 77, § 2º, que compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal, em se cuidando de extradição, definir a natureza do crime, se político ou comum. E mais: o § 3º do mesmo dispositivo, em reforço, consigna que a Suprema Corte, no desempenho desse mister, "poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social".

---

[75] Art. 40 da Lei 9.474/1997.

Nessa linha de raciocínio, adoto, agora, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da citada Ext 1.008, assim explicitado:

> (...) a aplicação do art. 33 da Lei 9.474/1997 precisa ser calibrada quanto à consideração, de ordem constitucional, a respeito da competência deste STF quanto ao juízo de extraditabilidade (CF, art. 102, I, g). É dizer, entendo que, para fins de aplicação desse dispositivo, a decisão administrativa do Conare que determina a concessão de refúgio não pode obstar, de modo absoluto e genérico, todo e qualquer pedido de extradição apresentado a essa Suprema Corte.

Com esteio nessa linha de argumentação, verifico que o extraditando enquadra-se em pelo menos uma das cláusulas de exclusão, impeditivas da concessão do refúgio, a saber, o cometimento de crimes comuns, isto é, de quatro homicídios, pelos quais foi condenado, de forma irrecorrível, pela Justiça italiana, à prisão perpétua por decisões emanadas de tribunais ordinários, e que não provieram, ao contrário do que se pretende fazer crer, de juízos de exceção.

A sua condenação, de resto, deu-se com fundamento na lei penal comum, e não com base na legislação que trata de ilícitos de natureza política. Ainda que se pudesse cogitar que os homicídios que lhe são imputados foram praticados no contexto de ações que tinham como fim a subversão das instituições italianas, as circunstâncias e o modo em que foram levados a efeito, ou seja, mediante premeditação e por mero sentimento de vingança e emulação, leva a inescapável conclusão – em especial em face do princípio da preponderância, acima referido, abrigado no art. 77, VII, § 1º, da Lei 6.815/1980 – que os delitos pelos quais o Governo da Itália requer a extradição de *Cesare Battisti* são de natureza comum e, mais do que isso, constituem crimes hediondos.

III – Da vinculação do executivo à decisão

O instituto da extradição tem origem na necessidade de cooperação entre os países para o exercício do *jus puniendi* estatal para além das fronteiras nacionais. No Brasil, a Constituição Federal comete ao Presidente da Republica, em seu art. 84, VII, a incumbência de manter relações com Estados estrangeiros e, portanto, de levar a efeito o ato extradicional propriamente dito, ou seja, a entrega do extraditando às autoridades estrangeiras.

Por essa razão, os estudiosos têm entendido que, entre nós, a decisão final quanto à extradição compete ao Chefe do Poder Executivo da União. Com efeito, ao decidir definitivamente sobre a entrega de um estrangeiro, ao fim e ao cabo de um processo de extradição, o Presidente da República age discricionariamente, embora não arbitrariamente, e sempre após ouvir o Judiciário.

Nesse sentido, Ronaldo Rebello de Brito Poletti assenta que:

> (...) andou bem a lei brasileira ao estabelecer sistema próximo do misto na apreciação e efetivação do pedido extraditório. De um lado submeteu ao Judiciário o julgamento da legalidade e procedência do pedido e, de outro, erigiu o Executivo em juiz absoluto da conveniência e interesse em executar a extradição. Noutras palavras, o STF julga se a extradição é, ou não, proibida pela lei; e o Executivo a concede, ou não, se ela não proibir. A decisão judicial vincula apenas pela negativa: então não se poderá extraditar; não vincula, todavia, pela possibilidade, ou seja, pela declaração de não se proibir[76].

Na mesma linha é o ensinamento de Celso de Albuquerque Mello:

> O Executivo pode negar uma extradição que tenha parecer favorável do STF, mas não pode concedê-la quando a considera ilegal ou ainda sem pronunciamento do Judiciário.[77]

Em suma, é possível concluir que o Presidente da República, com fundamento em sua competência constitucional privativa de entreter relações com Estados estrangeiros, pode negar-se a extraditar alguém ou mesmo postergar a entrega de um extraditando – dentro, é certo, das hipóteses previstas em lei, em especial no Estatuto do Estrangeiro –,[78] mesmo em face de manifestação favorável do Supremo Tribunal Federal, embora não lhe seja lícito concedê-la quando este a tenha considerado ilegal ou contrária à Constituição Federal.

Tal questão foi muito bem enfocada pelo Ministro Celso de Mello na Ext 1.222-ED/Estado de Israel, que, em seu voto, assentou que a "execução do acórdão compete, na esfera político administrativa, desde que o Supremo Tribunal Federal tenha deferido o pedido de extradição, ao Senhor Presidente da República, em sua condição de Chefe de Estado".

E esclarece, mais, o eminente Ministro:

> A decisão do Supremo Tribunal Federal, que julga procedente a ação de extradição passiva, qualifica-se como pressuposto indeclinável de efetivação da entrega extradicional. É que o acolhimento do pedido de extradição atua, nesse contexto, como verdadeira *conditio sine qua non*, eis que o indeferimento desse pleito obsta, de modo absoluto, a implementação executiva de qualquer medida que objetiva a entrega do extraditando a um determinado Estado estrangeiro.
>
> O fato é que a realização da mencionada entrega inclui-se na esfera de competência exclusiva do Poder Executivo da União.

Ocorre que, na espécie, o Brasil celebrou com a Itália um tratado de extradição, o qual foi, como já visto, aprovado por meio do Decreto Legislativo 78/1992 e promulgado mediante o Decreto presidencial 863/1993 obrigando-se

---

[76] POLLETI, Ronaldo Rebello de Brito. Das diferenças entre extradição, expulsão e deportação. Revista dos Tribunais 498: 267, 1977.

[77] MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito penal internacional*, 1978, p. 60-61; *Curso de direito internacional público*, v. II, 2004, p. 1038.

[78] Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, arts. 67, 89 e 90.

as partes, reciprocamente, a promover as extradições por elas requeridas, nos termos nele especificados.

O Brasil, ademais, subscreveu a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo 496/2009, e depositada pelo Governo brasileiro na Secretaria da Organização das Nações Unidas, em 29 de outubro de 2009, a qual abriga, em seu art. 26, o princípio universal de direito *pacta sunt servanda*, ao consignar que "todo do tratado em vigor é vinculante para as partes e deve ser executado por elas em boa-fé".

Ainda que o Brasil não tivesse assinado a mencionada Convenção, seus preceitos são tidos, pela doutrina especializada, como uma expressão maior do direito consuetudinário internacional, sendo, por isso mesmo, de longa data, adotados pelos distintos Estados no dia a dia de suas relações[79].

Essa foi também a conclusão do Ministro Celso de Mello, no julgamento da extradição acima citada, manifestando-se nos seguintes termos:

> Se o fundamento jurídico do pleito extradicional residir em compromisso de reciprocidade (...), prevalecerá, aí, então, o regime de ampla discricionariedade.
>
> Havendo, no entanto, tratado bilateral de extradição, as relações jurídicas entre as Altas Partes Contratantes reger-se-ão pelo que dispuser a convenção internacional entre ambas celebrada, incidindo, então, na espécie, o velho adágio *pacta sunt servanda*, eis que, em tal hipótese, o Estado brasileiro sujeitar-se-á aos vínculos obrigacionais derivados do referido acordo.
>
> Nessa última hipótese, em que a extradição encontra fundamento jurídico em tratado internacional, a discrição governamental dá lugar à obrigação convencional fundada no acordo de extradição, cujas cláusulas vincularão os Estados pactuantes, que estarão, assim, obrigados a cumprir seus deveres jurídicos, sob pena de configuração, na hipótese de inadimplemento, de grave responsabilidade internacional do Estado transgressor.

Mas não é apenas isso. Os tratados, como se sabe, uma vez internalizados, apresentam, no mínimo, o *status* de lei ordinária ou, como ocorre com aqueles que versam sobre a proteção de direitos fundamentais, a hierarquia de norma supralegal ou mesmo constitucional. São, pois, é escusado dizer, de observância obrigatória tanto pelas autoridades e como por particulares. Nesse sentido, ensina José Francisco Rezek o quanto segue:

> Desde o momento próprio – idealmente, aquele em que coincidem a entrada em vigor no plano internacional e idêntico fenômeno nas ordens jurídicas interiores às partes –, o tratado passa a integrar cada uma dessas ordens (...). Importa que se retenha desde logo a noção de que o tratado, embora produzido em foro diverso das fontes legislativas domésticas, não se distingue, enquanto norma jurídica, dos diplomas legais que destas promanam.[80]

---

[79] MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007. p. 131.

[80] REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 394.

Disso deflui que o descumprimento de um tratado ratificado pelo Parlamento, configura, simultaneamente, um ilícito internacional e uma ofensa ao ordenamento jurídico interno, que sujeitam os infratores às sanções correspondentes.

Em síntese, a obrigação do Chefe do Poder Executivo de extraditar *Cesare Battisti* decorre do pronunciamento afirmativo, do *nihil obstat*, veiculado Supremo Tribunal Federal relativamente à sua extradição, somado às disposições contidas em tratado celebrado com a Itália para tal efeito, ao qual o Brasil, no exercício de sua soberania, entendeu por bem sujeitar-se.

IV – Conclusão

Em face do exposto, pelo meu voto, defiro o pedido de extradição, nos termos *supra*.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Presidente, eu começo adiantando que o eminente Relator, sem dúvida produtor de um magnífico voto, convenceu-me, inclusive mostrando que o caso é peculiar se comparado com o caso Olivério Medina. Há peculiaridades neste caso que saltam aos olhos, bastando lembrar que, no Caso Medina, o caráter político da infração era vistoso, não sofreu maior contestação, tanto assim que o Conare, colegiadamente, pronunciou-se pelo refúgio.

Aqui, não. Aqui há um dissenso endógeno, porque operante no próprio âmbito do processo administrativo. O Conare se pronunciou de uma forma e seu órgão de cúpula – que é o Ministro da Justiça – se pronunciou por outra já em grau de recurso.

Também lá na Ext 108, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a pertinência temática foi demonstrada de plano, porque a motivação do ato administrativo de concessão do refúgio coincidia com os fundamentos do pedido de extradição, coisa que não me parece acontecer no caso presente. Ou seja, o eminente Ministro Relator me mostrou que o caso tem peculiaridades justificadoras da conclusão a que se chegou Sua Excelência: pelo conhecimento do pedido e seu deferimento.

Sua Excelência também mostrou magnificamente que há um imbricamento ou uma conexão material exatamente entre a concessão de refúgio, o ato de concessão de refúgio e o processamento do pedido extradicional. O foco é esse – já disse a Ministra Ellen Gracie numa primeira intervenção. Se o ato concessivo do refúgio se processou legalmente, a consequência é obstar o processamento da extradição; senão a extradição prossegue conforme agora votou – secundando Sua Excelência o Relator – o Ministro Ricardo Lewandowski.

Esse foco de que falou a Ministra Ellen Gracie evidentemente é binário: ele se baseia no art. 1º – o Relator também disse isso – da Lei 9.474, de julho de 1997, lei que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, de 1951, assim como no art. 33. São dois artigos emblemáticos dessa

lei que se colocam agora como objeto de nossa cognição, como âncora normativa para o nosso pensar interpretativo, revelador da validade, ou não, da higidez, ou não, do ato de concessão do refúgio, e, por consequência, do pedido extradicional. Quando a lei diz:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

Essa lei avança pressupostos e finalidades que são, limpidamente, sindicáveis pela via jurisdicional, até pela via administrativa. Afinal de contas, foi em grau de recurso administrativo que a decisão do Colegiado foi reformada pelo Ministro da Justiça. E essa sindicabilidade – agora jurisdicional – também salta aos olhos.

Diz a lei:

> I – devido a fundados temores de perseguição (...)

Ora, "fundados temores", temores, para além de toda dúvida razoável; temores objetivamente demonstrados, e não subjetivamente invocados, porque fica muito fácil artificializar a incidência da lei no plano da mera subjetividade. E diz mais:

> (...) por motivos de raça [e é preciso definir o que seja raça], religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas (...)

Isso já revela a própria natureza do refúgio. O refúgio é mais amplo do que o asilo. O asilo está circunscrito, está limitado pela sua motivação política. Ele é adjetivado assim mesmo pela Constituição – inciso X do art. 4º. Asilo político é um dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil. Refúgio não tem essa previsão constitucional explícita, deita raízes na própria lei, imediatamente. O refúgio é concedido no âmbito desse moderno constitucionalismo, dessa última dimensão do constitucionalismo que é o da fraternidade, e que, na Itália mesma, é chamada de constitucionalismo solidário ou altruísta. Concede-se o refúgio por motivos eminentemente humanitários, para servir ao princípio do pluralismo – sobretudo cultural – estabelecedor da sadia convivência dos contrários, da respeitosa convivência dos contrários, e pela quebra de preconceitos. Não há que se admitir preconceitos no plano internacional porque isso é ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, a própria Constituição, quando versa o tema do asilo, no inciso X, refere-se, no inciso II do mesmo art. 4º, à prevalência dos direitos humanos.

Surpreendentemente – para não dizer atecnicamente –, esse art. 1º, depois de corretamente falar "devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social", acrescentou "opiniões políticas".

Ora, opiniões políticas já se colocam em um outro *locus* institucional, o *locus* do pressuposto do asilo político. Entretanto, não vamos questionar isso

porque, talvez, a minha observação exigisse de nossa parte uma interpretação conforme para impedir essa confusão entre "refúgio" e "asilo", que são institutos diferentes.

Agora, se a base do ato administrativo é legal, há de se aferir a compatibilidade do ato com a lei que o respalda, que lhe dá fundamento, até porque essa lei é consagradora de toda uma processualística. O ato concessivo não nasce de um jato, de um só tomo, de uma só vez; ele vem sendo produzido aos poucos até culminar naquilo que Pietro Virga chama de ato central e conclusivo do processo administrativo.

Então, todas essas fases de um processo administrativo que deságua na concessão do asilo são juridicamente sindicáveis. Até por uma outra razão: para saber da compatibilidade do conteúdo do ato com a finalidade do instituto que toma o nome de "refúgio". Se não houver compatibilidade entre o conteúdo do ato e a finalidade, há um desvio de finalidade.

Aliás, o Ministro Cezar Peluso disse isso e citou Celso Antonio Bandeira de Mello – que eu fui conferir, Ministro Cezar Peluso, não por desconfiança da honestidade intelectual de Vossa Excelência, mas pelo prazer de revisitar intelectualmente esse jurista de primeiríssima grandeza que é Celso Antonio Bandeira de Mello. De fato, ele abre o Capítulo XIX do seu *Curso de direito administrativo*, 23. edição, com o título de "Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial".

A discricionariedade é um modo alternativo pelo qual a lei se deseja aplicada. A lei se deseja aplicada por mais de uma forma, e é preciso ver se o destinatário do poder administrativo se situou nos quadrantes, nos limites da lei e obedeceu à finalidade para a qual a discricionariedade foi outorgada.

Ministro Cezar Peluso, conferi inclusive Caio Tácito – citado por Vossa Excelência – dizendo que não se discute mais hoje – isso é coisa antiga – a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar do mérito do ato administrativo, não para substituir o administrador, mas exatamente para saber se o administrador se conteve nos lindes, nos marcos da discricionariedade que lhe foi conferida.

Vossa Excelência fez isso muito bem e, graças à sua instigação, sua provocação, Ministro Cezar Peluso, procurei reler a decisão do Ministro da Justiça. Encontrei algo que me parece – agora já na linha do voto do Ministro Ricardo Lewandowski – contrariar esta expressão: "devido a fundados temores de perseguição".

Primeiro, eu já tenho dúvida se é possível falar de perseguição diante do que houve nesse caso. A extradição é do tipo executório; nós estamos apreciando um pedido de execução de uma decisão judicial.

Aqui, a lei diz: "devido a fundados temores". E como decidiu o Ministro da Justiça, ao final? Disse o seguinte:

> É bom que reste claro que o caráter humanitário, que também é princípio da proteção internacional da pessoa humana, perpassa o refúgio, implicando o

princípio *in dubio pro reo*: na dúvida, a decisão de reconhecimento deverá inclinar-se a favor do solicitante do refúgio.

E mais. Disse Sua Excelência, falando dos delitos de homicídios imputados ao recorrente, das condições que se desenrolaram nos processos:

(...) no mínimo, geram uma profunda dúvida sobre se o recorrente teve direito ao devido processo legal.

Ou seja, o Ministro não está afirmando que o direito ao devido processo legal foi negado ao extraditando. A lei diz: "devido a fundados temores de perseguição", que me parece uma expressão suplantadora de toda dúvida razoável. É algo mais do que duvidoso; se não algo absolutamente certo, pelo menos provável, mas não apenas possível, não apenas duvidoso.

Finalmente, Ministro Peluso, Vossa Excelência fincou pé de uma interpretação que me pareceu também acertada do art. 33 da lei em causa, cuja dicção é esta:

Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado (...) [mas é evidente que é da condição legal, o reconhecimento da condição legal. É para isso que serve a interpretação lógica; é para reciclar ou policiar as insuficiências da interpretação literal.]

Ora, logicamente interpretado, esse dispositivo só pode significar: O reconhecimento legal "da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio". E essa parte final, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio, ainda uma vez dá razão a Vossa Excelência, porque consagra a prefalada pertinência temática. É preciso uma coincidência entre a motivação do ato de concessão do refúgio e os fundamentos do pedido de extradição. E, no caso, aqui, não há essa coincidência, pelo menos de modo vistoso. Pelo contrário. O que interpreta o Ministro da Justiça é contrabatido às inteiras pelo governo da Itália. O governo da Itália finca pé na sua acusação de que os crimes cometidos foram de natureza comum, crimes de sangue com resultado morte. Aliás, também me impressiona mal – devo dizê-lo – o nome da organização de que participava o extraditando, já numa época de normalidade democrática. Parece-me que, no Proletários Armados para o Comunismo (PAC), o adjetivo "armados" já desnatura o objetivo ideológico, o objetivo político da instituição, porque uma organização que se autointitula de armada já se predispõe ao cometimento de crimes comuns, de crimes de sangue com resultado morte. E, no limite, até mesmo ao terrorismo. Esse terrorismo que a nossa Constituição rechaça, repudia às expressas e cuja prática é inconciliável, seja com a concessão do asilo político, seja com a concessão do refúgio.

Senhor Presidente, no mais, eu também entendo que o devido processo legal foi razoavelmente observado e a prescrição não ocorreu – essa pretensão estatal permanece íntegra, permanece hígida. Também só acrescento ao voto do Relator a detração. É preciso detrair – como disse o Ministro Lewandowski – do

tempo restante, aliás do tempo da pena privativa de liberdade, os anos já cumpridos aqui, de reclusão no Brasil.

É como voto, Senhor Presidente.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Trata-se de pedido de extradição executória formulado pelo Governo da Itália, com fulcro no Tratado de Extradição firmado com o Brasil, do nacional italiano *Cesare Battisti*, o qual foi condenado à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno de seis meses, pelos homicídios praticados contra *Antonio Santoro*, ocorrido em Udine, em 6 de junho de 1977; *Pierluigi Torregiani*, ocorrido em Milão, em 16 de fevereiro de 1979; *Lino Sabbadin*, ocorrido em Mestre, em 16 de fevereiro de 1979; e *Andrea Campagna*, ocorrido em Milão, em 19 de abril de 1979 (fls. 3-5).

A prisão preventiva do extraditando foi decretada em 1º de março de 2007 (fls. 11-12, PPE 581-4) e efetivada em 18 de março de 2007 (fl. 63, PPE 581-4).

No curso do processo, o Ministro de Estado da Justiça reconheceu a condição de refugiado do extraditando, nos termos do art. 1º, I, da Lei 9.474/1997, consoante decisão publicada no *Diário Oficial da União* de 15 de janeiro do corrente ano (fls. 2937-2949).

Sustenta a defesa que o reconhecimento do *status* de refugiado constitui óbice ao seguimento do presente pedido de extradição, de acordo com o art. 33 da Lei 9.474/1997.

A questão preliminar a ser resolvida consiste, portanto, em saber se o reconhecimento da condição de refugiado do extraditando impede o prosseguimento e julgamento, por parte do Supremo Tribunal Federal, do presente pedido extradicional.

O eminente Procurador-Geral da República opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão do disposto no art. 33 da Lei 9.474/1997, com a consequente expedição de alvará de soltura em favor do extraditando. Entretanto, caso analisado o mérito por esta Suprema Corte, opinou o Senhor Procurador-Geral no sentido da procedência do pedido de extradição.

Esta Corte já teve oportunidade de apreciar a questão, quando do julgamento da Ext 1.008/CB, requerida pelo Governo da Colômbia.

Naquela ocasião, o Pleno deste Tribunal entendeu, por maioria, que "o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento". O acórdão ficou assim ementado:

> Extradição: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando – então sacerdote da Igreja Católica – em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem. Reconhecimento do *status* de refugiado do extraditando, por decisão do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE): pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o

objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/1997, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes.

1. De acordo com o art. 33 da Lei 9.474/1997, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento.

2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo – a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado – o poder privativo de conceder asilo ou refúgio.

3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder – desde que compreendido na esfera de sua competência – não significa invasão da área do Poder Judiciário.

4. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando.

5. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext 493).

(Ext 1.008/CB – Colômbia – Rel. Min. Gilmar Mendes – Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence – *DJ* de 17-8-2007.)

Não estive presente a este julgamento, porque licenciada à época.

O eminente Ministro Gilmar Mendes, na condição de relator originário da Ext 1.008, votou no sentido de "se conferir ao art. 33 da Lei 9.474/1997 interpretação conforme a Constituição Federal (CF, art. 5º, LII, e art. 102, I, *g*), para que a extradição somente seja obstada nos casos em que se impute ao extraditando 'crime político ou de opinião ou ainda quando as circunstâncias subjacentes à ação do estado requerente demonstrem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada'".

Na fundamentação de seu voto, destacou Sua Exa. "que a aplicação do art. 33 da Lei 9.474/1997 precisa ser calibrada quanto à consideração, de ordem constitucional, a respeito da competência deste STF quanto ao juízo de extraditabilidade (CF, art. 102, I, *g*). É dizer, entendo que, para fins de aplicação desse dispositivo, a decisão administrativa do Conare que determina a concessão do refúgio não pode obstar, de modo absoluto e genérico, todo e qualquer pedido de extradição apresentado a essa Suprema Corte". Ressaltou, ainda, o ilustre Relator que "não é possível dissociarmos o tema do prosseguimento do pedido extradicional da análise, por este Supremo Tribunal Federal, da ocorrência, ou não, de crimes de natureza política no caso concreto".

Alinho-me ao raciocínio desenvolvido pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes.

O precedente não se adapta à espécie.

Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro, consoante dispõe o art. 102, I, *g*, da Constituição Federal.

De outro lado, a própria Carta constitucional veda a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII).

Ocorre que, a apreciação do caráter da infração, ou seja, se o crime é comum, político ou de opinião, cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 2º do art. 77 da Lei 6.815/1980.

Transcrevo, por oportuno, a lição de José Afonso da Silva:

> *Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ordinariamente a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g). E a Lei 6.815/80 lhe atribuiu, com exclusividade, a apreciação do caráter da infração*, dando-lhe ainda a faculdade de não considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de anarquismo, terrorismo, ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social (art. 77, §§ 2º e 3º), de onde se pode perceber que a lei tem tais delitos como de natureza política; apenas admite que o Supremo, dadas as circunstâncias de fato, possa reconhecer neles outra qualificação, quando, então, a extradição é suscetível de ser concedida.
> (In *Curso de direito constitucional positivo*, 27. ed., Malheiros, p. 341.) (Grifou-se.)

No mesmo diapasão, o ensinamento de Yussef Said Cahali:

> O poder discricionário que o art. 77, § 2º, do Estatuto concede ao Supremo Tribunal Federal para apreciar, com exclusividade, o caráter da infração, não sofre qualquer limitação (...)
> (In *Estatuto do Estrangeiro*, Saraiva, 1983, p. 347.)

Deste modo, entendo que o art. 33 da Lei 9.474/1997 não pode ter o efeito "absoluto e genérico" de impedir o julgamento de pedido de extradição por esta Suprema Corte, sob pena, não só de violação do princípio basilar da separação dos poderes (art. 2º, CF), mas também de supressão de expressa competência constitucional do Supremo Tribunal Federal para julgar extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, *g*, CF).

Diante disso, o art. 33 da Lei 9.474/1997 só pode ser interpretado no sentido de que, o reconhecimento da condição de refugiado obstará o pedido de extradição quando se imputar ao extraditando crime político ou de opinião, reconhecida esta natureza pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale lembrar, que em relação ao asilo político, esta Suprema Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de que a sua concessão "não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal, e não pelo Governo" (Ext 232/CA – Rel. Min. Victor Nunes – *DJ* de 17-12-1962).

Tal entendimento foi reafirmado por esta Corte no julgamento da Ext 524/Paraguai em preciso voto da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, do qual extraio o seguinte trecho:

> Não há, pois, incompatibilidade absoluta entre os institutos do asilo político e da extradição, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Demais disso o pedido extradicional poderá ter suporte em fatos outros, estranhos àqueles que motivaram o deferimento do asilo, diplomático ou territorial.

No mesmo tom, transcrevo a lição de Yussef Said Cahali, *verbis*:

> (...) permite-se afirmar desde logo que a condição de asilado político do estrangeiro não constitui óbice à sua extradição: a) quando solicitada esta por um país diverso daquele do qual se afastou por motivo de perseguição política; b) quando a condição de crime político, pressuposta na concessão administrativa do asilo, não é reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal ao ser apreciado o pedido de extradição. (In *Estatuto do Estrangeiro*, Saraiva, 1983, p. 158-159.)

O asilo tem sua origem histórica na Grécia Antiga (*a* = não e *sylao* = arrebatar, tirar, sacar, extrair; ou seja, não expulsão) e visava à proteção da vida do perseguido, geralmente acolhido nos templos sagrados. Posteriormente, durante o Império Romano, o asilo adquiriu, também, o caráter jurídico, sendo concedido às pessoas injustamente perseguidas pelo Poder Público ou por particulares.

Há registros da prática do asilo em diferentes épocas da história, sendo relevante notar que, segundo José H. Fischel de Andrade, o século XVII foi de grande importância para o desenvolvimento do instituto, quando Grotius, um dos precursores do Direito Internacional, sustentou que "as pessoas expulsas de seus lares tinham o direito de adquirir residência permanente em outro país, submetendo-se ao governo que lá detivesse a autoridade" (Direito Internacional dos Refugiados Evolução Histórica (1921-1952, Renovar, 1996, p. 14-15). Ainda de acordo com o referido autor, "Grotius estabeleceu uma diferença entre ofensas políticas e ofensas comuns, defendendo que o asilo deveria ser concedido tão somente àqueles que sofressem perseguições políticas ou religiosas".

O instituto do asilo, tanto na modalidade de asilo territorial, como na de asilo diplomático, possui uma longa tradição na América Latina, em razão das instabilidades políticas da região, sendo previsto, inicialmente, no Tratado de Direito Penal de Montevidéu, de 1889, bem como nos seguintes documentos: Convenção sobre Asilo (VI Conferência Pan-americana, Havana, 1928); Convenção sobre Asilo Político (VII Conferência Internacional Americana, Montevidéu, 1933); Declaração dos Direitos e Deveres do Homem sobre asilo territorial (IX Conferência Pan-americana, 1948) e Convenção sobre Asilo Diplomático (X Conferência Interamericana, Caracas, 1954).

Já o refúgio surgiu como instituto jurídico a partir de 1921, sob o pálio da Liga das Nações, visando, principalmente, dar proteção ao grande número de refugiados que surgiu no período posterior a Primeira Grande Guerra. Já sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), o instituto foi regulado pela Convenção de 1951, que reconheceu a condição de refugiado a qualquer pessoa que "temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo

social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país" (art. 1º, § 1º, *c*).

Como se pode observar, o asilo e o refúgio são institutos assemelhados, visto que ambos possuem como escopo a proteção do ser humano que está sendo perseguido, havendo, inclusive, quem não faça distinção entre os institutos.

Segundo Liliana Lyra Jubilut, "os institutos apresentam um caráter de complementaridade, tanto em relação aos sistemas nacionais de proteção – já que somente se verificam quando o pacto social que assegura a proteção do indivíduo pelo Estado falhou – quanto entre si – posto que o instituto do asilo é mais abrangente, podendo ser usado quando não há a possibilidade de aplicação do instituto mais específico do refúgio." (*in* O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro, p. 36, 2007, Método).

O Decreto 55.929/1965 que promulgou a Convenção sobre Asilo Territorial, assinada em Caracas, em março de 1954, garante o direito de asilo aos perseguidos por suas crenças, opiniões e filiação política ou por atos que possam ser considerados delitos políticos (arts. I e II).

Por sua vez, a Lei 9.474/1997, que implementou o Estatuto dos Refugiados de 1951, também protege o perseguido em razão de opinião política (art. 1º, I).

Ora, sendo os dois institutos – asilo e refúgio – semelhantes na essência, não há razão para tratamento jurídico diverso quando se está diante de pedido de extradição, no sentido de que se concedidos sob o fundamento de perseguição política ou prática de crime político, não podem obstar a apreciação do pedido extradicional pelo Supremo Tribunal Federal, que possui competência exclusiva para apreciação do caráter dos delitos imputados ao extraditando.

Na hipótese de concessão de asilo pelo Poder Executivo, tendo como fundamento a prática de crime político pelo asilado, o Supremo Tribunal Federal não fica vinculado à decisão administrativa, pois tem competência exclusiva para processar e julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, *g*, da CF) e para apreciar o caráter da infração imputada ao extraditando (art. 77, § 2º, da Lei 6.815/1980).

Assim, a concessão do asilo estribada na prática de crime político pelo asilado somente importará na sua inextraditabilidade quando o caráter político da infração for reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal (Ext 232/Cuba e Ext 524/Paraguai).

Na esteira do mesmo raciocínio, o refúgio concedido em razão da prática de delito político pelo refugiado – como no presente caso – será obstáculo para a sua extradição, desde que a natureza política do delito imputado no pedido extradicional seja confirmada por esta Suprema Corte.

Atribuir à decisão administrativa que concede o *status* de refugiado ao extraditando, tendo como pressuposto a prática de crime político, o efeito

automático e absoluto de obstar o pedido extradicional, implica em suprimir competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, ainda que se admita que a mera concessão do refúgio pelo Poder Executivo impede, de forma absoluta e automática, o pedido de extradição, penso que tal decisão administrativa não está imune ao controle de sua legalidade e constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

Com efeito, entendo que a decisão do Plenário desta Corte no sentido de afirmar a constitucionalidade do art. 33 da Lei 9.474/1997, por ocasião do julgamento da Ext 1.008/Colômbia, não impede a verificação da legalidade e da constitucionalidade do ato administrativo de reconhecimento da qualidade de refugiado pelo Supremo Tribunal Federal, diante do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

No presente caso, a decisão concedendo refúgio em favor do extraditando pelo eminente Ministro da Justiça foi expressamente impugnada pelo Estado requerente (fls. 3081/3101).

O art. 31 da lei 9.474/1997 ao dispor que a decisão do ministro da justiça "não será passível de recurso", por óbvio, se refere a recurso administrativo, pois, caso contrário, teríamos um ato administrativo imune ao exame de sua legalidade por parte do poder judiciário, o que não se admite no nosso ordenamento jurídico.

In casu, *data venia*, a decisão do Ministro da Justiça invadiu competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, violando os arts. 2º e 102, I, *g*, da Constituição Federal e o art. 77, § 2º, da Lei 6.815/1980, além de infringir, como se verá mais adiante, o art. 3º, III, da Lei 9.474/1997.

O reconhecimento da condição de refugiado está disciplinado na Lei 9.474/1997, que assim dispõe em seu art. 1º, *verbis*:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Como se verifica da leitura do referido dispositivo legal, diversos são os motivos previstos para o reconhecimento da condição de refugiado, dentre eles o fundado temor de perseguição por opiniões políticas.

Ao dar provimento ao recurso administrativo interposto pelo extraditando e reconhecer a sua condição de refugiado, o Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça entendeu ser "irrefutável a participação política do Recorrente, o seu envolvimento político insurrecional e a pretensão, sua e de seu grupo,

de instituir um poder soberano 'fora do ordenamento'. Ou seja, de constituí-lo pela via revolucionária através da afronta política e militar ao Estado de Direito italiano".

Afirmou ainda Sua Excelência:

> Por motivos políticos o Recorrente envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no Estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado Francês, decidiu, mais tarde, voltar a fugir. Enxergou o Recorrente, ainda, razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que, conforme o Recorrente, estariam vinculadas à situação eleitoral francesa. **O elemento subjetivo do "fundado temor de perseguição" necessário para o reconhecimento da condição de refugiado está, portanto, claramente configurado**.
> (Grifos no original.)

Ao final, concluiu o Ministro da Justiça "que o contexto em que ocorreram os delitos de homicídio imputados ao recorrente, as condições nas quais se desenrolaram os seus processos, a sua potencial impossibilidade de ampla defesa face à radicalização da situação política na Itália, no mínimo, geram uma **profunda dúvida** sobre se o recorrente teve direito ao devido processo legal" (grifo no original).

Não obstante os judiciosos fundamentos do culto Ministro da Justiça, entendo, com a devida vênia, que a decisão que reconheceu o *status* de refugiado ao extraditando deve ser revista.

Como já ressaltei anteriormente, cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal apreciar o caráter da infração imputada ao extraditando, consoante o disposto no art. 77, § 2º, da Lei 6.815/1980.

Ora, ao considerar que os crimes imputados ao extraditando foram praticados em razão da sua participação política e de seu envolvimento político insurrecional, o Excelentíssimo Ministro da Justiça acabou invadindo competência exclusiva desta Suprema Corte de apreciar o caráter dos delitos descritos no pedido extradicional formulado pela República Italiana.

Segundo a Nota Verbal de fls. 3/5, a extradição de *Cesare Battisti* foi requerida em razão da sua condenação pelos homicídios praticados contra *Antonio Santoro*, ocorrido em Udine, em 6 de junho de 1977; *Pierluigi Torregiani*, ocorrido em Milão, em 16 de fevereiro de 1979; *Lino Sabbadin*, ocorrido em Mestre, em 16 de fevereiro de 1979; e *Andrea Campagna*, ocorrido em Milão, em 19 de abril de 1979.

Os delitos imputados ao extraditando foram assim descritos (fls. 65/72):

> **Homicídio de Antonio Santoro, marechal dos agentes de custódia do carcere de Udine, acontecido em Udine em 6.6.1978.**
>
> Na manhã de 6.6.1978 o marechal Santoro percorre a pé a ma Spalato em Udine para recar-se (*sic*) da sua casa ao trabalho, isto é, ao cárcere.

Um jovem rapaz, que, finge estar namorando com uma moça dos cabelos ruivos, o espera no cruzamento entre aquela rua e via Albona e dispara dois tiros de pistola nas suas costas e o mata.

Depois do tiroteio entra num carro branco onde se encontram outros dois jovens de sexo masculino, que se distanciam a forte velocidade em direção a via Pola.

Duas testemunhas retém (*sic*) de poder identificar o modelo do carro: um L Simca 1300 ou um Fiat 124.

Lá pelas 13.00 horas do mesmo dia, uma patrulha dos carabineiros encontra abandonada em via Goito um carro marca Simca 1300 branco, que resulta roubado na noite do dia anterior.

O carro vem encontrado aberto e vem acertado que para fazê-lo funcionar, os ladrões tiveram que estrapar (*sic*) os fios do implante elétrico que eram coligados ao quadro com um grampo de cabelos.

Os investigadores acertaram também que o carro estava estacionado no lugar onde foi achado já das 7:50 horas daquele mesmo dia, e isto é, minutos imediatamente sucessivos ao momento no qual foi consumado o homicídio.

As sucessivas investigações, permeteram (*sic*) de estabelecer que o autor material do homicídio de Santoro, isto é, aquele que tinha disparado nas suas costas os dois tiros de pistola, se identificava no hodierno estradando (*sic*) *Cesare Battisti*, que, entre outras coisas, tinha já ficado preso no cárcere de Udine.

A modalidade exata de tal homicídio foi assim reconstruida (*sic*): o *Battisti* e Enrica *Migliorati*, ficaram abraçados por cerca 10 minutos a apenas alguns metros de distância do portão do prédio de Santoro, enquanto Pietro *Mutti* e Claudio *Lavazza*, esperavam no carro a chegada da vítima.

Battisti se destacou imediamente (*sic*) da *Migliorati*, se aproximou correndo de Santoro, e o feriu primeiro com um tiro nas costas e com outros dois tiros, quase a queima-roupa, quando o marechal era já a terra.

Súbito depois o *Battista* e a *Migliorati* correram em direção do Simca 1300 que apenas tinha se posicionado no meio da rua, e assim escaparam todos os quatro.

Chegaram então na avenida principal, trocaram de carro, se desfizeram dos travestimentos (*sic*) (bigode e barba postiça para o *Battisti*, peruca ruiva para a *Migliorati*, peruca preta para o *Lavazza*) e chegaram a estação de Palmanova, onde o *Battisti* desceu, levando consigo a bolsa das armas e das maquiagens.

Foi acertado também que a decisão de matar o Santoro partiu do *Battisti* que conhecia pessoalmente a vítima.

Homicídio de Lino Sabbadin acontecido em Mestre em 16.2.1979

No dia 16.2.1979, lá pelas 16:50 horas, dois indivíduos de sexo masculino, com o rosto descoberto, mas com barba e bigode postiços, entram num açougue dirigido por *Lino Sabbadin* em Caltana di Santa Maria di Sala perto de Mestre, e um destes, depois de ter-se certificado que aquele homem que era diante dele era o próprio *Sabbadin* em pessoa, extraiu fulmineamente (*sic*) uma pistola da uma bolsa que trazia consigo, e explodiu contra este dois golpes de pistola, fazendo-o cair pesantemente (*sic*) sobre o estrado atrás do balcão onde naquele momento estava trabalhando; imediatamente depois dispara outros dois tiros sobre o alvo que no mais é já a terra, e tudo com a clara intenção de matar.

Depois disto os dois saem rápidamente (*sic*) da loja e entram num carro guiado por um terceiro cúmplice, que se afasta a forte velocidade em direção do centro habitado de Caltana, para depois prosseguir em direção de Pianga.

O *Sabbadin* vem carregado agonizante numa ambulância, mas chega morto no Hospital de Mirano.

Ficou acertado que a vítima, no curso de uma rapina que foi feita ao interno do seu negócio em dezembro de 1978, tinha usado uma arma da qual era legítimamente em possesso (*sic*), ferindo a morte um dos assaltantes.

As investigações estabeleceram que os indivíduos de sexo masculino que entraram na loja do *Sabbadin* eram *Cessare Battisti* e *Diego Giacomini*, este último tinha aberto fogo com uma pistola semiautomática calibre 7,65 depois de ter perguntado ao comerciante se era ele o *Sabbadin* e depois de ter recebido uma resposta positiva.

Neste meio tempo, *Paola Filippi*, travestida com bigode e barba postiça e com os cabelos presos dentro de un (*sic*) boné, tinha ficado esperando num carro precedentemente roubado e que foi usado para a fuga.

Homicídio de Pierluigi Torregiani, acontecido em Milão em 16.2.1979

Às 15:00 horas de 16.2.1979, enquanto se dirigia para a sua loja, a pé, em companhia de seus dois filhos menores, *Pierluigi Torregiani* cai vítima de uma emboscada.

Dois jovens que o precedem, se giram improvisamente (*sic*) e disparam dois tiros na sua direção: o escudo anti-projétil que trazia consigo, diminuiu o impacto consentindo a sua defesa.

Vem novamente ferido, mas desta vez ao fêmur, e cai a terra. Dispara em direção de seus agressores, mas um projétil atinge o seu filho, ferindo-o gravemente; o joalheiro vem finalmente atingido na cabeça.

Vem transportado ao hospital onde chega morto.

O filho resterá (*sic*) paraplégico e será incapaz de caminhar.

Este homicídio foi cometido mais ou menos poucas horas antes daquele de *Lino Sabbadin* e, o *Torregiani* também, como o *Sabbadin*, em precedência tinha reagido com arma da fogo a uma rapina ao restaurante Transatlântico de Milão acontecido em 23.1.1979, no curso da qual um dos delinquentes morreu por causa dos tiros não de *Torregiani*, mas de um outro comensal que se incontrava (*sic*) no local.

A decisão de matar o *Torregiani* amadureceu juntamente com aquela de matar o *Sabbadin*: as duas ações homicidas foram decididas juntamente, executadas quase contemporâneamente (*sic*) e unitáriamente (*sic*) reivindicadas.

Para decidirem sobre os dois homicídios foram feitas uma série de reuniões na casa de *Pietro Mutti* e *Luigi Bergamin*, as quais o *Battisti* sempre partecipou (*sic*) e, todos foram de acordo sobre a oportunidade de tais ações criminais. Portanto *Battisti* se assumiu a função de executor material do homicidio de *Lino Sabbadin* mas teve função decisiva no homicidio *Torregiani*, mesmo se não partecipou (*sic*) materialmente a execução de tal crime. Ao contrário, súbito depois do homicidio de *Sabbadin*, *Battisti* procurou, como da precedente acordo, de contactar telefonicamente (*sic*) os autores materiais do homicídio *Torregiani* e, se como não conseguiu localizá-los, fez o telefonema de reinvindicação (*sic*), depois de ter sentido a notícia do assassinato de *Torregiani* pelo rádio.

Além disto, no curso das reuniões acima citadas na casa de *Mutti* e de *Bergamin*, *Battisti* reforçou muitas vezes a necessidade da inevitável ação homicida, deixando, na noite de 14.2.1979 a casa de *Bergamin*, onde estavam reunidos alguns tépidos discordantes deste projeto de duplo homicidio, que no mais era já de imediata realização, observando "que a operação a qual estavam trabalhando era já pronta e que teria partido para Pádova no dia seguinte".

Dito isto se afastou súbito depois.

Se faz presente que Pádova é localizada nas proximidades de Caltana di Santa Maria di Sala onde dois dias depois *Battisti* partecipou (*sic*) materialmente ao homicídio de *Lino Sabbadin*.

Em definitivo, o *Battisti*, seja enquanto partecipante (*sic*) da decisão colegial que diz respeito a ambos homicídios, seja enquanto executor material do homicídio *Sabbadin* e autor da única reinvidicação (*sic*) de ambas ações, foi condenado também por concurso no homicídio *Torregiani*.

Homicídio de Andrea Campagna, acontecido em Milão

Às 14:00 horas do dia 19.4.1979, o agente de Polícia de Estado *Andrea Campagna*, membro da *Digos* de Milão, com funções de motorista, depois de ter visitado a namorada junta a qual, como todos os dias, almoçava, se preparava em companhia de seu futuro sogro, para pegar o seu carro estacionado a via Modica, para depois acompanhá-lo na sua loja de sapatos de via Bari.

A este ponto, vinha improvisamente enfrentado por um jovem desconhecido, que, aparecendo de repente detrás de um carro estacionado ao lado do carro do policial, explodia contra ele, em rápida sucessão 5 tiros de pistola.

Lorenzo Manfredi, pai da namorada do *Campagna*, tentava de intevir (*sic*), mas o atirador lhe apontava a arma que ainda empunhava, apertando por duas vezes o grileto, sem que todavia partissem os tiros.

Súbito depois, o jovem desconhecido fugia em direção à cooperativa de via Modica, onde, em correspondência da curva que ali existe, entrava num carro Fiat 127 dirigido por um cúmplice; tal carro, depois de ter girado a esquerda em via Biella, se afastava em direção de via Ettore Ponti.

O *Campagna* vinham (*sic*) imediatamente socorrido, mas morria durante o transporte para o hospital.

Os acertamentos médico-legal dispostos (*sic*) sobre o cadáver do agente assassinado consentiram de esclarecer que a vítima foi atingida por cinco tiros, todos explodidos em rapidíssima sucessão da uma distância muito próxima, quando o *Campagna* ainda vivo girava verso (*sic*) o homicida a metade esquerda do corpo.

Como referido pelos familiares, o agente assassinado tinha aparecido de maneira muito nítida no curso de um serviço televisivo em ocasião da prisão de alguns dos autores do homicídio *Torregiani*, havendo o mesmo efetuado o transporte de tais presos da Questura ao cárcere de San Vittore.

A decisão de matar *Campagna* foi assumida, como emergeu (sic) do proseguimento (*sic*) das investigações, principalmente por *Battisti*, por *Claudio Lavazza*, *Pietro Mutti* e *Bergamin Luigi*, pois que o *Campagna* tinha partecipado (*sic*) a prisão de alguns presuntos autores do homicídio de *Torregiani*.

A iniciativa mais importante seja na escolha do objetivo, seja na fase successiva (*sic*) de preparação do atentado, foi assunta pelo mesmo *Battisti*, que controlou por um período os movimentos e hábitos do *Campagna*.

Além disto foi o próprio *Battisti* que cometeu materialmente o homicídio explodindo cinco tiros na direção do policial, enquanto uma segunda pessoa o esperava a bordo de um Fiat 127 roubado e utilizado para a fuga.

Crimes políticos, na lição de Hungria, são aqueles "dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais" (in *Comentários ao Código Penal*, v. I, p. 187).

A doutrina divide os crimes políticos em puros e relativos, estes compreendendo os crimes políticos complexos ou mistos e os crimes comuns conexos a crimes políticos.

Crimes políticos puros são aqueles perpetrados diretamente contra a ordem política do Estado, e.g., os crimes de traição e espionagem.

Já os crimes políticos complexos ou mistos ofendem tanto a ordem político-social como o direito comum.

Por fim, os crimes conexos aos crimes políticos que são os crimes comuns praticados com motivação política e para a consecução de um fim político.

Ao enfrentar o tema, esta Suprema Corte definiu os delitos políticos como aqueles cometidos contra as instituições políticas e sociais do Estado Democrático, atentando contra o regime político vigente e contra os órgãos componentes da estrutura estatal (RE 160.841/SP, Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 22-9-1995; Ext 347, Min. Djaci Falcão, *DJ* de 9-6-1978; e Ext 794/República do Paraguai, Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 24-5-2002).

Entendo que os fatos imputados ao extraditando, ao contrário do que pretende a defesa, não se caracterizam como crimes políticos, ainda que na modalidade de delitos políticos relativos.

Segundo João Marcello de Araújo Júnior:

> Os crimes políticos relativos caracterizam-se pela motivação e pelo objetivo político do autor, porém são praticados através da violência, no contexto de uma guerra civil, de uma revolução ou de um movimento de libertação nacional. *Caso a violência não atinja a pessoas inocentes, nem os fatos constituam, principalmente, uma infração penal comum, o entendimento dominante é no sentido de que em relação a eles, também, não deva ser deferida a extradição. Entretanto, se a ação violenta for dirigida contra terceiros não envolvidos no conflito (inocentes) ou os fatos constitutivos da infração caracterizarem, fundamentalmente, um crime comum, o delito perderá a sua conotação política principal e, por isso, a extradição deverá ser concedida.*
> (In *Revista Forense*, v. 326, p. 69.) (Grifou-se.)

Esta é justamente a hipótese dos autos.

O extraditando foi condenado pelos homicídios perpetrados contra *Antonio Santoro*, *Pierluigi Torregiani*, *Lino Sabbadin* e *Andrea Campagna*. Tais crimes não foram cometidos "no contexto de uma guerra civil, de uma revolução", ou, durante uma manifestação política. Ao contrário, pelo que consta dos autos, os homicídios foram praticados de forma premeditada e contra pessoas inocentes, cabendo ressaltar, que *Lino Sabbadin* era açougueiro e *Pierluigi Torregiani* era joalheiro.

No julgamento da Ext 694/Itália, o Supremo Tribunal Federal, ao negar o pedido extradicional, deixou claro que não se pode considerar de natureza política os delitos imputados ao extraditando, quando praticados contra a vida ou à

incolumidade física das pessoas. Transcrevo a ementa do referido julgado, de relatoria do eminente Ministro Sydney Sanches:

> *Extradição executória de penas. Prescrição. Crimes políticos: critério da preponderância.* 1. O extraditando foi condenado pela Justiça italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão: a) – a primeira, de 1 ano, 8 meses e 20 dias; b) – a segunda, de 5 anos e 6 meses; e c) – a terceira, de 6 anos e 10 meses. 2. Quanto à primeira, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com a lei brasileira. E até a prescrição da pretensão executória da pena, seja pela lei brasileira, seja pela italiana. 3. No que concerne às duas outras, não se consumou qualquer espécie de prescrição, por uma ou outra leis. 4. Mas, *já na primeira condenação, atingida pela prescrição, ficara evidenciado o caráter político dos delitos, consistentes em explosões realizadas na via pública, para assustar adversários políticos, nas proximidades das sedes de suas entidades,* **sem danos pessoais***, porque realizadas de madrugada, em local desabitado e não frequentado, na ocasião, por qualquer pessoa, fatos ocorridos em 1974.* 5. A segunda condenação imposta ao extraditando foi, também, por crime político, consistente em participação simples em bando armado, de roubo de armas contra empresa que as comercializava, de roubo de armas e de dinheiro, contra entidade bancária, fatos ocorridos em 12-10-1978. Tudo, "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do estado, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática". *Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou à incolumidade física das pessoas*. E o texto é omisso quanto às condutas que justificaram a condenação dos demais agentes, de sorte que não se pode aferir quais foram os fatos globalmente considerados. E não há dúvida de que se tratava de insubmissão à ordem econômica e social do Estado italiano, por razões políticas, inspiradas na militância do paciente e de seu grupo. Trata-se, pois, também, nesse caso, de crime político, hipótese em que a concessão da extradição está expressamente afastada pelo inciso LII do art. 5º da Constituição Federal, *verbis*: "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião." 6. Na terceira condenação – por roubo contra Banco, agravado pelo uso de armas e pluralidade de agentes – o julgado não diz que o delito tenha sido praticado "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano", como ocorreu na 2ª condenação. Não há dúvida, porém, de que os fatos resultaram de um mesmo contexto de militância política, ocorridos que foram poucos meses antes, ou seja, "em época anterior e próxima a 09.02.1978", envolvendo, inclusive, alguns agentes do mesmo grupo. 7. *Igualmente nesse caso (3ª condenação), não se apontam, com relação ao paciente, fatos concretos característicos de prática de terrorismo, ou de atentados contra a vida ou a liberdade das pessoas.* 8. Diante de todas essas circunstâncias, não é o caso de o STF valer-se do § 3º do art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, para, mesmo admitindo tratar-se de crimes políticos, deferir a extradição. 9. O parágrafo 1º desse mesmo artigo (77) também não justifica, no caso, esse deferimento, pois é evidente a preponderância do caráter político dos delitos, em relação aos crimes comuns. 10. E a Corte tem levado em conta o critério da preponderância para afastar a extradição, ou seja, nos crimes preponderantemente políticos (*RTJ* 108/18; Ext 412, *DJ* de 8-3-1985; e *RTJ* 132/62). 11. Com maior razão, hão de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos,

> os praticados pelo extraditando, de muito menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade. 12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, seja pela italiana, no que concerne à primeira condenação (1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão) e caracterizados crimes políticos, quanto às duas outras, o pedido de extradição, nas circunstâncias do caso, não comporta deferimento. 13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime.
> (Grifou-se.)

Mesmo considerando a atividade política do extraditando – que pertencia a um grupo extremista –, há nas condutas imputadas no pedido extradicional evidente preponderância das infrações penais comuns, o que afasta a alegação de crime político.

O fato do extraditando ter pertencido ao grupo extremista "Proletários Armados para o Comunismo", que tinha como objetivo político "subverter a ordem do Estado, para que o proletariado tomasse o poder", não é capaz, só por si, de transformar todas as eventuais ações criminosas por ele praticadas em delitos políticos.

A participação em movimentos políticos insurrecionais não pode servir de escudo para evitar a aplicação da lei penal, mormente, quando da prática de crimes graves contra pessoas inocentes.

Dos autos do presente pedido extradicional, não se extrai nenhum caráter político dos quatro homicídios imputados ao extraditando, nem que este tenha sido condenado em razão de suas opiniões políticas.

Registro, neste ponto, a precisa lição do eminente Ministro Fracisco Rezek:

> (...) o que jaz por trás desta expressão "crime de natureza política", o que nos deve guiar em decisões dessa natureza, é a consideração do intento do Estado requerente. Está esse Estado visando a aplicar a justiça criminal no seu aspecto ordinário ou não? Em caso de resposta negativa, o elemento político impede a extradição; em caso de resposta afirmativa, concedê-la-emos.
> (*RTJ* 108/26-27.)

No caso concreto, os documentos acostados aos autos não permitem concluir que a República Italiana pretenda se valer do presente pedido de extradição para perseguir politicamente o extraditando.

O extraditando foi julgado pela Corte de Assise de Milão (juízo natural para a causa), tendo a sentença condenatória de 13 de dezembro de 1988 sido confirmada em segundo grau pelas decisões da Corte de Assise de Apelação de Milão, proferidas em 16 de fevereiro de 1990 e 31 de março de 1993. Os julgamentos se deram perante tribunais ordinários, previamente constituídos e competentes, o que afasta, por completo, a possibilidade de julgamento por tribunal de exceção.

Vale mencionar, outrossim, que, nesta época, a Itália não estava vivendo um regime ditatorial e, portanto, havia o regular funcionamento de suas instituições.

Após a queda do regime fascista e o final da Segunda Guerra Mundial, foi instaurado na Itália o regime republicano, por meio do referendo de 2 de junho de 1946, tendo, nesta mesma data, sido eleita a Assembleia Constituinte, responsável pela Constituição de 1º de janeiro de 1948. Portanto, desde 1948 a Itália é uma República democrática, com instituições regularmente constituídas.

A tramitação do processo criminal instaurado contra o extraditando levou vários anos e atravessou diversos governos, todos democraticamente eleitos.

Não há nos autos nenhuma prova de parcialidade dos tribunais responsáveis pelo julgamento do extraditando, sendo oportuno destacar que suas alegações no sentido de que não teve direito a um processo justo, por ter sido condenado à revelia, sem ter tido a oportunidade de apresentar de maneira eficaz sua defesa, foram rechaçadas pela Justiça francesa, por ocasião do julgamento de seu pedido de extradição, assim como não foram acolhidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos (fls. 2523/2533).

De fato, o Governo italiano requereu a extradição de *Cesare Battisti* ao Governo francês pelos mesmos homicídios descritos no presente feito, tendo sido o pedido deferido pelo Tribunal de Recursos de Paris e confirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Estado da França (fls. 2442/2514).

Inconformado com as decisões das três instâncias da Justiça francesa, o extraditando interpôs recurso perante a Corte Europeia de Direitos Humanos em 3 de agosto de 2005, alegando, em síntese, que não teve direito a um processo justo na Justiça italiana. Tal apelo, no entanto, foi rejeitado, por unanimidade, pela Corte Europeia, em 12 de dezembro de 2006 (fls. 2516/2533).

Observo que a República Italiana requereu a extradição de *Cesare Battisti* ao Governo francês por duas vezes, sendo que o primeiro pedido foi apresentado em 1991 e somente recebeu parecer desfavorável, porque não poderia ser deferido com base em mandados de prisão expedidos em 1982 e 1983, quando, após estes, foram proferidas decisões condenatórias contra o extraditando (fl. 2525).

O que se constata, portanto, não é uma perseguição política ao extraditando pelo Governo italiano, mas, sim, o legítimo exercício do seu direito de executar a pena imposta a um criminoso foragido, da qual este tenta escapar há mais de 20 anos.

Para acolher as alegações da defesa, teríamos que acreditar na existência de um verdadeiro complô internacional contra o extraditando, com o envolvimento não só dos Governos da Itália e da França mas dos sistemas judiciários dos dois países e da própria Corte Europeia de Direitos Humanos, o que, convenhamos, não se revela plausível, nem encontra amparo no conjunto probatório dos autos.

Da leitura dos julgamentos realizados pela Justiça francesa e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, constata-se que o extraditando, em momento algum, nas razões de seus recursos, alegou ter sofrido perseguição, em razão de suas opiniões políticas, pela Itália.

Após fugir da prisão na Itália, o extraditando morou por nove anos no México e por quatorze anos na França, sendo que não consta dos autos que tenha pedido asilo ou refúgio a esses países por motivo de perseguição política.

Mesmo ao chegar ao Brasil, em setembro de 2004 (fl. 3076), o extraditando não requereu refúgio político, permanecendo de forma clandestina e irregular no País até o momento de sua prisão para fim de extradição decretada pelo Supremo Tribunal Federal e efetivada em março de 2007.

Portanto, da análise dos autos, conclui-se que o "fundado temor de perseguição política" somente surgiu para o extraditando, **27 anos** após sua fuga do presídio de Frosinone, na Itália, quando veio, então, requerer o reconhecimento da condição de refugiado ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), em 27 de junho de 2008.

Ora, se o extraditando temia estar sendo perseguido por suas opiniões políticas pela Itália, por que razão não solicitou asilo ou refúgio político no México e na França? Por que não requereu ao Governo brasileiro o reconhecimento da sua condição de refugiado por ocasião de sua entrada no País em 2004, deixando para fazê-lo somente em junho de 2008, no curso do processo de extradição, pelo qual estava preso desde março de 2007?

Repise-se, que em nenhum dos recursos apresentados perante a Justiça francesa e a Corte Europeia de Direitos Humanos, o extraditando alegou que suas condenações foram fruto de perseguição política por parte da República Italiana. A principal alegação do extraditando para tentar obstar o pedido de extradição feito pelo Governo italiano ao Governo francês foi a de que não teve direito a um processo justo, por ter sido julgado à revelia.

Tal argumento foi repelido em todas as instâncias da Justiça francesa e pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

O julgamento à revelia não impede o exercício do direito de defesa, nem implica em supressão do devido processo legal.

O fato do extraditando ter sido condenado à revelia não impede, só por si, o deferimento da extradição.

Aliás, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que "a decretação da revelia do extraditando, por órgão competente do Estado requerente, não constitui, só por si, motivo bastante para justificar a recusa de extradição. O fato de o extraditando haver sido julgado *in absentia* por seu juiz natural, em processo no qual lhe foram asseguradas as garantias básicas que assistem a qualquer acusado, não atua como causa obstativa do deferimento do pedido extradicional" (Ext 917/França – Rel. Min. Celso de Mello – *DJ* de 11-11-2005).

No caso concreto, o extraditando foi julgado à revelia por estar foragido da Justiça italiana, eis que fugiu da penitenciária Frosinone em 5 de outubro de 1981.

Por outro lado, consta dos autos que o extraditando, mesmo foragido, constituiu, por meio de duas cartas manuscritas, em 10 de maio e 12 de julho de 1982,

dois advogados para defendê-lo nos processo em curso na Justiça italiana, tendo ainda em fevereiro de 1990, por meio de carta datilografada e assinada, confirmado a escolha de advogado como seu defensor, outorgando-lhe procuração para apresentar recurso em seu favor.

Desse modo, constata-se que, apesar de revel, o extraditando foi defendido por dois advogados por ele indicados, tendo, assim, seus direitos básicos de defesa assegurados.

As alegações de negativa de autoria dos delitos, de fragilidade probatória e de eventual falsidade das procurações outorgadas ultrapassam os limites do juízo de delibação típico do processo extradicional que, pelo sistema belga ao qual se filia o brasileiro, impede o exame da procedência das acusações que pesam sobre o extraditando, inviabilizando a apreciação dos fatos e dos fundamentos embasadores das acusações e do mérito das sentenças que sustentam o pedido de extradição (Ext 703, Min. Sepúlveda Pertence, e Ext 762, Min. Moreira Alves).

Destarte, após analisar detidamente todo o acervo probatório dos autos, constato que o extraditando não foi julgado por tribunal de exceção, mas, sim, por Tribunais regular e previamente constituídos, quais sejam, a Corte da Assise de Milão e a Corte de Assise de Apelação de Milão. A Itália não vivia período de ditadura à época dos julgamentos, pois se consolidou como um Estado Democrático de Direito, desde a Constituição de 1948. Não há nenhuma prova no sentido de que não se tenha observado a imparcialidade nos julgamentos ou os direitos básicos de defesa do extraditando. A alegação do extraditando de que não teve direito a um processo justo foi analisada e rejeitada pela Justiça francesa – quando do julgamento do pedido de extradição formulado pela República Italiana ao Governo francês – e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O extraditando não solicitou asilo ou refúgio político no México (onde morou por nove anos) ou na França (onde viveu por quatorze anos), vindo a requerê-lo somente no Brasil, mais de três anos após seu ingresso no País e quando já se encontrava preso em razão do presente processo de extradição.

Assim, ao meu sentir, com a devida vênia, não há respaldo nos autos para sustentar a alegação de que haveria, por parte do extraditando, um fundado temor de perseguição por motivo político, o que afasta, portanto, a hipótese de concessão de refúgio, com base no art. 1º, I, da Lei 9.474/1997.

Essa também foi a conclusão do Conare ao apreciar o pedido de refúgio formulado pelo extraditando:

> (...) não há que se falar na existência de nexo causal entre a perseguição alegada e a solicitação de refúgio. Se for feita uma análise real da situação do Senhor Cesare Battisti, verifica-se que o mesmo foge da condenação desde 1981 quando escapou das prisões italianas.
>
> O ora solicitante também foi procurado pelo Governo italiano, em território francês, em 1991, em 2003 e agora no Brasil, sempre pelos mesmos crimes e por vários Governos.

> Assim, não há como enquadrar o pedido nos preceitos de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474/97, eis que não se vislumbra a existência de fundado temor de perseguição pelos motivos ali elencados, assim como não há que se falar em generalizada violação de direitos humanos na Itália.
> (Fl. 3077.)

Outra questão, que no meu entendimento, veda o reconhecimento da condição de refugiado do extraditando é a sua condenação pela prática de homicídios qualificados.

Ao menos em relação aos homicídios de *Antonio Santoro* e *Pierluigi Torregiani*, consta da Nota Verbal, expressamente (fls. 121 e 68), que os crimes foram cometidos de emboscada, o que, de acordo com o nosso Código Penal, configura forma qualificada de homicídio (art. 121, § 2º, IV).

Como é cediço, o homicídio qualificado é considerado crime hediondo, nos termos do disposto no art. 1º, I, da Lei 8.072/1990.

Ora, o art. 3º, III, da Lei 9.474/1997 veda o reconhecimento da condição de refugiado ao indivíduo que tenha cometido crime hediondo, *verbis*:

> Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:
> (...)
> III – tenham cometido crime contra a paz, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

Tal vedação se justifica diante do caráter eminentemente humanitário do instituto do refúgio que visa, precipuamente, a proteção de pessoas pacíficas que estejam sofrendo perseguição.

O reconhecimento da condição de refugiado de indivíduo condenado pela prática de crime qualificado como hediondo, como no caso em tela, desvirtua a natureza do refúgio e garante impunidade ao criminoso comum.

A concessão do refúgio deve observar, de forma criteriosa, não só os requisitos legais mas, primordialmente, a essência humanitária e o escopo do instituto, que busca proteger o indivíduo de índole pacífica que esteja sendo perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, sob pena de beneficiar o criminoso comum, que pretende escapar da aplicação da lei.

Desse modo, pelos motivos expostos, entendo que o extraditando não faz jus ao *status* de refugiado, afastando, assim, eventual óbice ao prosseguimento do pedido de extradição formulado pela República Italiana.

Passo a analisar o pedido extradicional.

Inicialmente, alega a defesa do extraditando, em preliminar, o vício de forma dos documentos apresentados pelo Estado requerente. Argumenta que as sentenças acostadas não estão na íntegra, bem como que as respectivas traduções não coincidem com os textos da língua italiana, além de não terem sido feitas por tradutor juramentado no Brasil.

Não merece acolhida a preliminar suscitada pela defesa.

O pedido extradicional atende aos requisitos do art. 80 da Lei 6.815/1980, trazendo cópia da sentença condenatória e documentos que indicam, de modo preciso, os locais, as datas, a natureza, as circunstâncias dos delitos e a identidade do extraditando, além de textos legais sobre os crimes, as penas e a prescrição.

A Lei 6.815/1980 não exige cópia integral da sentença condenatória, eis que faculta ao Estado requerente a juntada de simples certidão (art. 80).

Ademais, os documentos mencionados no art. 80 visam instruir o processo de extradição e possibilitar o exame da legalidade do pedido, mormente quanto à competência jurisdicional do Estado requerente em relação aos crimes imputados ao extraditando, assim como a existência de sentença condenatória definitiva ou de prisão, devidamente autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente (art. 78, I e II, da Lei 6.815/1980).

Tais formalidades foram devidamente cumpridas pela República Italiana.

Quanto à alegação de falhas na tradução, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme "no sentido de que a deficiência na tradução, desde que permita a compreensão do pedido extradicional e autorize a percepção do conteúdo das peças documentais que o instruem, não se qualifica como obstáculo ao acolhimento da postulação deduzido pelo Estado requerente" (Ext 822/Itália, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 28-3-2003).

Por fim, na dicção do art. 80, § 1º, da Lei 6.815/1980, o fato da tradução não ter sido feita por tradutor juramentado no Brasil, não retira a autenticidade dos documentos, eis que o pedido extradicional foi encaminhado por via diplomática.

Pretende, ainda, a defesa discutir a prova que teria embasado a condenação do extraditando. Tal pretensão se mostra de todo inviável, visto que, diante do sistema de delibação adotado pelo Brasil, não cabe ao Supremo Tribunal Federal reexaminar o mérito da causa ou emitir juízo acerca de eventuais vícios que tenham maculado o processo no Estado requerente.

Em respeito à soberania da Justiça do Estado requerente, não cabe ao Supremo Tribunal Federal atuar como instância recursal para revisar a sentença condenatória imposta pela Justiça italiana ao extraditando.

Com efeito, a jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que "o Supremo Tribunal Federal, no sistema de contenciosidade limitada adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, não dispõe de poderes para proceder, em sede de extradição passiva, a qualquer tipo de indagação probatória destinada a demonstrar a improcedência da acusação penal ou a constatar eventual injustiça da condenação criminal emanadas de autoridades competentes do Estado estrangeiro que formulou o pedido extradicional" (Ext 678/Itália, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 6-9-1996).

No mesmo sentido, me permito colacionar os seguintes acórdãos:

> Extradição. Governo da Itália. Presença dos requisitos do art. 80 da Lei 6.815/1980 e do art. XI, 1 e 2, do Tratado de Extradição firmado entre a Itália e o Brasil em 17-10-1989. Alegações da defesa repelidas. O fato de o extraditando estar respondendo a processos no Brasil não é causa impeditiva da extradição, apenas

tendo o condão de diferir o prazo de sua entrega ao país requerente, ressalvada a hipótese do art. 67 da Lei 6.815/1980. A negativa da prática dos crimes ultrapassa os limites do juízo de delibação típico do processo extradicional, nos termos do sistema belga ao qual se filia o brasileiro, impedindo o exame da procedência das acusações e do mérito das sentenças que sustentam o pedido (Precedentes: Ext 703 e Ext 762). Correspondência dos crimes verificada. Ocorrência da prescrição, pela legislação brasileira, quanto ao crime de homicídio culposo constante da Sentença 1. Exclusão do crime de porte ilegal de arma de fogo (considerado, pela nossa legislação, na época dos fatos, como simples contravenção) e do crime de posse de munições (anistiado) constantes da Sentença 3. Exclusão do crime de disparo de arma de fogo (anistiado) e do crime de posse e porte ilegal de armas (simples contravenção na época), incluídos na Sentença 4. Quanto aos demais crimes previstos nas Sentenças 2, 3, 4, 5 e 6, não se consumou a prescrição, tanto pela legislação brasileira quanto pela italiana. Pedido deferido parcialmente para excluir o crime de homicídio culposo da Sentença 1, os crimes de detenção e porte ilegais de armas e posse de munições, previstos na Sentença 3 e os crimes de disparo de arma de fogo e de posse e porte ilegal de armas, objeto da Sentença 4. Observância do disposto no art. 89, *caput*, da referida lei e no art. XV do aludido tratado, tendo em vista as penas objeto de cumprimento perante a Vara de Execuções Penais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, tendo sido concedido ao extraditando livramento condicional até 18-2-2003.
(Ext 774/Itália, minha relatoria, *DJ* de 14-12-2001.)

I – Extradição: no sistema belga – ao qual filiada a lei extradicional brasileira, não afetada pelo Tratado com a Itália – o papel da autoridade judiciária do Estado requerido se limita a um juízo de legalidade extrínseca do pedido, sem penetrar no exame de mérito sobre a procedência, à luz das provas, da acusação formulada no Estado requerente contra o extraditando: a rara e eventual delibação acerca da substância da imputação faz-se na estrita necessidade de decisão de questões como as da dúplice incriminação, da qualificação política do crime ou da prescrição, sempre, porém, a partir da versão de fatos acolhidos, no Estado requerente, conforme a peça de acusação ou a decisão judicial que suportar o pedido. II – Extradição: delitos de associação criminosa: desnecessidade de individualização da conduta do extraditando nos crimes atribuídos ao bando, na medida em que não se visa à persecução do extraditando a título de autoria ou coautoria deles.
(Ext 703/Itália, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 20-2-1998.)

Extradição instrutória – Tráfico internacional de entorpecentes – Pressupostos de extraditabilidade atendidos – Condições legais preenchidas – Aplicação extraterritorial da lei penal austríaca aos fatos ensejadores da extradição (importação de cocaína da Colômbia para o Brasil, com o objetivo de introduzi-la em território austríaco) – Possibilidade – Incidência, no caso, do princípio da personalidade ativa (a nacionalidade austríaca do extraditando como elemento de conexão) – Ausência, no Brasil, de procedimento de persecução penal instaurado, contra o extraditando, em razão dos mesmos fatos – Afastamento, em tal hipótese, do caráter prevalente da jurisdição penal brasileira – Consequente inexistência de concurso de jurisdições penais entre o Brasil e a Áustria – Viabilidade de acolhimento, em tal situação, do pleito extradicional – Convenção única de Nova York, na versão do protocolo de revisão de Genebra (1972) – Legitimidade de sua invocação pelo Estado austríaco – Princípio da Justiça universal – A necessidade de efetiva cooperação internacional

na repressão ao crime de tráfico de entorpecentes – Modelo extradicional vigente no Brasil – Sistema de contenciosidade limitada – Impossibilidade de revisão ou de reapreciação do mérito da acusação penal ou da condenação criminal emanadas do Estado estrangeiro – Extradição deferida.
(Ext 658/Áustria, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* 216.)

A condenação do extraditando à revelia pelo Estado requerente, como já ressaltado, não impede, só por si, a extradição. Aliás, o próprio Tratado bilateral dispõe, em seu art. V, *a*, que tal circunstância não constitui motivo para recusa do pedido extradicional.

A alegação de que o extraditando teria cometido crime político foi devidamente analisada no início do voto, motivo pelo qual deixo de repetir os argumentos utilizados para afastá-la.

Não houve prescrição dos delitos, como bem observou o ilustre Procurador-Geral da República no parecer de fls. 2318/2331, do qual extraio o seguinte trecho:

> Ao se examinar a pena aplicada e a prescrição a ela correspondente verifica-se que ainda não ocorreu a extinção da punibilidade. Conforme mencionado, o extraditando foi condenado à prisão perpétua, tendo as decisões condenatórias transitado em julgado em 08 de abril de 1991 e 10 de abril de 1993 (fls. 03). De acordo com a lei italiana, a prescrição não extingue os crimes para os quais a lei prevê a pena de prisão perpétua, mesmo como efeito da aplicação de circunstâncias agravantes (fls. 96). Por outro lado, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, pelo fato de não ser admissível a pena de prisão perpétua, há que se analisar a prescrição da pretensão executória com base na pena máxima possível de ser aplicada, qual seja, 30 anos. Nos termos do art. 109, I, do Código Penal, tal pena é extinta em 20 (vinte) anos, o que somente ocorreria em 2011 e 2013.
> (Fl. 2323.)

O requisito da dupla tipicidade também restou atendido, eis que a tipificação do homicídio no art. 575 do Código Penal italiano (fl. 83) corresponde ao art. 121 do Código Penal brasileiro.

Por fim, considerando que o extraditando foi condenado à pena de prisão perpétua, deve ser aplicada a jurisprudência desta Corte no sentido de que "a extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, *b,* da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira" (Ext 855/Chile, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1-7-2005.)

Deste modo, faz-se necessário que a República Italiana assuma, formalmente, o compromisso de comutar a pena de prisão perpétua imposta ao

extraditando por pena privativa de liberdade não superior a trinta anos de reclusão, nos termos do art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal.

Além disso, deve igualmente o Estado requerente assumir o compromisso de computar o tempo de prisão cumprido pelo extraditando por força da custódia cautelar decretada no presente pedido extradicional, consoante o disposto no art. 91, II, da Lei 6.815/1980 e no art. IX do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália.

Ante o exposto, voto no sentido de **deferir** o pedido de extradição, com a exigência de comutação da pena de prisão perpétua por pena privativa de liberdade não superior a trinta anos, bem como assegurada a detração do tempo que o extraditando permaneceu preso preventivamente no Brasil.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, em primeiro lugar, consigno que vou me manifestar sobre a matéria prejudicial, tendo em conta o que deliberado pela sempre ilustrada maioria, ou seja, que o meio próprio não seria o mandado de segurança, mas, sim, como preconizado no voto do Relator, a própria extradição.

Faço essa observação para evitar a atividade dos que aponto como maledicentes e que, posteriormente, invocam, empolgam precedente que não se revela, realmente, do integrante da Corte.

Presidente, por mais douta que seja a óptica prevalecente, não estou convencido do acerto do que assentado pelo Plenário. É bom que isso fique bem estampado no voto, para efeito de documentação.

Presidente, começo por considerar – e já adianto que ficarei nessa matéria e que pedirei vista quanto às demais causas de pedir, já que o Ministro Relator prolatou um voto muito longo – e todos sabemos ser ele um juiz de carreira –, e leu muito rápido, o que não permitiu acompanhamento maior por nós outros.

Começo por ressaltar a natureza do ato. O ato de refúgio se coloca dentro do grande âmbito que pode ser rotulado como política institucional internacional, e esta incumbe, como previsto na Carta Federal, ao Presidente da República, ao Chefe do Poder Executivo, ao dignitário da Nação, ao Chefe de Estado e Chefe de Governo. A atividade do Ministro de Estado se faz considerada a qualificação de auxiliar do Presidente da República.

É um ato político – político, Presidente, não no sentido da politicagem, mas político no bom sentido – que não é passível de ser perquirido na extensão dos demais atos, presente o conceito de direito subjetivo. É um ato que pode, sim, ser objeto – como já se pronunciou o Supremo em outras situações – de análise, mas no campo da exceção. Não há abrangência maior para a análise.

Digo que ocorre a bilateralidade. O que estou afirmando está ligado não só àquele que se mostraria – no caso de uma decisão negativa quanto ao refúgio –

interessado nesse refúgio, como também na espécie, ao Governo requerente da extradição.

Não vejo a possibilidade de – diante de uma decisão pela improcedência do recurso interposto para o Ministro de Estado contra o pronunciamento do Conare – o estrangeiro vir a Juízo e questionar, na extensão plena, o acerto ou o desacerto desse ato. Tudo deverá ocorrer tendo em conta o campo do denominado desvio de finalidade. É saber se o Ministro, deferindo ou indeferindo o refúgio, extravasou o razoável, o que se espera, presente – sem afastamento, portanto – o implemento da política.

Isso também se verifica, Presidente – aqui me refiro a dados que vieram com o abalizado memorial confeccionado pelo Escritório Luis Roberto Barroso em prol do extraditando –, por exemplo, quando o Poder Legislativo julga o Presidente da República considerado o crime de responsabilidade. De início, esse ato não é passível de perquirição maior pelo Judiciário. No entanto, se houver a demonstração de desvio de finalidade, poderá ocorrer o controle jurisdicional. Assim decidiu o Tribunal no julgamento do MS 23.689/DF, tendo funcionado como Relator aquele que entrou no Tribunal de braços dados comigo – mas não saímos do Tribunal de braços dados –, o Ministro Carlos Velloso. Tomamos posse juntos no dia 13 de junho de 1990, dia de Santo Antônio.

Presidente, há outra situação jurídica que pode ensejar o controle jurisdicional, a envolver a denominada quebra de decoro pelo parlamentar. Não se pode perquirir o fundo, como não se pode perquirir o fundo quanto ao reconhecimento do *status* de refugiado, mas é dado estabelecer se o ato de cassação do parlamentar por quebra de decoro se fez, ou não, à luz do ordenamento jurídico, já que o Congresso Nacional também está submetido ao arcabouço normativo, principalmente ao arcabouço normativo constitucional.

Há, ainda, uma outra situação, Presidente – e estou curioso para ver posteriormente qual será o enfoque do Plenário –, que diz respeito à substituição do regime anterior para ter-se a persecução criminal quanto a parlamentares, deputados e senadores. Anteriormente se exigia a licença da Casa Legislativa. Agora prevê o texto constitucional – ante emenda, ante alteração do teor primitivo – que o Legislativo pode deliberar quanto à suspensão da tramitação do processo no Supremo. É matéria que fica aberta.

Presidente, ressaltei que não podemos mergulhar fundo para, a partir de até mesmo uma concepção quanto aos elementos fáticos envolvidos, dizer se, no caso, há, ou não, a legitimidade do ato praticado. O que nos cabe, sob pena de nos substituirmos ao Executivo, é tão somente perquirir, indagar, questionar se restou configurado, ou não, o desvio de conduta, que, em relação a uma autoridade da gradação do Ministro de Estado da Justiça, não se presume, deve ser devidamente comprovado.

Quais foram as premissas do Ministro de Estado da Justiça? Colho esses dados, repito, do elogiável memorial "da defesa", e não "de defesa", porque

o Governo requerido também exerce defesa. Em primeiro lugar, asseverou o Ministro de Estado:

> a) A Itália é um Estado democrático de direito que precisou reagir a um conjunto de movimentos políticos, ações armadas e mobilizações sociais que pretendiam, mediante o emprego de ações violentas [e aqui o Ministro Carlos Ayres Britto fez alusão ao engajamento em um movimento dito comunista, um movimento armado], a instalação de um novo regime político-social (itens 12 e 13).

Certamente, o Ministro de Estado – Tarso Genro – teve presente que o título condenatório encerra o abandono do princípio unitário, ressaltado por Disraeli, o abandono, portanto, do princípio da conglobação. Teve presente que se cuidou, até mesmo, apontando-se o elo entre as práticas delituosas, envolvida a subversão, da unidade de desígnios – tanto assim que se apanhou uma condenação pretérita, considerada a subversão – e, ante o entrelaçamento das ações constantes do título condenatório, chegou-se a uma pena total, à pena de prisão perpétua. Parece – e isso quero, depois, refletir um pouco mais – que o Supremo está entendendo viável, mesmo presente a necessidade de se ter assimetria, essa espécie de junção de penas constantes de títulos diversos. Mas é matéria que vou refletir a respeito.

Assentou o Ministro de Estado da Justiça:

> Ao reagir à atuação das organizações revolucionárias [e é estreme de dúvidas que houve, realmente, esse momento extravagante na Itália, em duas décadas, penso], durante os "anos de chumbo", o Estado italiano editou legislação de exceção, que reduziu as prerrogativas de defesa dos acusados de subversão e/ou ações violentas (item 14).

Há notícias de prisões que se projetaram no tempo, para depois, até mesmo, proceder-se à liberação dos custodiados.

Outro item:

> Situações de extrema tensão social e política, como as vividas pela Itália, levam ao funcionamento de aparatos ilegais e/ou paralelos ao Estado [como nós tivemos aqui no Brasil, considerada até aquela Operação Condor, envolvendo militares brasileiros, argentinos e uruguaios], comandados por justiceiros "de fato", configurando, por vezes, forte crise de legalidade (item 15) ou justiçamento.
>
> É público e notório que os mecanismos de funcionamento da exceção operaram, na Itália, também fora das regras da própria excepcionalidade prevista em lei (item 17).
>
> Determinadas medidas adotadas pela Itália nos "anos de chumbo" [essa nomenclatura se mostrou, à época, consagrada] ressoam ainda hoje nas organizações internacionais [assentou o Ministro de Estado da Justiça] que lidam com direitos humanos, como se verifica do relatório da Anistia Internacional e do Comitê Europeu para Prevenção da Tortura (item 20).

Não estou aqui a dizer que teria a Itália voltado à época da Inquisição. Não é isso. Não faço essa injustiça com o Estado-irmão, com o País-irmão que é a Itália.

Prossegue o ato do Ministro de Estado da Justiça nas premissas que conduziram ao reconhecimento do *status* de refugiado:

> Diversos países, inclusive não europeus, levando em conta os fatores referidos anteriormente, recusaram a extradição de ativistas italianos e/ou os abrigaram em seus territórios (item 20).

Há notas de rodapé envolvendo o Reino Unido, o Japão e a Nicarágua.

E continua:

> Outros evadidos da Itália por motivos políticos vinculados à situação do país na década de 70 e início dos anos 80 não foram extraditados pelo Supremo Tribunal Federal (item 21).

Aqui tivemos situações concretas em que também havia o denominado crime de sangue, o resultado morte, ou seja, o que se aponta como homicídio.

Prossegue:

> As acusações feitas contra o requerente fundamentaram-se, precipuamente, [registre-se a honestidade intelectual de Sua Excelência] em uma testemunha de acusação implicada pelos próprios fatos delituosos (...)

Há aqui matéria para ser apreciada porque, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a palavra do corréu não conduz à condenação do acusado:

> (...) qual seja, o delator premiado – Pietro Mutti.

Às vezes é muito fácil transferir-se a culpa a terceiro que não se encontra, inclusive, no país em que implementada a persecução criminal.

> j) A despeito da alegação [prosseguiu o Ministro de Estado da Justiça] de que as acusações ao requerente dizem respeito à violação da lei comum, é de se notar que [aí vem um trecho importantíssimo] a própria decisão sobre os homicídios afirma ter agido ele com a finalidade [o entrelaçamento que levou ao abandono do critério unitário, a ter-se uma pena global para todos os delitos ligados às mortes e também aos atos de subversão, agindo ele com a finalidade (está entre aspas porque consta do título condenatório)] de subverter a ordem do Estado, subverter as instituições e a fazer com que o proletariado tomasse o poder [a visão, hoje, sabidamente míope da ideologia comunista] e produzir subversão violenta do sistema econômico e social do próprio país (itens 8 e 26).

São trechos criados pelo Ministro de Estado da Justiça? A resposta é desenganadamente negativa. E Sua Excelência é um jurista consagrado na minha área de origem, a Justiça do Trabalho.

(...) e produzir "subversão violenta do sistema econômico e social do próprio país" (itens 8 e 26).

k) É fato irrefutável a participação política do requerente, o seu envolvimento político insurreicional e a pretensão de instituir um poder soberano "fora do ordenamento" – ou fora da situação reinante. A natureza política da atuação do requerente é confirmada por carta [talvez um irresponsável, mas não endosso esse enquadramento] do ex-Primeiro Ministro e ex-Presidente Francesco Cossiga.

Presidente, prossegue o Ministro de Estado da Justiça e aponta que:

l) O requerente esteve abrigado em solo francês durante o Governo de François Miterrand tendo sido acolhido juntamente com vários militantes da extrema esquerda italiana, na mesma situação.

Mais ainda:

m) A situação do requerente foi alterada durante o Governo Chirac, que mudou a política de abrigo aos militantes italianos. [O que bem diz do envolvimento aqui de questões políticas.] A extradição do requerente, que havia sido negada anteriormente pela França, veio a ser concedida, no contexto de mudanças políticas naquele país.

n) O refúgio [proclamou o Ministro da Justiça num ato que está sendo agora glosado pela maioria], como instrumento de proteção internacional da pessoa humana, tem caráter humanitário, aplicando-se a ele o princípio *in dubio pro reo*; na dúvida, a decisão de reconhecimento deverá inclinar-se a favor do solicitante do refúgio.

Por último ou penúltimo, merece destaque o fato de o requerente ter renunciado à luta armada e constituído família, ser pai de duas moças e viver pacificamente como escritor há muitos anos. O pedido de extradição é para cumprimento de prisão perpétua!

Presidente, reafirmo: Não cabe questionar na profundidade maior, na plenitude maior, o ato político – não vou falar em ato discricionário – do Ministro de Estado da Justiça. O que nos cumpre – presente a Constituição, presente a impossibilidade de dizer-se que certos atos estão ao abrigo a ponto de não se ter submissão à jurisdição – é saber se esse ato, tal como lançado, consubstancia, ou não, desvio de finalidade. A resposta, para mim, com pureza d'alma, Presidente, é negativa.

Por isso, limito-me no voto e pretendo, inclusive, pensar na problemática da prescrição, no que aqui se asseverou, até mesmo, que a detração implica a interrupção da prescrição. Jamais ouvi falar que o fato de se considerar a prisão preventiva no Brasil, a custódia preventiva de alguém, resulta em fator interruptivo, sendo que os preceitos penais que revelam a interrupção devem ser interpretados de forma estrita, tais como eles se contêm. Não há preceito algum, nem na Lei do Refúgio, que diga da interrupção da prescrição, nem na suspensão, e muito menos preceito que diga que o fato de ele ter sido preso, processualmente, no Brasil, para uma possível entrega, também revele qualquer desses fenômenos. São questões sobre as quais quero realmente refletir.

Por ora, Presidente, limito-me, com ressalva de entendimento, porque penso que essa matéria deveria ser analisada no mandado de segurança – sob a minha óptica, impetrado corretamente pelo Governo requerente –, a acompanhar a divergência iniciada pela Ministra Cármen Lúcia. E vejo que somos quatro, e não três escoteiros!

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, como eu já tive oportunidade de me manifestar em relação à questão preliminar suscitada, adentrei inclusive posição não só quanto à possibilidade de que o Tribunal examine a questão preliminar, mas que o faça também em caráter incidental; e adiantei posição no que concerne à possibilidade de se fazer o exame e à própria incompatibilidade daquilo que se assentou no ato do Ministro da Justiça em face do que está estabelecido na Lei do Refúgio, os critérios estabelecidos, fazendo, inclusive, a revisão daquela interpretação conforme que inicialmente eu propusera em torno do art. 33; ficando, agora, apenas o exame da legalidade.

Entendo que é perfeitamente cabível esse exame e, mais do que isso, o contraste com o ato administrativo – eu nem vou me deter à análise, porque ela já foi feita sobejamente pelos votos que antecederam e que caminharam no sentido do reconhecimento da iliceidade do ato, mas as passagens são evidentes.

O último destaque foi do voto do Ministro Carlos Britto, quando o Ministro da Justiça, por exemplo, afirma que tal regra não vale no caso da criminalidade política, enfatizando, portanto, que estava fazendo este tipo de exame em sede do processo de refúgio. Já o disse bem o Ministro Britto que essa era matéria da competência do Supremo Tribunal Federal. Não é só a Constituição que diz, mas a própria lei estabelece. Depois, outras considerações de índole política: a questão do fundado temor de perseguição.

Eu até saúdo o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, porque me parece uma impropriedade a invocação do *in dubio pro reo* aqui. Sem dúvida é um tratamento que até então não se tinha, quer dizer, em uma extradição já em execução, fazer a invocação do *in dubio pro reo*, como se nós tivéssemos um poder de revisão sobre a sentença transitada em julgado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, façamos justiça ao Ministro de Estado. Ele asseverou, quando da definição do refúgio, não a culpabilidade, a conotação política do julgamento verificado, com aquele entrelaçamento, a que me referi, dos crimes de subversão contra o Estado e os de homicídio. Tanto assim que se fixou pena única para todos os crimes e também se assentou – e se tem de ver se há simetria com o nosso Direito – que essa reunião teria implicado, no caso, a interrupção da prescrição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Essa é uma outra questão. Mas o que estou a dizer é a invocação do princípio do *in dubio pro reo* nesta medida

para os fins da justificação do recurso. E já me manifestei sobre a questão da preliminar, de forma até inextrincável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, os que deferem acompanham o Relator na extensão do voto proferido. Pelo menos presumi assim. Eu me pronunciei apenas quanto à prejudicial, ou seja, o refúgio.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Marco Aurélio, eu abreviei o meu voto exatamente para não repetir as mesmas razões do Relator com relação a todos os demais pressupostos exigíveis em extradição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas, **quando falei da preliminar**, eu **já tinha adiantado o juízo quanto à compatibilidade**. E daí, portanto, entender exatamente no sentido inverso do Ministro Marco Aurélio, que, aqui, essas imbricações e implicações levam a um **juízo de iliceidade da decisão**.

Portanto, **vou nesse sentido me manifestar claramente**. Claro, se o Ministro Marco Aurélio depois trouxer razões em outro sentido, poderemos ter uma outra conclusão.

Quanto ao juízo definitivo para a extradição, vou aguardar o voto do Ministro Marco Aurélio, uma vez que Sua Excelência pediu vista dos autos.

Entendo que é plenamente cabível, aqui, o **juízo positivo quanto à iliceidade do ato praticado por Sua Excelência o Ministro da Justiça**, tanto no que diz respeito à cognocibilidade da preliminar, quanto ao juízo de censura. Portanto, há possibilidade de controle do ato – tal como já havia manifestado quando do meu voto.

Quanto ao deferimento ou não da extradição, vamos aguardar o voto do Ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.085/República Italiana — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governo da Itália (Advogado: Antônio Nabor Areias Bulhões). Extraditando: Cesare Battisti (Advogados: Luiz Eduardo Greenhalgh e outro, Suzana Angélica Paim Figuerêdo, Georghio Alessando Tomelin, Rosa Maria Assef Gargiulo, Luís Roberto Barroso e Renata Saraiva).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal homologou o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Ext 1.085 e indeferiu o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto. Votou o Presidente. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem suscitada pela Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o MS 27.875 antes do pedido de extradição, vencidos a suscitante e os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. O Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de *status* de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça ao extraditando, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco

Aurélio. Votou o Presidente. Em seguida, após o voto do Ministro Cezar Peluso (Relator), deferindo o pedido da Ext 1.085, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, os votos dos Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia, julgando extinto o pedido de extradição em função da concessão de refúgio pelo Ministro de Estado da Justiça, e o voto do Ministro Joaquim Barbosa, pela prejudicialidade do pedido, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Falaram, pelo requerente e impetrante (Ext 1.085 e MS 27.875), o Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões, pelo impetrado (MS 27.875), a Dra. Fabíola Souza Araújo, representando a Advocacia-Geral da União, pelo extraditando e litisconsorte passivo (Ext 1.085 e MS 27.875), o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Ausente, por haver declarado suspeição no julgamento da Ext 1.085, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 9 de setembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, em primeiro lugar, para ser coerente com o que sempre sustentei neste Plenário, aponto uma questão de ordem.

Estamos a julgar um processo que envolve matéria constitucional. Segundo o Regimento Interno, precisa-se contar, no Plenário, com, no mínimo, oito integrantes.

Peço a Vossa Excelência que submeta a matéria ao Colegiado.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Submeto a questão ao Colegiado.

Nós já tivemos recentemente essa questão posta quando lembrava da interpretação que foi formulada no MS 21.564, caso do julgamento do Presidente Collor de Mello.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Do qual não participei.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas já é uma decisão antiga e tradicional do Tribunal de que aquela cláusula – e o Ministro Moreira Alves fez até algumas considerações sobre os aspectos históricos, a razão do próprio Regimento Interno, firmando a orientação de que este *quorum* é fundamental e decisivo para a declaração de inconstitucionalidade, mas não afeta o julgamento de matéria que envolva questão constitucional.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, ainda outro dia o Ministro Marco Aurélio tinha levantado, o que foi muito bom, porque me levou a reestudar a matéria, e realmente verifiquei que na petição, não estou aqui com os dados que me levaram ao estudo e à conclusão, mas que realmente isso foi aqui debatido numa petição cujo número agora não me lembro. E o Plenário, naquela ocasião, se manifestou no sentido de que, com a mudança das competências constitucionais advindas com a Constituição de 1988, praticamente todas as matérias são realmente matérias constitucionais trazidas ao Supremo e, portanto, ao Plenário. E que as Turmas, inclusive, a não ser nos casos em que não haja declaração de inconstitucionalidade, ou que precise de haver a verificação e a conclusão sobre a constitucionalidade ou não de determinada norma, já não precisaria deste número mínimo de oito para que se tratasse de matéria constitucional.

Naquela ocasião, parece-me que os Ministros Paulo Brossard e Sepúlveda Pertence manifestaram exatamente que a mudança se dava em razão das mudanças de atribuições de competências conferidas ao Supremo.

Então, eu concluo exatamente no sentido de manter essa posição, pedindo vênia ao Ministro Marco Aurélio, até agradecendo, porque foi realmente um belo estudo que ele me levou a fazer sobre essa mudança de orientação. E, neste caso, reconheço que, a não ser que se tenha de declarar, ou não, a inconstitucionalidade de uma determinada norma, aquele *quorum* fixado constitucionalmente é para a declaração, ou não, de inconstitucionalidade, e não para o cuidado, por este Plenário, de uma matéria constitucional.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, mas realmente tenho de divergir no sentido de considerar que o *quorum* é suficiente para o conhecimento da matéria, ainda que tenha matéria constitucional, mas que ela não está posta em questão a determinada norma.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Também, Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio para entender que o *quorum* mínimo de oito cinge-se apenas à declaração de inconstitucionalidade.

Mantenho-me, portanto, fiel ao precedente da Corte.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu também vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio, considerando que houve votos anteriores e que me manifestei em outra

ocasião, com a reserva de reestudar o assunto. Mas neste caso nós já temos aí votos colhidos e, a meu juízo, nem há matéria constitucional.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Também, Senhor Presidente, perfilho idêntico entendimento, *data venia* do ponto de vista contrário, do Ministro Marco Aurélio.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, também. E, além do mais, com o devido respeito, dois dos Ministros ausentes, assim como outros, já proferiram voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inicialmente, consigno haver ocorrido proclamação quanto aos seguintes temas:

a) desistência do agravo regimental interposto;

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

c) rejeição da questão de ordem suscitada pela Ministra Cármen Lúcia para julgar-se, em primeiro lugar, o MS 27.875, impetrado contra o ato do Ministro de Estado da Justiça que implicou o reconhecimento do *status* de refugiado político ao extraditando, vencidos os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, a proponente e eu;

d) prejuízo do mandado de segurança por abordagem, no próprio processo de extradição, do que sustentado relativamente ao refúgio, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e eu, havendo votado o Presidente.

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

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

É de ressaltar que o ato do Ministro de Estado da Justiça, reconhecendo a condição de refugiado ao extraditando, foi praticado depois da apresentação do pedido de extradição. Então, o advogado do Governo da Itália impetrou mandado de segurança – apontando a referida autoridade brasileira como coatora – para atacar o refúgio formalizado. Em outras palavras, o pedido de invalidação do refúgio não poderia estar compreendido no pleito de extradição porque, sob o ângulo temporal, o objeto surgiu após o início da tramitação deste processo.

Presente a utilidade e, mais do que isso, a necessidade, deu-se a impetração, porquanto, consoante a Lei 9.474/1997, a condição de refugiado é obstáculo à sequência do pedido de extradição: "O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio" – art. 33. Vale dizer que não coabitam o mesmo teto o reconhecimento da condição de refugiado e o processo de extradição, o que se dirá da possibilidade de acolher-se o pedido formulado nesse último.

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

> 1. De acordo com o art. 33 da Lei 9.474/1997, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisivo, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento.

Nesse sentido se constatam outros pronunciamentos da Corte: Ext 785-8-QO-Segunda, Estados Unidos Mexicanos, Rel. Min. Carlos Velloso, julgada em 13 de setembro de 2001, acórdão publicado no *DJ* de 14 de novembro de 2003; HC 83.501-5/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, acórdão veiculado no *DJ* de 7 de maio de 2004; e HC 81.127-2/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, acórdão publicado no *DJ* de 26 de setembro de 2003.

Há necessidade de preservarem-se princípios, parâmetros e valores – única forma de avançar-se culturalmente e aprimorar-se o Estado Democrático de Direito. O julgamento desordenado, embaralhando-se temas, não se coaduna com a organicidade do Direito, com a segurança jurídica garantida constitucionalmente. Até aqui, o que se verifica é a existência de óbice intransponível ao seguimento do pedido de extradição, devendo-se ressaltar o comezinho enfoque segundo o qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele. Ato jurídico relevante, em face dos termos claros e precisos da lei, como é o reconhecimento da qualidade de refugiado quanto ao extraditando, impede a sequência do pleito do Governo requerente e, enquanto não afastado mediante o devido processo legal, enquanto pendente a ação voltada a infirmá-lo, há de merecer das autoridades constituídas e, especialmente, do Supremo o acatamento imposto de forma normativa cogente.

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

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

> Seção II
> Das Atribuições do Presidente da República
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> I - (...)
> (...)
> VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
> (...)
> XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

> XX – celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;
> (...)
> XXII – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
> (...)
> XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

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

Essa óptica é a mesma atinente, por exemplo, à cassação de parlamentar por quebra de decoro, ao julgamento de *impeachment* a envolver o Presidente da República. Repito à exaustão: a menos que se substitua ao Executivo, ao Judiciário não incumbe proceder a revisão, simples revisão, de ato praticado por aquele Poder no campo da política internacional. Não lhe compete declarar o merecimento ou não quer de refúgio, quer de asilo formalizados. Por isso, resumindo o pensamento da maioria formada – na ocasião, ficou vencido o Ministro Gilmar Mendes –, e vejo ser das mais bruscas a guinada que se delineia, em que pese à inexistência de mudança constitucional, o Ministro Sepúlveda Pertence, Redator do acórdão na Ext 1.008/Colômbia, deixou consignado:

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

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

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

Antes, reafirmo a crença de só se poder emitir entendimento no tocante ao desvio de finalidade, pois não cabe a revisão linear para tratar, como fez o Ministro de Estado da Justiça, aspectos relativos a política internacional envolvidos na espécie. Mesmo assim, nesta quadra vivenciada no Brasil, de sobressaltos e solavancos, de flexibilização da ordem jurídico-constitucional, de abandono a princípios, a parâmetros, de inversão de valores, porque compelido pela toga e já agora ante a postura da maioria de votar de forma ampla, com ressalva perene de entendimento pessoal, examino, em profundidade, o ato praticado, como procederam os que já votaram na matéria, acompanhando o Relator. Repito: não estou aqui a adentrar o campo da apostasia, a desertar de uma opinião que tenho como correta, a abandonar a fé jurídica quando, no julgamento da Ext 1.008/Colômbia, verificado recentemente, em 21 de março de 2007, em aparte, consignei:

> Para mim, o refúgio é um fato jurídico que não pode ser colocado em segundo plano por esta Corte no julgamento da extradição, tendo em conta a previsão do art. 33 da Lei 9.474/1997. Não cabe ao Supremo perquirir o acerto ou o desacerto do ato do Executivo que haja implicado o reconhecimento do *status* de refugiado. É um fato a ser constatado, a ser provado no processo. Até que reste fulminado pelo juízo competente, deve repercutir no cenário próprio revelado pelo processo de extradição. Não posso examinar, porquanto relegaria o mencionado art. 33 à inocuidade, se se dá, ou não, na espécie, o envolvimento de crime político. Basta o texto constitucional para obstaculizar a extradição. Caso contrário, não haveria razão para o preceito do art. 33 em comento.

No mesmo sentido: Ext 785-8-QO-Segunda/Estados Unidos Mexicanos, Rel. Min. Carlos Velloso, julgada em 13 de setembro de 2001, acórdão publicado no *DJ* de 14 de novembro de 2003.

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

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

No Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o pedido de concessão de refúgio foi indeferido por maioria de votos, consoante certidão juntada no apenso 17 do MS 27.875 (fl. 680). O requerente acionou o disposto no art. 29 da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. É interessante perceber que o recurso admi-

nistrativo somente se mostra adequado se negativa a decisão do Colegiado, fato a confirmar não deter terceiro o direito subjetivo de questioná-lo:

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

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

> a) O Estado requerente não ofereceu oposição à alegada conotação política aventada quanto aos fatos pelos quais o nacional italiano é reclamado. Ao contrário, consignou expressamente em sentença que, nos diversos crimes listados, agiu o recorrente "com a finalidade de subverter a ordem do Estado", afirmando ainda que os panfletos e as ações criminosas por ele praticadas objetivavam "subverter as instituições e a fazer com que o proletariado tomasse o poder";
>
> b) Há que se definir os elementos subjetivo e objetivo do temor a que alude o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.474/97, o primeiro relativo ao foro íntimo do recorrente e o segundo relacionado com as razões concretas que justifiquem aquele temor. É necessário, em primeiro lugar, tomar como referência o contexto de turbulência política à época dos supostos delitos em que o recorrente teria incorrido;
>
> c) A repressão legítima, pelo Estado italiano, à militância de esquerda, que pretendeu, pelas armas, derrubar o regime durante os chamados "anos de chumbo" das décadas de 1970 e 1980, traduz-se por fatos públicos e notórios, sobre os quais não existe qualquer contencioso. É de acentuada convulsão social o momento histórico no qual o recorrente foi condenado pela Justiça italiana, como autor e coautor de homicídios ocorridos entre junho de 1978 e abril de 1979.
>
> d) Durante esse período, a sociedade italiana e o Estado de Direito na Itália foram assediados por um conjunto de movimentos poíticos (*sic*), ações armadas e mobilizações sociais que pretendiam, alguns deles, a instalação de um novo regime político-social. Na esteira do desmantelamento das políticas da era social-democrata então em declínio, formaram-se organizações revolucionárias de ação direta que operavam em zonas "cinzentas", na estreita faixa entre a ação política insurreicional de caráter armado e a ação marginal do "banditismo social".
>
> e) Como é possível e necessário nos Estados Democráticos de Direito, o Estado italiano reagiu. E o fez não só aplicando normas jurídicas em vigor à época, mas também criando "exceções", por meio de leis de defesa do Estado, que reduziram prerrogativas de defesa dos acusados de subversão e/ou ações violentas, inclusive com a instituição da delação premiada, da qual se serviu o principal denunciante do recorrente (o extraditando).
>
> f) Nos momentos de extrema tensão social e política é comum e previsível que passem a funcionar, mesmo no Estado de Direito, aparatos ilegais e/ou paralelos do Estado, comandados por pessoas que se erigem à condição de justiceiros "de fato", como se representassem o bem público, o que por vezes configura uma forte crise de legalidade (...). Nesses casos, a judicialização da política, paradoxal-

mente, atinge garantias democráticas, sem que o regime democrático seja colocado em dúvida.

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

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

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

j) Após fugir da Itália em 1981, o recorrente (extraditando) foi condenado pela Justiça do país, como autor e coautor de homicídios ocorridos entre junho de 1978 e abril de 1979. Vislumbra o recorrente falta de oportunidade para que o exercício da ampla defesa. É de se notar que as acusações não buscam esteio em provas periciais, fundamentando-se precipuamente em uma testemunha de acusação implicada pelos próprios fatos delituosos, qual seja, o delator premiado.

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

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

m) Não resta a menor dúvida, independentemente da avaliação de que os crimes imputados ao recorrente (extraditando) sejam considerados de caráter político ou não (...), de que é fato irrefutável a participação política do recorrente, ter ele envolvimento político insurrecional e a pretensão de instituir um poder soberano "fora do ordenamento", pela via revolucionária, motivo pelo qual o Presidente francês Mitterrand acolhera o recorrente – bem assim a vários militantes da extrema esquerda italiana que se encontravam na mesma situação –, sendo certo que a situação foi alterada durante o Governo do Presidente Jacques Chirac, quando "o abrigo do recorrente, no território francês, foi desconstituído e então anulado por razões

eminentemente políticas": o pedido de extradição, antes negado, foi posteriormente concedido. O Brasil, em vista desses acontecimentos políticos, passou a ser "depositário de um cidadão, de fato expulso de um território por decisão política".

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

o) À luz do que relatado, percebe-se do conteúdo das acusações de violação da ordem jurídica italiana e das movimentações políticas que ora deram estabilidade, ora movimentação e preocupação ao recorrente, o elemento subjetivo, baseado em fatos objetivos, do "fundado temor de perseguição", necessário para o reconhecimento da condição de refugiado.

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

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

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

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

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

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

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

No caso, os crimes perpetrados datam da década de 70. A Itália vivia quadra conturbada, com existência de diversos movimentos subversivos à ordem estatal. De um lado, pela esquerda, Formações Comunistas Combatentes (OCC) e Proletários Armados para o Comunismo (PAC), Brigadas Vermelhas e Núcleo dos Proletariados Armados (NAP). Do outro, pela direita, "Terza Posizione", "Avanguardia Nazionale" e a "Ordine Nero". Isso levou até mesmo a advertências de organismos internacionais quanto à repressão que estaria sendo implementada, com abandono de regras tradicionais referentes à convivência social, às balizas do devido processo legal e aos valores humanitários. Constou do relatório da Anistia Internacional de 1981:

> **Prisões processuais por longos períodos, evidenciando que teriam fundamento político, e não suspeitas razoáveis.**
>
> A Anistia Internacional considera que suspeitos foram mantidos em prisão por períodos excessivos, principalmente porque muitos suspeitos foram libertados após detenção prolongada sem jamais terem sido levados a julgamento. A Anistia Internacional estava portanto preocupada que nas hipóteses que as pessoas eram mantidas prisioneiras aguardando julgamento por períodos excessivos havia risco de detenção por motivos políticos ao invés de por razoável suspeita[81].
>
> **Denúncias de torturas nas cadeias e delegacias. Denúncias de torturas nas investigações do homicídio do joalheiro milanês.**
>
> A Anistia Internacional continuou a receber reclamações de maus tratos de prisioneiros e violência contra prisioneiros em delegacias. Em 5 de Abril de 1979, a Anistia Internacional escreveu ao senhor Virginio Rognoni, Ministro do Interior, solicitando uma investigação oficial sobre as alegações de tortura feitas por nove homens detidos após o homicídio de um joalheiro em Milão. Em sua manifestação a Anistia Internacional expressou preocupação acerca da ausência de resultados positivos resultantes da investigação. A Anistia Internacional está agora

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

preparando uma missão investigatória a Itália para investigar tais reclamações[82]. (Tradução livre.)

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

> (...) várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso, destinado a subverter a ordem do Estado (...)
> (Item 33, fl. 113.)
>
> (...) com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados (...)
> (Item 37, fl. 115.)
>
> (...) com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso, com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados (...)
> (Item 40, fl. 117.)
>
> (...) instigaram publicamente a cometer crimes de associação subversiva constituída em bando armado, insurreição armada contra os poderes do Estado, guerra civil e, em qualquer caso, porque fizeram a apologia destes crimes, bem como porque fizeram propaganda no território do Estado à subversão violenta dos sistemas econômicos e sociais do próprio Estado mediante o projeto, a redação e a divulgação de um documento intitulado *Contra os médicos guardas do Estado* reivindicando, com a sigla PAC – Proletários Armados para o Comunismo (...)
> (Item 42, fl. 118.)
>
> (...) com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram para subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente a um lugar público quatro revólveres bem como um fuzil com cano cortado, utilizados para praticarem o assalto acima descrito.
> (Item 44, fl. 119.)
>
> (...) provocando voluntariamente a morte do Sargento dos agentes de custódia Santoro Antonio (...) cometido o fato contra um oficial público durante o cumprimento de suas funções e por terem agido com premeditação e, em particular, após

---

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

terem estudado os hábitos, armando uma emboscada enquanto a vítima estava se transferindo de sua casa para o cárcere de Udine onde prestava serviço.
(Item 46, fl. 121 – primeiro homicídio.)

(...) a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detido com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados (...)
(Item 47, fls. 121 e 122.)

(...) com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso, com violência nas coisas (...)
(Item 48, fl. 122.)

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

(...) os outros também atuando materialmente, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram num lugar público as armas comuns de disparo (...)
(Item 50, fl. 124.)

(...) com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas curtas de disparo (...)
(Item 52, fl. 125.)

(...) com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas curtas de disparo (...)
(Item 52, fl. 125.)

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

(...) com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas comuns de disparo, constituídas (...)
(Item 56, fl. 128.)

(...) com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas comuns de disparo (...)
(Item 59, fl. 130.)

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

(...) detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados, bem como porque levaram ilegalmente a um lugar público as armas (...) utilizado na ação contra o agente de custódia Nigro Arturo.
(Item 62, fl. 132.)

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

(...) detiveram para subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a segurança da coletividade mediante a prática de atentados bem como porque levaram a um lugar público engenho explosivo utilizado para cometer o atentado em prejuízo da drogaria (...)
(Item 69, fl. 137.)

(...) detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a segurança da coletividade mediante a prática de atentados e levaram ilegalmente num lugar público o engenho incendiário (...)
(Item 71, fl. 138.)

(...) com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas comuns de disparo (...)
(Item 73, fls. 139 e 140.)

(...) para realizarem o assalto melhor descrito acima, com várias ações executivas do mesmo desenho criminoso, usando violência nas coisas e empregando um meio fraudulento para entrar no interior dos veículos e accionar (*sic*) o motor – apossaram-se de um carro (...)
(Item 74, fl. 140.)

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

(...) participando conforme indicado precedentemente e, portanto, com a circunstância agravante pelo número de pessoas, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas (...)
(Item 83, fl. 147.)

(...) detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas (...)
(Item 84, fls. 147 e 148.)

(...) com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas de disparo (...)
(Item 86, fl. 149.)

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

(...) com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a segurança da coletividade mediante a prática de atentados bem como porque levaram ilegalmente num lugar público três pistolas de tipo, marca e calibre não melhor especificado e os engenhos explosivos utilizados para a realização do atentado melhor descrito acima, e ainda porque fabricaram os citados engenhos e os deixaram explodir com a finalidade de incutir temor público e suscitar desordem pública.
(Item 89, fls. 150 e 151.)

(...) com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas (...)
(Item 92, fl. 153.)

(...) agindo em coautoria com Bitti Sissinnio, Premoli Marina e com Fatone Sante, Grimaldi, Gabriele, Masala Sebastiano e Memeo Giuseppe (já condenados por este fato como autores materiais do crime pelo Tribunal Penal de Milão com sentença datada de 27.5.81) e, portanto, com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, participando no projeto, na decisão e na posterior reivindicação da ação – causaram a morte de Pierluigi Torregiani [segundo homicídio,

sendo que, no processo anterior aludido, Battisti nem sequer fora denunciado, vindo a sê-lo ante a delação] contra o qual, enquanto Fatone e Masala Sebastiano desempenhavam papéis de apoio e cobertura, Memo e Grimaldi explodiram vários tiros de arma de fogo, atingindo-o com cinco projéteis (...)
(Item 96, fl. 156.)

(...) Battisti, Giacomini e Filippi também participando materialmente – causaram a morte de Sabbadin Lino [terceiro homicídio] contra o qual Giacomini, enquanto Battisti e Filippi desempenhavam papéis de apoio e cobertura, explodiu desde uma breve distância, quatro tiros de pistola (...)
(Item 98, fls. 157 e 158.)

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

(...) agindo em coautoria com Bitti Sissinnio, Grimaldi Gabriele, Masala Sebastiano, Memeo Giuseppe, Premoli Marina e portanto com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco – instigado publicamente a cometer os crimes de associação subversiva, constituída em bando armado, insurreição armada contra os poderes do Estado, guerra civil; porque, de qualquer maneira, fizeram a apologia destes crimes; porque, finalmente, fizeram propaganda no território do Estado para subverter os sistemas econômico-sociais do próprio Estado, mediante a realização de telefonemas em que os O.C.C. P.A.C. reivindicavam os homicídios dos comerciantes Torregiani e Sabbadin, acontecidos respectivamente em Milão e em Mestre em 16.2.79, bem como mediante o projeto, a redação e a divulgação de um documento titulado "Atacamos os agentes reacionários no território", que aqui deve ser completamente reproduzido, que reivindicava os próprios homicídios, num primeiro momento de forma anônima e, logo depois, com a sigla P.A.C.; a divulgação aconteceu abandonando em lugares públicos da cidade cópias do próprio documento, às vezes avisando com antecipação os órgãos de informação.
(Item 101, fls. 159 e 160.)

Quanto a Battisti, tem-se ainda:

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

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

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

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

(...) agindo em coautoria com Memeo Giuseppe, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente a um lugar público uma pistola de tambor de grande tamanho, utilizada para a prática do assalto descrito no item precedente.
(Item 106, fl. 163.)

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

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

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

(...) deteve com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a segurança da coletividade mediante a comissão de atentados, no interior de uma mansarda situada em Milão (...)
(Item 116, fl. 170.)

(...) detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a vida das pessoas e a segurança da coletividade mediante a comissão de atentados, bem como porque levaram ilegalmente num lugar público as armas de

disparo, de guerra e comuns, que deveriam ser utilizadas em ação projetada, entre as quais dois fuzis de assalto Kalashnikov.
(Item 125, fls. 176 e 177.)

Com pequena variação quanto à autoria, encontram-se, no título judicial condenatório, 128 imputações, todas elas tomadas como a configurarem o mesmo desenho criminoso – tanto é assim que se chegou à continuidade delitiva do art. 81 do Código Penal italiano. A expressão "mesmo desenho criminoso" – a compreender os atos praticados contra a vida no contexto do movimento de resistência ao Estado – corresponde, na normatividade brasileira, a crimes da "mesma espécie". Foi a partir desse panorama fático que atuaram o Governo Mitterrand e o Governo Luiz Inácio Lula da Silva, não fechando os olhos à circunstância de Battisti (nascido em 18 de dezembro de 1954), então um jovem idealista com 22 anos à época do primeiro homicídio, em 1977, haver-se engajado em movimento de insurreição contra o então regime italiano. Como, fulminar, olvidando todos esses aspectos constantes na decisão condenatória, o refúgio concedido, invadindo-se área reservada ao Executivo – a da política internacional – quando outra não foi a motivação para as práticas criminosas referidas senão subverter a ordem estatal, como repetido, por 34 vezes ao todo, na sentença condenatória?

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

Cabe, então, proclamar que não ocorreu desvio de finalidade e uma vez admitida a revisão ampla, para mim inadequada, do merecimento do ato praticado pelo Ministro de Estado da Justiça – no mesmo sentido do que se verificara na França de Mitterrand –, assentar a plena harmonia do refúgio com a ordem jurídico-constitucional. Prevalecente essa óptica, não há como prosseguir o exame do pleito de extradição.

Conforme sustentou e enquadrou o Relator, Ministro Cezar Peluso, obtendo a aquiescência da maioria, essa é uma questão preliminar cuja apreciação precede a abordagem dos demais temas envolvidos na espécie, em relação à qual fiquei vencido acompanhando os Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau e Joaquim Barbosa no que entendemos somente ser aferível a questão no bojo do mandado

de segurança impetrado pelo Governo da Itália. Tenho voto sobre o que sobeja, mas aguardo a decisão do Tribunal sobre a dita matéria preliminar.

Para a hipótese de ser suplantado o refúgio

O contexto debatido quando do exame do refúgio serve à conclusão inafastável, porque de envergadura ímpar, a atrair obstáculo maior, ao deferimento da extradição. Colho do inciso LII do art. 5º da Carta de 1988 que "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião". O preceito faz-se linear e não permite que se distinga o envolvimento, ou não, de ato contra a vida na prática de crimes políticos. Aliás, em insurreições armadas, violentas, contra certo regime, contra o aparelho estatal, busca-se a paridade de armas e estas quase sempre levam ao evento morte, seja desta, seja daquela forma. Vitimam-se pessoas de ambos os lados, porque extremamente antagônicos. Não se atua com luva de pelica, mas com instrumental que, acionado, é capaz de ferir de morte o cidadão – explosivos ou armas de fogo de pequeno ou grande calibre. Para incidência do inciso LII do art. 5º da Constituição Federal, importa o movimento que se revela como pano de fundo e esse, iniludivelmente, conforme está documentado em várias passagens na sentença condenatória motivadora do pedido de extradição, mostrou-se de cunho político, objetivando a mudança do sistema então reinante no âmbito estatal italiano. Assim tem decidido o Supremo conforme acórdão proferido, a uma só voz, no julgamento da Ext 493-0/República da Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que anotou ter a extradição como causa de pedir a incriminação da prática de quadrilha de delinquentes comuns e a repressão do grupamento político clandestino, tipos previstos no Código Penal argentino. No entanto, não seria lícito dar-lhes tratamento dessa natureza. A associação ilícita de finalidade subversiva sempre se tem reconhecido, no Estado requerente, a natureza de crime político, em consonância com o critério subjetivo, de criminalidade política, que sempre dominou o direito argentino. Esse objetivo jurídico do delito em qualquer hipótese, sendo incontroverso o caráter do "Movimiento Todos por la Pátria". De igual modo, era manifesta a natureza política da "rebelión agravada", porquanto, ao tempo dos fatos, os delitos de rebelião configuravam modalidade típica de atentado político, dada a marca histórica e axiológica da situação.

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

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

> Ementa: Extradição. Argentina. Invasão do quartel de La Tablada. Criminalidade política. Denegação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 – O Ministério das Relações Exteriores da Itália convocou o embaixador brasileiro em Roma para expressar "sua queixa e surpresa", assim como convocou

o embaixador italiano em Brasília, forma grave de protesto político na linguagem diplomática;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não se pode afastar esse óbice, a menos que se coloque em segundo plano a sentença proferida pelo Judiciário da Itália; o empenho desmedido das referidas autoridades em ter nas mãos o extraditando, para cumprimento de sentença a estampar duvidosa verdade real quanto à autoria, porque fruto da controvertida delação premiada; a Carta Federal, que a todos, indistintamente, submete; o Tratado de Extradição Brasil/Itália, e deste são sabedores tanto o Governo brasileiro quanto o Governo italiano. Aliás, cumpre notar que, se a situação fosse inversa, é improvável que a Itália, situada no dito Primeiro Mundo, viesse a deferir a extradição de brasileiro que, no regime anterior e em território nacional, tivesse operado como fez o extraditando. A configuração do crime político, para mim escancarada, é mais uma matéria prejudicial à sequência do exame dos temas envolvidos na espécie.

Suplantada a visão

Sob o ângulo da prescrição, os homicídios teriam sido praticados: o primeiro em 6 de junho de 1977, os dois seguintes em 16 de fevereiro de 1979 e o último em 19 de abril de 1979. A sentença condenatória à pena de prisão perpétua data de 13 de dezembro de 1988, quando ainda não passado o período máximo

referente à prescrição disciplinada pela legislação brasileira. Mas a extradição é executória. Ante a legislação italiana, presente a pena de prisão perpétua, não há previsão de prazo prescricional, como se verifica do disposto no art. 157 do Código Penal italiano.

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

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

> Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:
> I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;
> II – enquanto o agente cumpre pena no exterior.
> Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Essa última cláusula não é polivalente, a ponto de entender-se que não se dá o curso da prescrição quando há simples prisão processual, simples prisão preventiva e, portanto, cautelar. A consideração do sistema conduz a concluir-se que a referência ao fato de o condenado estar preso por outro motivo não alcança a prisão processual, a prisão preventiva, mas sim pressupõe estar o condenado, ante culpa formada, a cumprir pena. Conforme se constata na jurisprudência do Tribunal, jamais se deu ao preceito alcance diverso. A prisão preventiva não se inclui no rol quer das causas interruptivas do prazo prescricional – art. 117 do Código Penal –, quer, muito menos, das causas impeditivas da prescrição – art. 116 do mesmo Diploma.

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

> A terceira causa suspensiva é prevista no art. 116, parágrafo único:
> "depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo".

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

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

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

Ora, o extraditando encontra-se preso cautelarmente. Aliás, o fenômeno estarrece por conflitar com o refúgio deferido. Pela primeira vez, vejo um refugiado há vários meses em cárcere no país que assim o reconheceu, ocorrendo a extravagância porque em curso pedido de extradição.

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

Tem-se mais, presente princípio voltado à segurança jurídica – o da legalidade. Inexiste dispositivo, inexiste norma legal, sem dúvida alguma a encerrar formalidade essencial, a revelar os pedidos de extradição ou de refúgio como fatores a obstaculizarem o curso da prescrição ou a interrupção desta. Quanto ao pleito de refúgio, surgiria manifesta a incongruência caso tomado como óbice ou fator interruptivo da prescrição. É inimaginável vir o exercício de um direito – o de pedir à autoridade competente, que não é órgão do Judiciário, mas do Executivo, o reconhecimento da condição de refugiado – a prejudicar justamente aquele a quem visa proteger. Daí não haver a previsão legal necessária a emprestar ao pedido de refúgio o efeito de obstaculizar o curso da prescrição, valendo notar

que não o tem, muito menos, ato de terceiro considerada a figura referida, ou seja, o processo judicial de extradição. Não fora assim, quanto ao refúgio, daria o Estado-legislador com uma das mãos e tiraria com a outra. A tanto, felizmente, não chegou o Brasil, no que, caso contrário, inibiria o estrangeiro a acionar cláusula própria à vertente do consagrado Direito Humano – como é o de ver reconhecida a condição de refugiado.

Por tudo isso – ressalte-se à exaustão – e ante o critério da especialidade, a Lei de Refúgio – n. 9.474/1997 – não prevê quer a suspensão, quer a interrupção relativamente às espécies prescricionais – da pretensão punitiva e da executória –, o mesmo sendo constatado na Lei 6.815/1980, disciplinadora da extradição. De outra forma, não se faz presente a regência fruto do Tratado de Extradição formalizado entre Brasil e Itália.

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

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

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

> Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.
> (Redação dada pela Lei 9.271, de 17-4-1996.)

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

Não procedem as demais causas de pedir. Reporto-me ao parecer da Procuradoria-Geral da República e ao voto do Relator: defeito de forma dos documentos que fundamentam o pedido de extradição, violação do devido processo legal e da ampla defesa, por ter sido revel em processo de competência do Tribunal do Júri, a circunstância de a condenação estar fundada apenas na

confissão de um ex-integrante da facção política. Atendendo o disposto no art. 80 da Lei 6.815/1980, o pedido formal de extradição veio instruído com cópia da sentença condenatória, da peça informativa contendo indicações precisas sobre os locais, datas, natureza e circunstâncias dos fatos criminosos, dos textos legais sobre as tipificações penais, prescrição bem assim das causas suspensivas e interruptivas. Quanto à alegação de ofensa à ampla defesa e ao devido processo legal, em virtude da revelia, nos termos do art. V, alínea *a*, do Tratado de Extradição firmado entre a República do Brasil e a da Itália, a revelia não constitui, por si só, motivo de recusa para a extradição. Por outro lado, o sistema adotado pelo Brasil em processo de extradição é o da contenciosidade limitada e, deste modo, eventual vício ou irregularidade no processo condenatório ajuizado no Estado requerente apresenta-se como incidente, devendo lá ser resolvido.

Para a hipótese de serem suplantadas todas as matérias, abordo a problemática da natureza da sentença proferida na extradição.

Cabe, privativamente, ao Presidente da República solucionar questões de política internacional, com o referendo, em certos casos, do Congresso Nacional. O pronunciamento no processo de extradição mostra-se declaratório, considerada a legitimidade ou não do pedido formalizado. No caso, o processo respectivo não se faz movido quer contra ato do Ministro de Estado da Justiça, de reconhecimento da condição de refugiado, quer, no campo preventivo, contra eventual ato omissivo do chefe do Poder Executivo – deixar de entregar o extraditando. A decisão do Supremo é constitutiva negativa no tocante à entrega, quando assentada a ilegitimidade do pedido de extradição. Se declarada a legitimidade do pleito, abre-se salutar oportunidade ao Presidente da República não de modificar o pronunciamento judicial, mas de, à frente da política brasileira no campo internacional, entregar, ou não, o estrangeiro, que poderá merecer o *status* de asilado.

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

> O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho acredita que o Supremo Tribunal Federal está avançando em assuntos do Legislativo e do Executivo, num "ativismo judicial exagerado que não é compreendido na Europa". Por outro lado, ele reconhece que, ao entrar nessas questões, o STF faz alertas aos outros Poderes, com mensagens positivas e busca de soluções para problemas práticos do Brasil.
>
> Canotilho é um dos principais constitucionalistas de Portugal. Professor Catedrático da Universidade de Coimbra, suas ideias fundamentaram a Constituição Portuguesa de 1976 e a Carta Brasileira de 1988. Ele defendeu que a

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

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

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

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

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

(...)

Cumpre registrar que tudo isso está em plena harmonia com a regra do art. 89 da Lei 6.815/1980, a revelar, mesmo ante a execução de sentença penal condenatória imposta pelo Judiciário brasileiro ao extraditando, mitigando o título judicial, a possibilidade de o Executivo – em ato próprio ao exercício da soberania nacional – expulsar de imediato o estrangeiro, entregando-o ao Governo requerente e interessado.

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

Ao menos em relação ao Presidente da República, já que não o fez o Tribunal quanto ao ato do Ministro de Estado da Justiça – de refúgio –, aguardemos, em primeiro lugar, a assunção de postura por Sua Excelência, a prática do

ato, a um só tempo, de Governo e de Estado. Aguardemos a impugnação mediante o instrumental próprio que o pressupõe – o ato –, que é o mandado de segurança.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não sei se ainda continuamos com *quorum.* Mas, considerado o que deliberou o Colegiado no início da sessão, não há exigência de contar-se com oito integrantes. E como o Regimento prevê que fora esse *quorum* de funcionamento tem-se outro, que é o de seis, este ainda está atendido.

Presidente, o Plenário deliberou que apreciaria a matéria alusiva ao refúgio como preliminar. E, regimentalmente, até levando-se em conta o sentido desse vocábulo "preliminar", tem-se a necessidade de definição antes de adentrar-se a matéria de fundo propriamente dita. É a colocação que faço.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu entendo que essa questão já foi deliberada, ficou superada. Submeto, de qualquer forma, aos Senhores Ministros esta questão. Ministra Cármen?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu já votei inclusive na matéria de fundo e até quanto à competência.

O Sr. Advogado Luís Roberto Barroso: Senhor Presidente, há uma questão de ordem quanto à ata do julgamento, se Vossa Excelência pudesse submeter, eu até transcrevi a proclamação que Vossa Excelência fez claramente. O que o Tribunal deliberou foi sobre o julgamento conjunto, mas não sobre a invalidade do refúgio, a ata, na verdade, não reflete o que se passou, com todo o respeito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): A Ministra Cármen Lúcia acabou de reconhecer que já votou até no mérito do pedido de extradição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, tive o cuidado de, considerado o nosso sistema na internet de acesso à gravação pelos integrantes da Corte, ouvir o que realmente ocorreu na primeira sessão. E, então, a meu ver, procede o que colocado. Apontei e cheguei mesmo a conceber que a Imprensa teria "comido barriga" no que anunciara que o refúgio caíra por cinco votos a quatro. E é claro que, se tivesse caído, não teria elaborado e tomado o tempo dos Colegas, com essa parte inicial de meu voto. E, ouvindo o que proclamado por Vossa Excelência, tem-se:

> Preliminarmente, o Tribunal homologou o pedido de desistência do agravo regimental na Ext 1.085 e indeferiu o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto. Votou o Presidente.
>
> O Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido de mandado de segurança, vencida a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Votou o Presidente.

> Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, deferindo o pedido de extradição, no que foi acompanhado – aí tem um número aqui – pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, os votos dos Senhores Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, julgando extinto o pedido de extradição, em função da concessão de refúgio pelo Ministro de Estado da Justiça e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa pela prejudicialidade do pedido...

Nesse ponto, foi interrompido. Surgiu uma dúvida suscitada pelo Doutor Luís Roberto Barroso, Advogado do extraditando, quanto à participação de Vossa Excelência, e, pegando essas notas e considerada a fala de Vossa Excelência, verificamos que a matéria ficou em aberto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, desculpe-me, Ministro Marco Aurélio, veja, eu tenho aqui a transcrição da minha fala.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Deixe-me localizar o documento para poder acompanhar melhor.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente):

> Mas, quando falei da preliminar, eu já tinha adiantado o juízo quanto à compatibilidade. E daí, portanto, entender, exatamente no sentido inverso do Ministro Marco Aurélio, que, aqui, essas imbricações e implicações levam a um juízo de iliceidade da decisão administrativa. Portanto, vou nesse sentido me manifestar claramente.

Isso foi o que eu disse.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há a menor dúvida, Presidente. Vossa Excelência inclusive disse:

> Senhores Ministros, como eu já tive oportunidade de me manifestar em relação à questão preliminar suscitada, adentrei, inclusive, posição não só quanto à possibilidade de que o Tribunal examine a questão preliminar, mas que o faço também em caráter incidental; e adiantei...

Vossa Excelência consignou. E adiantou em relação a quê?

Ao meu voto, exatamente. Então, ainda está aberta a questão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que não quero é ter gasto o latim e tomado o tempo dos Colegas inutilmente. Mas não há a menor dúvida.

Prosseguindo, Vossa Excelência ressaltou: "... fazer o exame na incompatibilidade e tal."

E numa outra parte:

> Senhores Ministros, como eu já tive a oportunidade de me manifestar em relação à questão preliminar suscitada, adentrei inclusive posição [aí repetiu e prosseguiu nas colocações].

Eu mesmo falei:

> Presidente, os que deferem acompanham o Relator na extensão do voto proferido [do Relator]; pelo menos presumi assim. Eu me pronunciei apenas quanto à prejudicial, ou seja, o refúgio.

Então, a Ministra Ellen Gracie fez ver:

> Ministro Marco Aurélio, eu abreviei o meu voto exatamente para não repetir as mesmas razões do Relator.

A matéria, realmente, foi ferida pelos integrantes que votaram antes de mim, e Vossa Excelência sinalizou que entendia ilegítimo o ato de refúgio.

Com a ponderação havida, Vossa Excelência registrou:

> Portanto, vou nesse sentido me manifestar claramente. Claro, se o Ministro Marco Aurélio, depois, trouxer razões em outro sentido, podemos ter uma outra conclusão.

Quer dizer, não houve proclamação da deliberação do Colegiado como um todo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Veja Vossa Excelência que, inclusive, eu disse depois:

> Entendo que é plenamente cabível, aqui, o juízo positivo quanto à iliceidade do ato praticado por Sua Excelência o Ministro da Justiça, tanto no que diz respeito à cogniscibilidade da preliminar, quanto ao juízo de censura; portanto, há possibilidade do controle do ato – tal como já havia manifestado quando do meu voto.
>
> Quanto ao deferimento, ou não, da extradição, vamos aguardar o voto do Ministro Marco Aurélio.

O que está registrado em ata é, exatamente, aquilo que foi decidido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inclusive, Presidente, quanto ao refúgio, é que surgiu – realmente surgiu – uma outra ata de proclamação, e nela tem-se dois parágrafos conflitantes. Nessa outra ata estava consignado:

> O Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido do mandado de segurança [sim, julgou prejudicado, aí veio] por reconhecer [faltou aqui a expressão "a possibilidade nos autos", que seria a causa da declaração de prejuízo do mandado de segurança, a possibilidade] nos autos da extradição [a examinar, faltou, também, o vocábulo examinar] a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado (...), vencidos os Senhores Ministros (...). Votou o Presidente. Em seguida, [registra essa ata truncada, perdoem-me] após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), deferindo o pedido da Ext. 1.085, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, os votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia, julgando extinto o pedido de extradição em função da concessão de refúgio pelo Ministro de Estado da Justiça, e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, pela prejudicialidade do pedido, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

Por isso é que elaborei voto tão longo quanto à preliminar. Caso contrário, não o teria elaborado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Ministro Gilmar Mendes começou a assentada de julgamento de hoje, lendo a ata da sessão anterior. Essa ata foi aprovada sem impugnação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Oh! Ministro, não vamos partir para esse campo, porque senão, agora, vou querer doravante ler toda a ata. É tradição no Tribunal que não há essa preclusão maior, principalmente quando o julgamento ainda não está terminado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu não estou falando nem de preclusão, eu quero saber os termos em que a ata foi lida, no início desta assentada de julgamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Estou dizendo a Vossa Excelência que esse foi o meu pronunciamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tenho aqui duas atas. Tenho uma decorrente da fita que ouvi e outra redigida, elas não batem.

O Sr. Advogado Luís Roberto Barroso: Se Vossa Excelência lembrar, quando o Ministro Marco Aurélio pediu vista e Vossa Excelência começou a se pronunciar, eu vim a essa tribuna e disse: "Presidente, acho que ainda não se configurou o empate. Então, talvez não fosse o caso de Vossa Excelência votar." E Vossa Excelência me respondeu: "Eu não estou votando." Depois, eu tive impressão de que Vossa Excelência estava votando, aí eu voltei, e Vossa Excelência reiterou: "Eu não estou votando."

Por isso, peço licença para registrar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu disse, inclusive, quanto ao deferimento da extradição, ou não, vamos aguardar o voto do Ministro Marco Aurélio. Assim, encerrei. Isso está nas transcrições.

O Sr. Advogado Antônio Nabor Areias Bulhões: Eminente Presidente, uma questão de ordem, a Ata de número 26 foi a Ata correspondente à sessão com que o egrégio Plenário decidiu a questão do refúgio. Ela foi aprovada na sessão subsequente do dia 10, sem qualquer ressalva ou emenda. A Ata está aprovada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não vamos levar às últimas consequências esse problema da ressalva.

Já disse no Plenário: não vamos levar às últimas consequências, porque senão, não vamos mais funcionar.

O Sr. Advogado Antônio Nabor Areias Bulhões: A Ata aprovada, conforme proclamação contida no Regimento, diz expressamente:

> O Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido do mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado (...)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Perdoe-me, Vossa Excelência, eu ouvi a fita. O que está na fita foi o que li como sendo a ata. E li a outra ata que surgiu –

realmente tenho aqui –, em que, em se tentando justificar a prejudicialidade do mandado de segurança, sinalizou-se que já teria ocorrido o julgamento. Para quê? Eu traria o voto que trouxe, Presidente, de forma inconsequente, tomando o tempo do Plenário por duas horas se a matéria já estivesse liquidada? Tenho experiência mínima de Colegiado, são trinta e um anos!

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É que ficou pendente a confirmação do voto do Ministro Presidente. Textualmente ele disse que adiantava voto quanto à preliminar, mas que se reservava o direito de revê-lo eventualmente depois que Vossa Excelência votasse sobre a preliminar. O voto de Vossa Excelência sobre a preliminar tem toda razão de ser, porque ele ficou de rever a posição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Amém, Presidente, amém...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente):

> (...) aqui, essas imbricações e implicações levam a um juízo de iliceidade da decisão.
>
> Portanto, vou nesse sentido me manifestar claramente. Claro, se o Ministro Marco Aurélio depois trouxer razões em outro sentido, poderemos ter uma outra conclusão.

Então finalizei:

> Entendo que é plenamente cabível, aqui, o juízo positivo quanto à iliceidade do ato praticado por Sua Excelência o Ministro da Justiça.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então voltamos, Presidente, à questão, se tomamos votos quanto a essa matéria ou se vamos julgar em conjunto como o fez o Relator, porque Sua Excelência prolatou voto de ponta a ponta, consideradas todas as causas de pedir envolvidas da espécie, inclusive as preliminares.

Pediria apenas que Vossa Excelência consignasse que, no caso, nessa questão incidental, votei no sentido de observar-se, ortodoxamente – depois dizem que sou progressista, liberal –, o Regimento Interno no que prevê – e é o próprio sentido vernacular do vocábulo – que preliminar precede, no tocante à deliberação, à matéria de fundo.

Então, fico vencido e posso ir adiante.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu acho que essa é a solução adequada.

Naquela ocasião, Vossa Excelência até se lembrou disso. E eu lembrava também que nós temos tido outros incidentes em matéria de extradição. Por exemplo, o Tribunal acabou por trazer aqueles episódios todos envolvendo o processo de Glória Trevi, em que a Corte acabou fazendo também todas as considerações no próprio processo de extradição.

Mas Vossa Excelência tem a palavra.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, vou ater-me a dois pontos apenas em relação ao brilhantíssimo voto, aliás, como sempre, do Ministro Marco Aurélio.

O primeiro deles é em relação à concepção do crime político. É verdadeiro, até porque Sua Excelência foi fidelíssimo no reportar-se aos termos das decisões condenatórias em que os tribunais italianos reconheceram que muitos daqueles crimes foram praticados realmente com intenção de mudar a ordem política e social. Mas acontece que a concepção do crime político não se baseia apenas neste dado puramente subjetivo de uma intenção de mudar o regime, a menos que fosse possível ter como crime político a hipótese de que algum cidadão brasileiro, que, porque ache que a ordem jurídico-constitucional vigente não lhe satisfaz, saísse por aí a matar autoridades. Ele teria a intenção de mudar o regime. Bastaria um propósito político, e todos os atos seriam considerados crimes políticos...

O crime político, como meu voto já esclareceu – e com o devido respeito –, é muito mais complexo. E todos os precedentes do Tribunal tiveram atrás de si o pano de fundo do quê? De atos de rebelião contra regimes tirânicos. E a concepção do crime político está exatamente ligada a um sentido de benevolência ao aspecto ético dessa rebelião contra regimes tirânicos. Noutras palavras, é justificável e legítimo, para determinados fins jurídicos, que os cidadãos se revoltem contra regime tirânico.

Ora, o regime italiano era e é regime jurídico constitucional, como o brasileiro. O fato de se pretender mudar o regime não transforma o crime – que é o mais antigo da humanidade – de homicídio em crime político!

O segundo dado, Senhor Presidente, é que não pude reconhecer a prescrição executória, não apenas porque aplicaria o art. 116 – aliás, bem examinado pelo Ministro Marco Aurélio –, ou ainda o 117.

Pelo 117, inciso V, o curso da prescrição se interrompe pelo início ou continuação do cumprimento da pena. Ora, como o Tribunal reconhece que o tempo de prisão cautelar na extradição é objeto de detração no país requerente, então esse tempo de prisão cautelar já é tempo de cumprimento de pena e, por isso mesmo, interromperia a prescrição, nos termos do art. 137, V.

Mas, abstraindo tudo isso, há outro fato, absolutamente intransponível, que só recordo ao Tribunal: a condenação do extraditando pela morte de Torregiani foi posterior. O que sucedeu? Já expliquei isso minudentemente no meu voto. O Tribunal do Júri de Milão, em dezembro de 88, condenou o ora extraditando; houve confirmação parcial pelo Primeiro Júri de Apelação, em 1990; e a Corte de Cassação, atendendo a recurso da própria defesa do ora extraditando, em 8 de abril de 91, anulou a condenação.

O que sucedeu? Devolveu-se o processo ao Tribunal para novo julgamento. Então, o segundo Tribunal do Júri de Milão proferiu nova sentença, com nova

condenação à mesma pena perpétua, em 31 de março de 1993, e que transitou em julgado em 10 de abril de 1993. De 10 de abril de 1993 até esta data, considerada qualquer hipótese, não se completaram, como é óbvio, os vinte anos.

Por essa razão, Senhor Presidente, eu não poderia em nenhuma circunstância reconhecer a prescrição executória.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso, portanto, mantém o voto.

O Sr. Luís Roberto Barroso (Advogado): Vossa Excelência me permite uma brevíssima questão de ordem, só para cumprir o meu papel até o fim?

A norma regimental do art. 146 estabelece que a regra geral é que o Presidente não vote, e há uma previsão específica de que não vota para desempatar em *habeas corpus*.

Eu pediria a Vossa Excelência que considerasse essa possibilidade e também que, em uma matéria penal extremamente dividida, o voto de desempate, sobretudo um voto de desempate pela extradição, seria contrário aos princípios gerais do Direito em matéria de proteção do acusado.

Muito obrigado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite?

Em primeiro lugar, não foi apenas o meu voto – mas também os votos de todos os Ministros que já se manifestaram – que ventilou questões constitucionais.

A própria defesa invocou, não um, mas vários incisos do art. 5º, a começar pela arguição de não observância do devido processo legal. Depois, a alegação de crime político, que excluiria a extradição. E, assim, todos. Não vou relembrar todos os pontos em que a defesa suscitou questões constitucionais, não vou. Nem tampouco vou relembrar que o meu próprio voto colocou em questão o problema constitucional da competência desta Corte e que, de certo modo, poderia estar sendo usurpada pelo ato do Excelentíssimo Sr. Ministro da Justiça.

Em segundo lugar, Senhor Presidente, a hipótese nada tem com *habeas corpus*, evidentissimamente nada tem com *habeas corpus*. Mas, ainda que se pudesse argumentar com a praxe do Tribunal, o dado histórico incontornável também é que esta Corte jamais pôs em dúvida que o Presidente vota em extradições.

Não vou exaurir os precedentes, porque ficaria aqui até amanhã; mas vou relatar alguns:

Ext 843, República Italiana, datante de 16-10-2002.

> **Decisão**: O Tribunal deferiu a extradição, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Relator, Maurício Corrêa, Celso de Mello e Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio (...).

Ext 811, 4-9-2002.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, deferiu, sem restrição, quanto a [fulano de tal, etc.] (...) o pedido de extradição, e, por maioria, deferiu, também sem ressalva, o pedido quanto a [tal] (...), vencidos, em parte, os Senhores Ministros Relator, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que condicionavam o deferimento do pedido extradicional ao compromisso de o Estado requerente comutar a pena de prisão perpétua (...).

Ext 855.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu a extradição e, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso e o Presidente, Ministro Nelson Jobim, condicionou a entrega (...).

Ext 669, Estados Unidos da América.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal (...) rejeitou a arguição (...), deferiu, sem restrições, o pedido (...). Votou o Presidente na preliminar e no mérito.

O Presidente era o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

Ext 633.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal indeferiu o pedido de extradição. Votou o Presidente.

Presidente era o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

Ext 864.

Decisão: O Tribunal, por decisão unânime, deferiu parcialmente o pedido de extradição, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

Ext 737.

Decisão: O Tribunal (...) deferiu o pedido de extradição. Votou o Presidente.

Presidência do Sr. Ministro Celso de Mello.

Ext 615.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu o pedido de extradição, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o indeferia, nos termos do voto que proferiu. Votou o Presidente.

Era o Ministro Octávio Gallotti.

Ext 994.

Decisão: O Tribunal (...) indeferiu (...) [etc., etc]. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim.

Ext 694.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal indeferiu o pedido de extradição. Votou o Presidente.

Era o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

Ext 615, "Votou o Presidente", o Sr. Ministro Octávio Gallotti; **Ext 801**, "Votou o Presidente", o Sr. Ministro Carlos Velloso.

O mais típico destes casos foi o da **Ext 773**, da República Federal da Alemanha. Nesse caso, houve empate de cinco a cinco, e o Sr. Ministro Presidente, então o Ministro Carlos Velloso, não se encontrava presente. Foi suscitada a questão, e o Tribunal decidiu que não era caso para aplicar a norma do *habeas corpus* e determinou que se aguardasse outra sessão, para que o Ministro Presidente votasse. E foi o que o Ministro fez, desempatou.

Senhor Presidente, não há, portanto, nenhuma base, nem legal, nem constitucional, nem regimental, para que o Presidente não vote. Isso, abstraindo todos os demais aspectos, não apenas porque a matéria em si é tipicamente constitucional – penso tê-lo demonstrado –, até porque, e não por outro motivo, o Tribunal sempre observou rigorosamente essa praxe de o Presidente votar na extradição. Aliás, recordo que foi o voto de Vossa Excelência como Presidente que suscitou, em processo de extradição, solução muito importante: pela primeira vez, se não me falha a memória, relaxou-se a prisão cautelar de um ex-jogador de futebol, que era extraditando, no curso do processo de extradição. E Vossa Excelência votou, e o Tribunal, aliás, acompanhou muito bem, com o meu apoio também, o voto de Vossa Excelência, que abriu o precedente importantíssimo de não tornar compulsória e automaticamente obrigatória a prisão durante o processo de extradição.

Noutras palavras, Senhor Presidente, eu acho que devíamos passar, imediatamente, ao seu voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Essa questão já estava posta.

O Sr. Luís Roberto Barroso (Advogado): Vossa Excelência me perdoe? Eu não disse que Vossa Excelência não pode votar, eu postulei no sentido de que um homem com a formação garantista que Vossa Excelência tem imprimido a esse Supremo Tribunal Federal não vote para mandar um homem para a prisão perpétua na Itália. E não que Vossa Excelência não pode. E os desempates geralmente são a favor do extraditando, e não contra.

O Sr. Nabor Bulhões (Advogado): Eminente Presidente, um segundo sobre a questão de ordem. O Ministro Celso de Mello tem um acórdão primoroso, mediante o qual ele mostra e demonstra a razão por que o Presidente sempre, obrigatoriamente, vota na extradição. É que, independentemente da defesa do extraditando, é obrigatório o exame de pressupostos constitucionais pelo Supremo por ocasião do julgamento da extradição. Disse ele que, sempre, o Supremo terá que examinar o contido no art. 5º, LVII, segundo o qual não se extraditará se se tratar de crime político.

Independentemente então da defesa do extraditando, sempre haverá tema constitucional de observância obrigatória pelo Supremo. Essa é a razão por que,

em todos os casos citados pelo eminente Ministro Cezar Peluso, o Presidente sempre votou e obrigatoriamente tem que votar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Ext 1.122 – isso foi recente – da minha Relatoria, a propósito daquela grave discussão entre Autoridade Palestina e o Estado de Israel, o Presidente também votou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Aliás, não fora isso, o art. 664 do Código de Processo Penal, se não me falha a memória, determina, no parágrafo único, que, em caso de empate em *habeas corpus*, o Presidente tem que votar; em caso contrário é que se proclama o resultado mais favorável.

O Sr. Luís Roberto Barroso (Advogado): O Regimento Interno prevê que na Turma é exatamente ao contrário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, essa questão já estava anunciada e agora já foi, a meu ver, cabalmente respondida na intervenção do Ministro Peluso e também na manifestação do Ministro Britto. A regra é muito clara, o Presidente do Plenário não proferirá voto salvo em matéria constitucional.

A despeito de todas as considerações aqui feitas sobre a quase natureza constitucional inerente ao próprio processo de extradição, já é uma situação *sui generis*, o constitucionalismo brasileiro fez esta opção de conferir ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar essas extradições e, portanto, já é uma competência específica.

Parece não haver dúvida de que todo o debate agora, o próprio voto divergente trazido pelo Ministro Marco Aurélio, está prenhe de considerações de índole constitucional, a partir da discussão sobre a configuração ou não de crime político, sobre o caráter obrigatório ou não da decisão e o reflexo no âmbito da divisão de Poderes, tudo isso está posto e são todas questões constitucionais. De modo que aqui não há nenhuma dúvida de que estamos diante de uma insofismável, inquestionável, indiscutível questão constitucional.

Já a discussão sobre o refúgio, e também a sua imbricação com o processo de extradição, não é nova porque o Supremo já a enfrentou também em relação ao asilo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se Vossa Excelência permite? O próprio instituto da extradição como ferramenta jurídica de cooperação entre os povos para o combate à criminalidade decola diretamente da Constituição Federal, é o art. 4º, IX, expressamente.

E a própria extradição, como expressão da soberania estatal, também é matéria eminentemente constitucional. Soberania do Estado até para, mediante lei, instituir uma legislação sobre o processo extradicional. E tudo isso deita raízes evidentemente na Constituição Federal.

A extradição é um instituto prenhe, carregado, de aspectos constitucionais a partir mesmo dessa questão da soberania. E também o processo extradicional é instituído sob a competência judicante do Supremo Tribunal Federal para

homenagear outro fundamento constitucional regente das relações internacionais do Brasil. Esse outro fundamento é a prevalência dos direitos humanos, está no inciso II do art. 5º da Constituição. Então, por muitos aspectos, o instituto da extradição é matéria que deita raízes na nossa Constituição Federal. Portanto, a matéria é constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Essa questão me parece muito clara. Esse aspecto da análise da questão sob a óptica puramente constitucional foi expressamente ventilado, como já disse o Relator no seu voto, adotando Sua Excelência o entendimento manifestado em linha de preliminar de pleno cabimento do controle jurisdicional sobre ato administrativo vinculado, consistente na concessão de refúgio, a invocar desdobramentos contra os princípios da legalidade, da inafastabilidade de análise pelo Poder Judiciário, bem como da própria competência do Supremo para decidir pedidos de extradição. Isto foi claramente colocado no voto.

Então, destaco apenas uma parte:

> Não há, pois, como nem por onde, na interpretação unitária e constitucional do regime normativo do instituto do refúgio, estabelecer, de maneira oracular ou dogmática, que, independentemente de reverência à ordem jurídica, toda decisão emanada do Poder Executivo produza, em qualquer caso, o efeito ou efeitos típicos a que tenda. E não o há, desde logo porque, nos limites deste caso, como nítida questão prévia que se suscita, tem a legalidade do ato administrativo de ser conhecida e decidida pela Corte como tema preliminar, suposto profundamente vinculado ao mérito mesmo do pedido de extradição, que não pode deixar de ser julgado, se se dê por invalidez e ineficácia da concessão de refúgio. Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico.
>
> Em suma, a decisão do Senhor Ministro da Justiça não escapa ao controle jurisdicional sobre eventual observância dos requisitos de legalidade, sobretudo à aferição de correspondência entre sua motivação necessária declarada e as *fattispecie* normativas pertinentes, que é terreno em que ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos, até para averiguar se não terá sido usurpada, na matéria de extradição, competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A própria defesa do ponto de vista segundo o qual o caso é típico do cometimento de crime político, isso foi ressaído do voto do Ministro Marco Aurélio, então, a caracterização dos fatos como configuradores de crime político, para efeito de proibição de extradição, excludente, portanto, da própria concessão do pedido de extradição por parte do Estado estrangeiro, também tem previsibilidade constitucional explícita, é o inciso LII do art. 5º:

> LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

Quer dizer, a própria tese esgrimida no voto bem elaborado do Ministro Marco Aurélio também arranca, decola diretamente da Constituição Federal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na mesma esteira, a decisão concessiva do refúgio da lavra do Ministro da Justiça invoca como um dos seus fundamentos o art. 4º da Constituição Federal, firmando a concessão do asilo como um dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil, com isso buscando paralelo com o instituto do refúgio.

Não foi diferente, também, isso já foi observado pelo Ministro Britto agora, a postura do ilustre defensor do extraditando, meu dileto amigo e colega de academia, Professor Luís Roberto Barroso, conforme deixou claro em suas diversas manifestações, especialmente no memorial entregue a todos os Ministros desta Corte. Eu apenas destaco as suas manifestações:

> A extradição é inviável, pois os crimes com fundamentos nos quais ela é pedida são políticos – e cita o artigo 5º, inciso LII, e a Lei n. 6.815. A extradição é inviável, pois os quatro homicídios não seriam puníveis no Brasil e a Emenda Constitucional n. 2.685 anistiaram os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos – portanto, a questão se coloca também no plano constitucional. A extradição é inviável pois a sentença que condenou o peticionário violou elementos essenciais do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, e também a Lei n. 6.815).

O Sr. Ministro Carlos Britto: É multiplamente constitucional a matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente):

> À luz do Direito brasileiro – são todas palavras, portanto, do Professor Luís Roberto Barroso – nenhuma extradição pode ser concebida sem o prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Essa judicialização do procedimento, como amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, se faz em favor do extraditando de modo a assegurar a prevalência dos parâmetros maiores da Constituição brasileira. O respeito aos direitos humanos (art. 4º, II, da Constituição) e aos direitos individuais (art. 5º, *caput*) do extraditando é o grande vetor a orientar as decisões nos processos de extradição passiva.

Portanto, há uma concordância básica entre a posição defendida aqui pela defesa e aquilo que já foi manifestado. Mas há mais:

> O STF desempenha, portanto, um controle sob a legalidade e a procedência do pedido. Indeferida a extradição pela Corte, o extraditando não poderá ser entregue ao Estado estrangeiro. Deferida a extradição, todavia, a decisão política acerca de sua execução é do Presidente da República que detém, nos termos da Constituição, competência privativa em matéria de relações internacionais (artigo 84, VII e VIII) – portanto, de novo, a questão é enfocada sob a perspectiva constitucional. E, finalmente, na linha da transição constitucional brasileira, a Carta de 88, em seu artigo 5º, inciso XLVII, veda penas de caráter perpétuo, assim como todas constam do mesmo inciso, penas de morte, de trabalhos forçados, cruéis e de banimento.

Portanto, não há nenhuma dúvida de que nós estamos diante de uma matéria multiplamente constitucional. Então, em respeito ao notável Professor, eu dou essa resposta, mas a matéria me parece já claramente definida nesse sentido.

E eu gostaria também, Senhores Ministros, em relação à consideração feita pelo Ministro Marco Aurélio a propósito das exorbitâncias que esta Corte teria cometido, e aí com o aval do Professor Canotilho. Sabem todos que eu tenho uma relação de longa data com o Professor Canotilho, e de muita proximidade, cooperação e convivência acadêmica. Talvez pelo tipo de seleção, é capaz que haja até um truncamento nas ideias passadas, embora se trate de um jornal muito cuidadoso e de um jornalista também muito respeitado, Juliano Basile, mas é muito provável que o apanhar das ideias ali tenha revelado um pensamento truncado.

O Professor Canotilho tem o maior respeito pelo Supremo Tribunal Federal, tanto é que está dedicado, hoje, eu sou seu colega nesse trabalho, a elaborar um comentário à Constituição brasileira, tanto respeito ele vota ao nosso sistema constitucional. E também o Professor Canotilho considera que nós avançamos positivamente, por exemplo, realizando aquilo que Portugal não conseguiu realizar em matéria de omissão inconstitucional. Isso é reconhecido publicamente e tem sido objeto de discussões e seminários.

Talvez haja uma certa surpresa quanto ao êxito na atuação da Corte. Quer dizer, aquilo que, eventualmente, a Corte desenha e decide se aproxima da realidade, como o direito de greve, ou caso Raposa Serra do Sol, ou a súmula sobre as algemas, ou a fidelidade partidária – que ele mesmo cita. Tanto que isso é destacado.

De modo que, só para fazer esse registro, sem nenhum espírito de polêmica, aquilo que a Corte brasileira vem fazendo e que, realmente, às vezes a singulariza em relação a muitas Cortes constitucionais, na verdade, talvez não tenha correspondência *in totum* na Europa, mas, certamente, não porque muitos constitucionalistas não quisessem que tal fosse o desempenho das Cortes constitucionais em determinados países, mas porque, talvez, as condições políticas não propiciem. Nesse caso, a Corte no Brasil tem conseguido ter condições de fazer cumprir as suas decisões.

Quando operamos, também, no plano último da mensagem da decisão constitucional, aqui não há que invocar, realmente, força policial ou Exército, porque, aí, estamos a operar no plano da lealdade constitucional. Por que o Presidente da República cumpre uma decisão? Não é porque será, eventualmente, afastado do cargo se não vier cumpri-la, é porque respeita a Constituição. Sabemos que as condições políticas, para o seu afastamento, são extremamente difíceis, precisaria haver um processo instaurado pelo Procurador-Geral da República, mas precisaria haver aprovação por dois terços da Câmara dos Deputados. Não é por esse temor.

Como também podemos usar outros exemplos: por que um comandante militar cumpre uma decisão judicial quando ele está lá no forte apache? Não é, certamente, com medo do eventual oficial de justiça que talvez pudesse estar

assessorado por um agente da Polícia Federal. É por respeito à ordem constitucional, por um maior valor que se coloca na ordem constitucional. Então, é preciso que tenhamos essa visão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Essa ideia central, Senhor Presidente, de que a Constituição governa permanentemente quem governa transitoriamente, deita raízes, também, naquela teoria para a qual tanto contribuiu o professor Canotilho, a própria Constituição dirigente.

E o fato de três Ministros se deslocarem de seus gabinetes para o distante Estado de Roraima, a fim de conhecer a realidade daquele Estado, numa questão tão importante quanto Raposa Serra do Sol, acho que isso demonstra sensibilidade social e senso de realidade. Longe de crítica, a nossa atuação, creio até mereceria esse tipo de despreendimento, de disposição, para conhecer a delicada realidade brasileira em questões indígenas. Acho que esse tipo de disposição não merece censura.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu também queria fazer um brevíssimo aparte.

Foi dito aqui, tanto da tribuna quanto por parte do eminente Colega que acabou de proferir o seu voto, que estaríamos, eventualmente, extrapolando a nossa competência, ingerindo em seara de competência alheia, notadamente do Congresso Nacional.

Eu ousaria dizer que a análise da natureza do crime alegadamente cometido pelo extraditando, na verdade, nem se insere no rol de matérias que o Supremo Tribunal decidiu recentemente em que estaria atuando em complementação à atuação do Congresso Nacional, mormente, quando existe uma situação de omissão. Mas, neste caso, o Congresso Nacional, no Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815, expressamente deferiu ao Supremo o exame do caráter dos fatos que são imputados aos extraditandos. Isso está expresso no art. 77, § 2º, da Lei 6.815, do Estatuto do Estrangeiro, que textualmente diz o seguinte:

> § 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

Porque, se se tratar de crime de delito político, a extradição não será concedida, ou seja, o Congresso Nacional outorga essa competência ao Supremo Tribunal Federal.

Diz mais no § 3º do art. 77:

> § 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Portanto, Senhor Presidente, nós não estamos agindo à margem da Constituição ou extrapolando a nossa competência, posto que o próprio Congresso

Nacional nos deferiu, nos outorgou expressamente a competência de caracterizar os fatos como políticos ou não, e excluir todas essas situações da rubrica crime político. Apenas isso, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, não há nenhuma dúvida em relação à correção com que o Tribunal se conduz nesses termos. E mesmo em relação aos casos de omissão constitucional, sabem todos, o Tribunal tem sido extremamente cauteloso. Só, de fato, tem ousado soluções alternativas, sentenças de perfil aditivo, ainda assim fazendo construções respeitosas das soluções já eventualmente adotadas pelo Congresso Nacional, depois de uma reiterada demora, como aconteceu, por exemplo, no que diz respeito ao direito de greve do servidor público em que já havia uma decisão de 1989. Portanto, o Congresso levou mais de vinte anos sem dar resposta aos apelos do Tribunal.

Mas, Senhores Ministros, não tenho nenhuma dúvida de que estou em condições de votar. Trouxe voto, mas, diante da necessidade do Ministro Marco Aurélio de se afastar por razões de compromissos anteriormente assumidos, de viagem, eu vou encerrar a sessão, uma vez que nós estamos apenas com cinco Colegas no Plenário, e proferirei o voto oportunamente.

Portanto, depois de **rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio sobre a necessidade de *quorum* constitucional, rejeitada a preliminar suscitada pelo Ministro Marco Aurélio quanto à conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança, e também agora a questão de ordem quanto à matéria constitucional**, o mais as questões suscitadas no voto do Ministro Marco Aurélio serão contempladas quando da pronúncia do meu voto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, pediria apenas que ficasse consignado textualmente que foi reconhecida a necessidade do voto de Vossa Excelência. Não é faculdade, é necessidade do voto de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Está encerrada a sessão.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.085/República Italiana — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governo da Itália (Advogado: Antonio Nabor Areias Bulhões). Extraditando: Cesare Battisti (Advogados: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros, Suzana Angélica Paim Figuerêdo, Georghio Alessando Tomelin, Rosa Maria Assef Gargiulo, Luís Roberto Barroso e Renata Saraiva).

Decisão: O Tribunal rejeitou as questões de ordem suscitadas pelo Ministro Marco Aurélio da necessidade de *quorum* constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança. O Tribunal rejeitou a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento Interno, e reconheceu a necessidade do voto do Presidente, tendo em vista a matéria constitucional. Após o voto do Ministro

Marco Aurélio, indeferindo o pedido de extradição, o julgamento foi suspenso. Ausentes os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, por haverem declarado suspeição na Ext 1.085, a Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal no exterior e, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 12 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, Vossa Excelência me permitiria a palavra, já que o julgamento não está encerrado?

Compreendi, Presidente, desde cedo, que, no ofício judicante, o juiz deve evoluir tão logo convencido de assistir maior razão a uma óptica inicialmente rechaçada. Com isso, revela responsabilidade e segurança considerado esse dever público de substituir a vontade das partes de forma coercitiva e também, a meu ver, engrandece a própria magistratura, engrandece o próprio tribunal a que integrado.

No voto que proferi, enfoquei cinco tópicos: o primeiro alusivo ao refúgio e assentei que não poderíamos examiná-lo com profundidade.

O segundo esteve ligado à natureza do crime praticado, quando, então, ressaltei que o título executivo judicial formalizado pela jurisdição italiana contém 34 referências a movimento de subversão da ordem estatal. Fui adiante para analisar o problema da prescrição. É sobre ela que vou evoluir, considerando o que sustentei anteriormente. E cheguei, após o exame das demais causas de pedir da defesa, subscrevendo, nessa ordem, o parecer da Procuradoria-Geral da República e o voto do Relator. Também, ante o contido no voto do Relator, salientei o aspecto referente à natureza, em si, do pronunciamento do Supremo, quanto ao dirigente maior do país.

Presidente, retirei-me, quando da sessão do dia doze, penso, já às dezoito horas e quarenta minutos, para honrar compromisso, e não tive oportunidade de ouvir o que ponderado pelo Relator quanto à problemática da prescrição. Mas, chegando a mim a notícia de que Sua Excelência apontou que ante certo recurso não estaria prescrita nem a pretensão punitiva nem a executória, procedi ao exame da questão e vou reajustar o voto sem mudança fundamental quanto ao indeferimento da extradição nessa parte. Por que o faço, Presidente? Em primeiro lugar, sob o ângulo da prescrição da pretensão punitiva, tomando o crime mais remoto, praticado em 1977, ocorre que, em 1988, com a primeira decisão condenatória, não se passaram, até então, os vinte anos alusivos ao prazo prescricional, mas apenas onze.

Sob o aspecto ligado à pretensão executória, confiro ao art. 112 do Código Penal não a interpretação simplesmente literal, gramatical, verbal, desprezando, no caso, a existência de recurso da defesa.

Se formos ao citado artigo, veremos que o termo inicial da prescrição da pretensão executória se faz ligado à inexistência de recurso da acusação.

Mas todos sabemos – é noção comezinha – que não se pode cogitar de prescrição sem o nascimento de uma ação. E, evidentemente, se há recurso da defesa, presente até mesmo o princípio constitucional brasileiro da não culpabilidade, não há campo para partir-se à execução que seria açodada, precoce, temporã da sentença proferida.

Essa é a interpretação que dou ao art. 112 do Código Penal.

Poderíamos aventar – e quase sempre essa espécie de prescrição da pretensão punitiva se apresenta – da prescrição intercorrente entre uma decisão e outra, ou seja, a decisão de 1988 e a decisão de 1993.

Acontece que o período transcorrido do crime até a primeira decisão condenatória é menor do que os onze anos a que me referi. Passaram apenas cinco anos.

Se tomarmos, Presidente, que, no caso, o aperfeiçoamento, em termos de execução do que decidido na Itália, ocorreu em 1993, hoje são passados não vinte, mas dezesseis anos.

Quando votei, parti da premissa de que a condenação preclusa teria se verificado em 1988. Por isso disse que, em 2008, deu-se a complementação dos vinte anos.

Com esses esclarecimentos, refuto a causa de pedir da defesa assentada na prescrição.

Era a retificação que queria fazer, porque o julgamento ainda não terminou e é sempre possível ter-se a retificação de voto antes da proclamação final.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes:

I – Introdução

Trata-se de pedido de extradição executória formulado pelo Governo da Itália, visando à entrega do nacional italiano *Cesare Battisti*.

Segundo colhe-se dos autos, o pleito extradicional tem como base a condenação do extraditando à prisão perpétua pelos seguintes delitos:

a) homicídio do agente penitenciário Antonio Santoro, ocorrido em Udine, no dia 6 de junho de 1977;

b) homicídio do joalheiro Pierluigi Torregiani, ocorrido em Milão, em 16 de fevereiro de 1979;

c) homicídio do açougueiro Lino Sabbadin, ocorrido em Mestre, em 16 de fevereiro de 1979;

d) homicídio do agente de polícia Andréa Campagna, ocorrido em Milão, em 19 de abril de 1979.

Efetivado o interrogatório, foi apresentada defesa técnica por advogados constituídos, os quais levantaram preliminares de (i) vício formal da documentação apresentada pelo Estado requerente e (ii) perda da eficácia da prisão preventiva, pela inobservância do art. 13, 4, do Tratado firmado entre Brasil e Itália.

No mérito, a defesa apontou (i) a nulidade dos processos criminais que ensejaram a condenação – dada à revelia do acusado em feitos de competência do Tribunal do Júri –, a qual entendem descabida, e (ii) a natureza política dos processos criminais.

Em seu parecer, opinou o Procurador-Geral da República pelo deferimento da extradição.

Veio aos autos notícia de que o extraditando solicitou que fosse reconhecida sua condição de refugiado pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), forçando a suspensão do processo, nos termos do art. 34 da Lei 9.474/1997.

Sobreveio decisão do Conare de indeferimento do pedido de refúgio, o que motivou recurso ao Ministro da Justiça, finalmente provido "para reconhecer a condição de refugiado a Cesare Battisti, nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/1997".

Diante da decisão do Ministério da Justiça, a defesa peticionou requerendo a imediata libertação do extraditando e, ato contínuo, que fosse o pedido de extradição declarado prejudicado.

Dito pedido foi apresentado em época de plantão de férias, à vista do qual, encaminhei os autos ao Procurador-Geral da República, que se manifestou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, ou, em caso de entendimento diverso, pelo deferimento da extradição.

O encaminhamento do pedido ao Procurador-Geral da República levou a defesa a interpor agravo regimental, tendo o *Parquet* opinado pelo seu desprovimento.

O Governo da Itália apresentou manifestação requerendo o deferimento da extradição, impetrando também mandado de segurança contra a decisão concessiva do refúgio.

Nova petição do extraditando foi apresentada, pleiteando, dessa feita, o reconhecimento da prescrição dos crimes que fundamentam o pedido, tendo o Ministério Público Federal opinado pelo seu indeferimento.

Na sessão plenária de 9-9-2009, o Tribunal homologou o pedido de desistência do agravo regimental, interposto pelo Governo da Itália, nesta extradição.

Em seguida, rejeitou questão de ordem suscitada pela Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o MS 27.875 antes do pedido de extradição.

Por maioria (cinco votos a quatro), o Tribunal julgou prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer, nos autos desta extradição, a ilegalidade do ato do Ministro de Estado da Justiça, por meio do qual concedeu a estatura de refugiado ao extraditando Cesare Battisti, vencidos os Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Participaram dessa sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, bem como o Presidente.

Iniciado o julgamento de mérito do pedido de extradição, o Relator, Ministro Cezar Peluso, deferiu o pleito do Governo da Itália, por entender que não se tratava de imputação de crimes de natureza política, ressaltando que o Presidente da República há de cumprir a decisão do Supremo, caso esta seja pela autorização da extradição com a entrega do estrangeiro ao Governo da Itália, conforme o art. 1º do Tratado de Extradição, celebrado entre o Brasil e a Itália.

O Relator foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie.

A Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa – apesar de o Tribunal, anteriormente, por maioria, já ter declarado ilegal o ato do Ministro de Estado da Justiça mediante o qual se concedeu refúgio ao extraditando – julgaram extinto o pedido de extradição, tendo em vista não vislumbrarem qualquer mácula no ato formalizado pelo Ministro de Estado da Justiça, com fundamento na Lei 9.474/1997. Consignaram que fosse determinada a expedição de alvará de soltura, por considerar que Cesare Battisti estaria preso ilegalmente, uma vez que foi reconhecida a respectiva condição de refugiado.

O Ministro Joaquim Barbosa ainda consignou que cabe ao STF apenas analisar a legalidade do pedido de extradição e verificar a ocorrência ou não de prescrição. Ressaltou que "a decisão política situa-se no âmbito exclusivo e discricionário do chefe do Poder Executivo". Segundo Barbosa, o Presidente da República não pode entregar um extraditando sem autorização do Supremo Tribunal Federal, contudo, após concedida a autorização, o chefe do Poder Executivo pode decidir não extraditar o estrangeiro procurado por outro país.

O julgamento foi suspenso ante o pedido de vista formulado pelo Ministro Marco Aurélio.

Reiniciado o julgamento na sessão plenária de 12-11-2009, o Ministro Marco Aurélio reconheceu a higidez do ato de concessão de refúgio do Ministro de Estado da Justiça, entendendo, no caso, tratar-se de crimes de natureza política, tendo em vista que a sentença condenatória do extraditando afirma 34 vezes que os atos criminosos tiveram o objetivo de "subverter a ordem do Estado". Nesse contexto, Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio apontou óbice à concessão da extradição no disposto no art. 5º, LII, da Constituição Federal, e no art. 3º, item 1, letra *e*, do Tratado Bilateral de Extradição entre Brasil e Itália, de 1989.

Ademais, consignou ser da competência privativa do Presidente da República manter relações internacionais (art. 84, VII), a quem compete atribuir a estatura de refugiado a estrangeiro que, formulando o pedido, assim seja considerado, mediante ato estritamente discricionário.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio reconheceu a ocorrência da prescrição executória. Ressaltou que a sentença condenatória italiana foi formalizada em 13 de dezembro de 1988 e, desde então, não ocorreu qualquer causa interruptiva do prazo prescricional, decorrendo quase vinte anos e onze meses (109, I, do Código de Processo Penal Brasileiro).

Os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli declararam-se suspeitos e não participaram da votação.

Nesse momento, o julgamento encontrava-se empatado, em quatro votos a quatro, surgindo o debate sobre se teria a Presidência direito de voto no caso em análise. O Plenário, relembrando inúmeros precedentes e tendo como evidente, no caso concreto, estar em exame "matéria constitucional", abre à Presidência a oportunidade de manifestação de voto, nos exatos termos do inciso I do art. 146 do RISTF, sem que se possa invocar a solução do parágrafo único do mesmo artigo (Art. 146. "O Presidente do Plenário não proferirá voto, salvo: I – em matéria constitucional;(...). Parágrafo único. No julgamento do *habeas corpus*, pelo Plenário, o Presidente não terá voto, salvo em matéria constitucional, proclamando-se, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente").

Contudo, suspendi o julgamento e declarei encerrada a sessão plenária de 12-11-2009, tendo em vista a ausência do *quorum* regimental. Contávamos, naquele momento, apenas com cinco Ministros presentes em Plenário.

Antes de apresentar, a seguir, as razões de meu voto, ressalto que não analisarei a questão da prescrição, tendo em vista que ela está absolutamente resolvida por todos os pontos de vista, não havendo o que acrescentar à posição do Relator e dos Ministros que o seguiram nesse ponto.

II – Voto da Presidência – Cabimento

Nas sessões de julgamento de 9 de setembro de 2009 e de 12 de novembro de 2009, surgiu o debate sobre se teria a Presidência direito de voto no caso em análise, o que passo a tratar nesta oportunidade.

Dispõe o art. 146 do RISTF:

> Art. 146. O Presidente do Plenário não proferirá voto, salvo:
> I – em matéria constitucional;
> II – em matéria administrativa;
> III – em matéria regimental;
> IV – nos demais casos, quando ocorrer empate, salvo o disposto no parágrafo único deste artigo;
> V – nos processos em que esteja vinculado pelo relatório, pelo visto de Revisor, ou pelo pedido de vista;

VI – nas representações para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Parágrafo único. No julgamento do *habeas corpus*, pelo Plenário, o Presidente não terá voto, salvo em matéria constitucional, proclamando-se, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.

Tenho como evidente, no caso concreto, estar em exame "matéria constitucional", abrindo à Presidência a oportunidade de manifestação de voto, nos exatos termos do inciso I do art. 146, acima transcrito, sem que se possa invocar a solução do parágrafo único do mesmo artigo.

Com efeito, e conforme melhor será demonstrado no desenvolvimento do meu voto, discute-se neste Plenário não apenas o atendimento aos requisitos legais da extradição, estendendo-se o âmbito de conhecimento submetido à Corte, também, à análise da pretendida prejudicialidade do feito extradicional, ante a concessão de refúgio ao extraditando por ato do Ministro da Justiça que deu provimento a recurso administrativo interposto contra decisão denegatória do benefício proferida pelo Conare.

Esse aspecto de análise da questão sob a ótica puramente constitucional foi expressamente ventilado no voto do Ministro Relator, adotando Sua Excelência o entendimento, manifestado em linha de preliminar, de pleno cabimento do controle jurisdicional sobre o ato administrativo **vinculado** consistente na concessão de refúgio, a invocar desdobramentos quanto aos princípios da **legalidade** e da **inafastabilidade de análise pelo Poder Judiciário**, bem como da própria competência do Supremo Tribunal Federal para decidir pedidos de extradição.

Confira-se trecho do voto do Ministro Peluso:

Não há, pois, como nem por onde, na interpretação unitária e constitucional do regime normativo do instituto do refúgio, estabelecer, de maneira oracular, que, independentemente de reverência à ordem jurídica, toda decisão emanada do Poder Executivo produza, em qualquer caso, o efeito ou efeitos típicos a que tenda. E não o há, desde logo, porque, nos limites deste caso, como nítida questão prévia que se suscita, tem a legalidade do ato administrativo de ser conhecida e decidida pela Corte como tema preliminar, que não pode deixar de ser julgado, se se dê por invalidez e ineficácia da concessão de refúgio. Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência do poder jurídico. Em suma, a decisão do Senhor Ministro da Justiça não escapa ao controle jurisdicional sobre eventual observância dos requisitos de legalidade, sobretudo à aferição de correspondência entre sua motivação necessária declarada e as *fattispecie* normativas pertinentes, que é terreno em que ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos, até para averiguar se não terá sido usurpada, na matéria de extradição, competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Na mesma esteira, a decisão concessiva do refúgio, da lavra do Ministro da Justiça, invoca, como um de seus fundamentos, o art. 4º da Constituição Federal, firmando a concessão do asilo como um dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil, buscando, com isso, paralelo com o instituto do refúgio.

Não foi diferente a postura do ilustre defensor do extraditando, Dr. Luís Roberto Barroso, conforme deixou claro em suas diversas manifestações, especialmente em memorial entregue a todos os Ministros desta Corte Suprema.

Entendo pertinente transcrever, a título ilustrativo, os seguintes trechos do aludido documento:

> – A extradição é inviável, pois os crimes com fundamento nas quais ela é pedida são políticos (Constituição, art. 5º, LII, e Lei n. 6.815/80, art. 77, VII).
>
> – A extradição é inviável, pois os quatro homicídios não seriam puníveis no Brasil (Lei n. 6.815/80, art. 77, II e VI): a Lei n. 6.683/79 e a Emenda Constitucional n. 26/85 anistiaram os "crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política", praticados entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.
>
> – A extradição é inviável, pois a sentença que condenou o peticionário violou elementos essenciais do devido processo legal (Constituição, art. 5º, LIV e Lei n. 6.815/80, art. 77, VIII).
>
> – À luz do direito brasileiro, nenhuma extradição pode ser concebida sem o prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Essa judicialização do procedimento, como amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, se faz em favor do extraditando, de modo a assegurar a prevalência dos parâmetros maiores da Constituição brasileira. O respeito aos direitos humanos (CF, art. 4º, II) e aos direitos individuais (CF, art. 5º, *caput*) do extraditando é o grande vetor a orientar as decisões nos processos de extradição passiva, como já assentado expressamente pela Corte.
>
> – O STF desempenha, portanto, um controle sobre a legalidade e a procedência do pedido. Indeferida a extradição pela Corte, o extraditando não poderá ser entregue ao Estado estrangeiro. Deferida a extradição, todavia, a decisão política acerca de sua execução é do Presidente da República, que detém, nos termos da Constituição, competência privativa em matéria de relações internacionais (art. 84, VII e VIII).
>
> – Na linha da tradição constitucional brasileira, a Carta de 1988, em seu art. 5º, XLVII, veda penas de caráter perpétuo, assim como – todas constam do mesmo inciso – penas de morte, de trabalhos forçados, cruéis e de banimento.

Como se vê, tendo a própria defesa adotado diversos dispositivos e princípios constitucionais como fundamentos de suas teses, nenhum argumento válido serviria, agora, para afastar a certeza de encontrar-se em análise **matéria constitucional**, situação que justifica, consoante a disposição regimental, o exercício do direito de voto pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando a regra especial do parágrafo único do art. 146 do RISTF, visto não se tratar de *habeas corpus* e não haver lacuna regimental que justifique a analogia.

III – Prejudicialidade do mandado de segurança

Na mesma esteira da posição firmada pelo Ministro Relator, reitero o entendimento sobre ser plenamente possível a análise direta da regularidade do ato administrativo do Ministro da Justiça, que resultou na concessão de refúgio,

independentemente da existência, ou não, de mandado de segurança impetrado pelo Estado requerente da extradição contra aludida medida, como preliminar do feito extradicional.

Tenho, de fato, como inafastável, que o deferimento de refúgio no curso do processo de extradição assume feições de matéria preliminar, a ser normalmente analisada pela Corte, justamente ante os termos do art. 33 da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, o qual dispõe que "o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio".

Ora, tendo o aludido art. 33 da Lei do Refúgio, em princípio, o condão de obstaculizar o andamento do processo de extradição, de originária e exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal, a Corte não apenas pode, como deve observar a legalidade do ato em tese prejudicial, para saber se o exercício dessa competência não restaria indevidamente coarctada por ato ilegal, mesmo sem provocação das partes.

E deve fazê-lo não porque o ato administrativo de concessão de refúgio seria cognoscível de ofício pelo Judiciário, mas em razão de sua edição no curso do feito extradicional, obrigando o STF a se manifestar sobre a regularidade desse ato impeditivo do normal exercício da competência constitucional da Corte.

IV – Efeitos do art. 33 da Lei 9.474/1997 sobre o processo de extradição

Como já tive oportunidade de manifestar em voto prolatado nos autos da Ext 1.008, da qual fui Relator, entendo plenamente cabível perquirir a aplicabilidade do art. 33 da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, o qual dispõe que "o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio".

No que concerne ao pedido de extradição formulado nestes autos, observo que os fatos que fundaram a concessão do refúgio têm pertinência com o "relevo político" da instauração, pelo Estado requerente, de persecução penal em face do ora extraditando.

Nesse contexto, coloca-se a seguinte questão: considerada a alusão à natureza política da apuração dos delitos imputados ao extraditando, o ato de concessão do refúgio pelo Ministro da Justiça, dando provimento ao recurso interposto contra a negativa decidida pelo Conare, inviabilizaria, em definitivo, a continuidade da apreciação do pleito extradicional por este Supremo Tribunal Federal?

Segundo afirmei no julgamento da já referida Ext 1.008, o deslinde desse questionamento requisita, necessariamente, reflexões quanto ao tema da divisão constitucional de competência estabelecida na ordem jurídica vigente. Essa ressalva é pertinente principalmente porque, no caso concreto, discute-se se os fatos atribuídos ao extraditando configuram, ou não, crimes políticos.

A esse respeito, é válido considerar, antes de tudo, que o texto constitucional é explícito ao asseverar a competência originária deste STF para a apreciação de "extradição solicitada por Estado estrangeiro" (CF, art. 102, I, *g*), bem como

ao vedar a extradição de estrangeiro por "crime político ou de opinião" (CF, art. 5º, LII). Ademais, o inciso VII, c/c § 2º e § 3º do art. 77 da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) estabelece que:

> Art. 77. Não se concederá a extradição quando:
> VII – o fato constituir crime político;
> § 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.
> § 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Em conformidade com os arts. 77 e 78 da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), não será concedida extradição quando: o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil; a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano; o extraditando estiver respondendo a processo pelo qual já foi condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; estiver extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva; **o fato constituir crime político [g.n.]**; o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de Exceção; o crime não for cometido no território do Estado requerente.

Em outras palavras, a ordem jurídica vigente (Lei 6.815/1980, art. 77, inciso VII, c/c § 2º e § 3º), especifica que, para fins de extraditabilidade, a última palavra compete à Corte Constitucional quanto à configuração, ou não, da natureza política de delito imputado a extraditando.

Situações similares à descrita nestes autos foram enfrentadas por nossa jurisprudência com relação ao reconhecimento da possibilidade da extradição do asilado político.

A primeira delas verificou-se no julgamento da Ext 232/Cuba, de Relatoria do Min. Victor Nunes Leal. Nesse julgado, o Plenário deste Tribunal, por unanimidade de votos, decidiu que a concessão de asilo territorial ou diplomático pelo Poder Executivo Brasileiro, por si só, não obstaria o juízo de extraditabilidade a ser manifestado pelo STF. Eis o teor da ementa desse clássico precedente, *verbis*:

> *Ementa*: 1) A situação revolucionária de Cuba não oferece garantia para um julgamento imparcial do extraditando, nem para que se conceda a extradição com ressalva de se não aplicar a pena de morte. 2) Tradição liberal da América Latina na concessão de asilo por motivos políticos. 3) Falta de garantias considerada não somente pela formal supressão ou suspensão, mas também por efeito de fatores circunstanciais. 4) A concessão de asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal, e não pelo governo. 5) Conceituação de crime político proposta pela Comissão Jurídica Interamericana, do Rio de Janeiro, por incumbência da IV Reunião do Conselho Interamericano de Jurisconsultos (Santiago do Chile, 1949), excluindo "atos de bar-

bária ou vandalismo proibidos pelas leis de guerra", ainda que "executados durante uma guerra civil, por uma ou outra das partes".
(Ext 232/Cuba, Rel. Min. Victor Nunes Leal, Pleno, unânime, *DJ* de 17-12-1962.)

No julgamento da Ext 524/Paraguai, de Relatoria do Min. Celso de Mello, o Tribunal Pleno, novamente por unanimidade, indeferiu o pedido extradicional em acórdão assim ementado (no que interessa), *verbis*:

Ementa – Extradição passiva – Natureza do processo extradicional – Limitação jurídica dos poderes do STF – Inextraditabilidade por delitos políticos – Compromisso constitucional do Estado brasileiro – Asilo político – Extradição política disfarçada – Inocorrência – Deficiência na formulação do pedido de extradição – Inobservância do Estatuto do Estrangeiro do Tratado de Extradição Brasil/Paraguai – Incerteza quanto à adequada descrição dos fatos delituosos – Ônus processual a cargo do Estado requerente – Descumprimento – Indeferimento do pedido.

– O processo extradicional, que é meio efetivo de cooperação internacional na repressão à criminalidade comum, não pode constituir, sob o pálio do princípio da solidariedade, instrumento de concretização de pretensões, questionáveis ou censuráveis, que venham a ser deduzidas por Estado estrangeiro perante o Governo do Brasil.

– São limitados, juridicamente, os poderes do Supremo Tribunal Federal na esfera de demanda extradicional, eis que esta Corte, ao efetuar o controle de legalidade do pedido não aprecia o mérito da condenação penal e nem reexamina a existência de eventuais defeitos formais que hajam inquinado de nulidade a persecução penal instaurada no âmbito do Estado requerente. A necessidade de respeitar a soberania do pronunciamento jurisdicional emanado do Estado requerente impõe ao Brasil, nas extradições passivas, a indeclinável observância desse dever jurídico.

– A inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse favor *constitutionis*, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do Estado brasileiro.

– Não há incompatibilidade absoluta entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Disso decorre que a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. O estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou de opinião ou as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada (...).
(Ext 524/Paraguai, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 31-10-1990, Plenário, unânime, *DJ* de 8-3-1991.)

A doutrina aponta a existência de divergências conceituais entre o instituto do refúgio e o do asilo, não havendo unanimidade a respeito, consoante se depre-

ende das lições de Celso Duvivier de Albuquerque Mello, o qual, mencionando essa divergência, afirma, *verbis*:

> Gros Espiel salienta que asilo e refúgio são dois institutos distintos, com regulamentações diferentes. Salienta que os conceitos de asilo territorial e refugiado, nos termos da Convenção da ONU de 1951, às vezes estão unidos, mas que eles são distintos. Reconhece o internacionalista uruguaio que no DI [Direito Internacional] Americano ambos os institutos se confundem. Um princípio do direito dos refugiados é a "reunificação das famílias". A qualificação como refugiado não transforma automaticamente a pessoa em asilado territorial. Quem cuida do refugiado é o ACNUR [Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados] e quem cuida do asilado é o Estado. Já Denis Alland sustenta que o asilo e o estatuto do refugiado não são tão distintos, porque o asilo é anterior ao estatuto do refugiado e ao mesmo tempo uma consequência deste. A distinção entre refugiado e asilado territorial não é clara e Paul Lagarde fala em asilo territorial dos refugiados. Também tem sido assinalado que as diferenças entre asilado e refugiado dependem muito das práticas internas.
> (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. II. 15. ed. 2004, p. 1095.)

Para uma tentativa de sistematização do tema das distinções existentes entre cada um desses institutos, pode-se dizer que o asilo político constitui a admissão, pelo Estado, de estrangeiro perseguido em seu país de origem por razões ligadas a questões políticas, delitos de opinião, crimes concernentes à segurança do Estado ou outros atos **que não configurem quebra do direito penal comum**.

Nesse particular, a Constituição brasileira de 1988 consagrou a concessão de asilo político como princípio basilar nas relações internacionais do país (CF, art. 4º, X).

Segundo lição de Francisco Rezek, o asilo político é, por definição, um asilo territorial, e poderá ser concedido àquele que, cruzando fronteira, coloca-se sob a soberania de outro Estado (cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207).

Conforme bem esclareceu o Min. Celso de Mello em seu voto na Ext 524/Paraguai, o instituto do asilo político apresenta: "quer em sua prática consuetudinária, quer em sua disciplina convencional, a natureza eminentemente tutelar, pois tem por objetivo dispensar proteção efetiva à pessoa refugiada, preservando-a do arbítrio, da perseguição e da violência de natureza política" (Ext 524/Paraguai, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 31-10-1990, Plenário, unânime, *DJ* de 8-3-1991).

Em síntese, embora não haja uma obrigação internacional de concessão de asilo, parece que, entre nós, tendo em vista a expressa decisão constitucional, ele assume caráter de direito subjetivo do estrangeiro, e, como tal, há de ser tratado. A sua recusa somente poderá ocorrer nas hipóteses em que não se configure a situação prevista, sujeito o seu reconhecimento a controle pelo Judiciário.

O asilo diplomático, por sua vez, corresponde àquele em que a pessoa busca abrigo em uma representação diplomática estrangeira sediada em determinado

país. Trata-se, portanto, de uma forma provisória de asilo político, comumente praticada nos países da América Latina. A maioria dos Estados-Nação não o aceita, embora haja precedentes históricos relevantes também em alguns países da Europa.

A partir dos precedentes firmados na Ext 232/Cuba e Ext 524/Paraguai, o STF asseverou a tese de que a concessão de asilo político não impede, em princípio, a extradição, desde que ocorrentes os pressupostos para seu deferimento. Assim, afigura-se evidente que, excetuada a configuração de situação que obsta ou impede a extradição – crime político ou de opinião ou a impossibilidade de julgamento por juiz natural – a concessão do asilo político ou diplomático, por si só, não a obstaria.

O refúgio, por seu turno, possui uma origem histórica e legislativa distinta. No âmbito internacional, a matéria está regulada pela "Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados", regulamentada pelo Protocolo de 1967. No âmbito pátrio, a Lei 9.474/1997 foi editada com o propósito de definir "mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951".

De acordo com essa Convenção, "refugiado" é pessoa que, "receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país (...)".

O instituto do refúgio, apresentando, portanto, aplicabilidade para situações de guerra ou de graves perturbações internacionais, acabou por determinar o surgimento de normas internacionais de proteção aos refugiados. De um modo geral, as situações e critérios de concessão do *status* de refugiado receberam, no costume internacional, caráter mais amplo que o atribuído ao estrangeiro beneficiado com o asilo.

Entre nós, o Conare (instituído pela já referida Lei 9.474/1997) é o órgão administrativo competente para apreciar e decidir pedidos de refúgio. Compete a esse órgão colegiado, ainda, a determinação da perda da condição de refugiado, bem como orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, da assistência e do apoio jurídico ao refugiado (Lei 9.474/1997, arts. 11 e 12).

Segundo disposição do art. 31 desse diploma legal, a decisão do Ministro da Justiça que resolve recurso da decisão negativa do refúgio será irrecorrível.

Essa matéria foi objeto da deliberação deste Plenário na Ext 785-ED/México, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, *verbis*:

> *Ementa: Constitucional. Processual penal. Extradição. Pedido de refúgio*: Lei 9.474, de 1997, art. 31. *Embargos de declaração*: *Pressupostos*. CPP, art. 619; RISTF, arts. 337 a 339.
>
> I – A decisão do Ministro de Estado da Justiça, que resolve o recurso interposto da decisão negativa do refúgio, proferida pelo Conare, não será passível de recurso. Lei 9.474/1997, art. 31. Impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei 9.874/1999, dado que a aplicação subsidiária ocorre no vazio na norma específica.

II – Inocorrência de omissão e de contradição. Pressupostos dos embargos de declaração inexistentes.

III – Embargos de declaração rejeitados.

(Ext 785/México, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, julgada em 27-3-2003, *DJ* de 20-6-2003.)

Interessante notar que, para o caso da concessão de refúgio pelo Conare, a Lei 9.474/1997 não prevê recurso administrativo específico. Com relação às repercussões judiciais desse ato de concessão, o art. 33 dessa lei dispõe que: "o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio".

Ao analisar as normas internacionais aplicáveis aos refugiados, Guido Soares constata "a face verdadeiramente intrusiva" das normas contidas na Convenção de 1951 e em seu Protocolo de 1967, cujos princípios foram internalizados pela Lei 9.474/1997. Em sua obra *Curso de Direito Internacional Público*, o autor sustenta que esses documentos, ao obrigarem os Estados a conferir direitos especiais aos refugiados nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, acabam por instituir regime jurídico claramente diferenciado daquele conferido aos estrangeiros com residência permanente ou, ainda, àqueles que, pelas vias ordinárias, postulam um visto de entrada. A crítica de Soares centra-se, portanto, nas ingerências que a *globalização vertical* pode ocasionar para a realização de deveres constitucionais positivados nos textos constitucionais nacionais. (Cf. SOARES, Guido. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002, v. II, p. 399.)

Portanto, ainda entendo pertinente, conforme tive oportunidade de expor, aplicar a mesma interpretação conferida aos casos de asilo político em se tratando de refúgio.

Uma questão decisiva para este caso concreto consiste na incidência das normas que: i) vedam expressamente a extradição de estrangeiro por "crime político ou de opinião" (CF, art. 5º, LII); e ii) imputam a competência constitucional para a apreciação da "natureza da infração" expressamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *g*, da CF, c/c o inciso VII e § 2º e § 3º do art. 77 da Lei 6.815/1980).

Nesse contexto, em vez de propor maiores considerações teóricas quanto à conceituação dos institutos do refúgio e do asilo político, entendo que a interpretação adequada para este caso concreto deve levar em conta a preocupação de que se está a discutir a própria dinâmica da separação de Poderes na ordem constitucional pátria (CF, art. 2º). É dizer, trata-se de definir questão de competência explicitada em nosso texto constitucional acerca da vinculação, ou não, deste Tribunal, à deliberação administrativa de órgão vinculado ao Poder Executivo com relação à extraditabilidade de estrangeiro para a apuração de suposta prática de crimes de "natureza política". O tema corresponde, por conseguinte, à definição do âmbito da autonomia entre as instâncias administrativa e judicial no que concerne ao caso específico de pedidos de extradição baseados em imputação de crimes políticos ou de opinião a extraditando.

Conforme já pude afirmar em diversas oportunidades, na jurisdição constitucional brasileira a questão da separação de Poderes não corresponde a um dado teórico. Trata-se, sobretudo, de uma conformação institucional que deve ser concretizada e tratada dogmaticamente.

Essa doutrina desenvolveu-se, entre nós, a partir da atividade do próprio Supremo Tribunal Federal. Em todas essas ocasiões, menciono o notável voto do Min. Castro Nunes na Rp 94/DF (Pleno, unânime, *DJ* de 11-7-1949). Nesse precedente, em que se discutia a questão da caracterização dos princípios sensíveis em nossa ordem constitucional, firmou-se a tese de que o tema da separação de Poderes, antes de constituir exercício de formulação teórica, corresponde a problema concreto ínsito à competência do STF em definir, em última instância, os critérios constitucionais ensejadores de sua própria competência.

A rigor, observa-se que o texto do art. 33 da Lei 9.474/1997 não previu expressamente a hipótese específica de concessão de refúgio com relação aos "crimes políticos ou de opinião".

Por isso que, para a hipótese específica de "crimes políticos ou de opinião", é necessário esclarecer se é legítimo condicionar o prosseguimento da apreciação e o julgamento do pedido de extradição perante este Tribunal à deliberação administrativa do Ministro da Justiça, contrária à opinião técnica do Conare.

Trata-se de questão que encontra sua baliza na ideia fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), ou seja, a discussão sobre a competência deste STF diz respeito especialmente à interpretação constitucional do princípio liberal, dos princípios democráticos e da separação de Poderes.

Em parecer apresentado na Questão de Ordem na Ext 783/México, de Relatoria do Min. Néri da Silveira, julgada em sessão de 13-9-2001 (Caso Glória Trevi), o então Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, aventou discussão constitucional que apresenta pertinência direta com o tema da aplicação do art. 33 da Lei 9.494/1997. Esclareça-se, porém, que, naquela assentada, a questão ficou adstrita à menção dos problemas constitucionais de interpretação do art. 34 do mesmo diploma:

> 6. A Constituição Federal, por sua vez, diz expressamente competir ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, *g* ,CF).
>
> 7. A lei antes mencionada [Lei 9.474/1997] claramente impõe que o reconhecimento da condição de refugiado impede o prosseguimento de qualquer pedido de extradição, e que a mera solicitação de refúgio suspende o processo extradicional, mesmo que este se encontre já em fase judicial.
>
> 8. Ao assim dispor, a norma legal condiciona o prosseguimento do processo no Supremo Tribunal Federal a decisão de caráter administrativo e político do Poder Executivo, o que afronta o princípio constitucional da separação dos Poderes, estabelecido no art. 2º, da Constituição Federal.[g.n.]
>
> 9. Não há, pois, como considerar existente razão jurídica que possa justificar a suspensão do presente processo de extradição, diante da flagrante inconstitucionalidade da norma que condiciona o exercício da jurisdição do Colendo Supremo

> Tribunal Federal a procedimento administrativo no âmbito do Ministério da Justiça. Cumpre, ainda, acrescentar a possibilidade de ser questionada mais uma vez no Superior Tribunal de Justiça eventual decisão contrária do Ministro da Justiça à solicitação de reconhecimento de condição de refugiado, o que poderia, absurdamente, trazer novamente a questão a este Excelso Pretório por via de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança ou Recurso Extraordinário. (...)
> (Parecer da Procuradoria-Geral da República, datado de 21-3-2001, apresentado para fins de julgamento da Ext 783-QO/México, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, por maioria, *DJ* de 14-11-2003.)

No caso mencionado, é importante frisar que um fator decisivo para a solução da controvérsia deveu-se ao fato de que o pedido de refúgio havia sido formulado pela extraditanda em momento **posterior** ao julgamento de mérito da extradição. A ementa desse julgado não contemplou, expressamente, o tema da inconstitucionalidade do art. 34 da Lei 9.474/1997, *verbis*:

> *Extradição. Questão de ordem. Pedido de refúgio. Suspensão do processo. Lei 9.474/1997, art. 34.*
> Questão de ordem resolvida no sentido de que o pedido de refúgio, formulado após o julgamento de mérito da extradição, produz o efeito de suspender o processo, mesmo quando já publicado o acórdão, impedindo o transcurso do prazo recursal.
> (Ext 783-QO/México, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, por maioria, *DJ* de 14-11-2003.)

A partir do tema suscitado nesse precedente, observa-se que a aplicação do art. 33 da Lei 9.474/1997 precisa ser calibrada quanto à consideração, de ordem constitucional, da competência deste STF no que se refere ao juízo de extraditabilidade (CF, art. 102, I, *g*).

É dizer, e conforme sigo entendendo, que, para fins de aplicação desse dispositivo, a decisão administrativa do Conare ou do Ministro da Justiça, pela concessão do refúgio, não pode obstar, de modo absoluto e genérico, todo e qualquer pedido de extradição apresentado a esta Suprema Corte.

Nesse contexto, independentemente das distinções doutrinárias quanto à configuração jurídica dos institutos do refúgio e do asilo, afigura-se que, no caso concreto, a interpretação do art. 33 da Lei 9.474/1997 ainda deve ser constitucionalmente ajustada em consonância com os precedentes firmados na Ext 232/Cuba e 524/Paraguai. Em outras palavras, não é possível dissociarmos o tema do prosseguimento do pedido extradicional da análise, por este Supremo Tribunal Federal, da ocorrência, ou não, de crimes de natureza política no caso concreto.

Essa afirmação se justifica porque, na verdade, não vislumbro diferenças substanciais entre os institutos do asilo e do refúgio aptas a ensejarem, nesse contexto específico, uma interpretação distinta daquela firmada no julgamento das referidas extradições que servem de precedente para este caso (Ext 232/Cuba e Ext 524/Paraguai).

Destarte, assim como no caso do "asilado", creio ser legítimo estender a ideia desenvolvida pelo voto do Min. Celso de Mello, para se afirmar que o

estrangeiro **refugiado** no Brasil "só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido extradicional qualificar-se como crime político ou de opinião, ou ainda quando as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada". Em síntese, para efeitos de aplicação do art. 77, VII, do Estatuto do Estrangeiro, "(...) não há incompatibilidade absoluta entre o instituto" do refúgio e o da extradição passiva, "na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes".

Nesses termos, reitero o entendimento de que se deve conferir ao art. 33 da Lei 9.474/1997 interpretação conforme a Constituição Federal (CF, art. 5º, LII, e art. 102, I, g), para que a extradição somente seja obstada nos casos em que o Supremo Tribunal Federal ateste a ocorrência de "crime político ou de opinião ou ainda quando as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada".

V – Análise da concessão do refúgio

Com esse embasamento doutrinário e jurisprudencial, parte-se, agora, à análise minuciosa do ato administrativo de concessão de refúgio a Cesare Battisti, emitido pelo Ministro da Justiça em 13 de janeiro de 2009, especificamente quanto aos motivos que o levaram a concluir pelo caráter político dos delitos e pela nota de perseguição política que cercaria o extraditando.

Advirta-se que a análise da capitulação dos fatos deve levar em consideração a ideia de que, necessariamente, a expedição de ato administrativo de concessão de refúgio, seja pelo Conare, em sua atribuição originária, seja pelo Ministro da Justiça, em sede revisora, sempre resultará de análise vinculada, devendo respeito aos modelos ditados pelo art. 1º da Lei 9.474/1997.

Referido artigo preceitua que:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Conforme clássica distinção doutrinária, o ato vinculado difere do ato discricionário na medida em que este permite ao administrador moldar sua atuação conforme lhe seja conveniente ou oportuno em face do caso concreto, ao passo que, naquele, a própria lei determina as hipóteses e os critérios a serem verificados para que tenha validade.

É certo que parte da doutrina, na atualidade, rechaça a ideia de uma dicotomia estanque, propondo a inexistência de atos administrativos puramente discricionários ou puramente vinculados, a indicar que certos elementos do ato teriam uma ou outra característica, consoante, ademais, já exposto pela Ministra Cármen Lúcia em seu voto.

Admitindo essa evolução doutrinária, não se poderia escapar da certeza de que o **motivo** do ato administrativo de concessão de refúgio é vinculado, segundo taxativamente encontra-se arrolado nos três incisos do art. 1º da Lei 9.474/1997.

A lei delineia cada uma das situações fáticas ensejadoras do refúgio, cabendo ao agente a verificação da sua ocorrência. Em nenhum momento a lei transferiu a prerrogativa de eleger a situação fática geradora de sua vontade, de forma que não há espaço, aqui, para avaliação pautada em critérios de conveniência e oportunidade.

Conforme Hely Lopes Meirelles, "O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculador; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração". (*Direito administrativo brasileiro*, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154.)

Na hipótese dos autos, como já referido, a lei definiu expressamente os possíveis motivos do refúgio, não deixando a critério do Ministro da Justiça mais que a constatação da sua ocorrência, o que conduz à possibilidade do controle sobre a legalidade do refúgio, a partir da avaliação da sua efetiva ocorrência e da validade dos motivos apontados pela autoridade administrativa. É o que passo a fazer.

Analisando a decisão concessiva de refúgio, de pronto constata-se que o Ministro da Justiça preocupou-se, inicialmente, em expor um quadro sobre a situação política da Itália no período da ocorrência dos delitos que ensejaram o pedido de extradição, relatando, basicamente, o surgimento de grupos de pessoas, alguns deles armados, que pretendiam alterar o regime político-social, o que contou com a reação do Governo italiano, não apenas lançando mão do ordenamento jurídico então em vigor, mas criando também regras especiais.

Necessário examinar, portanto, se os motivos invocados na decisão assecuratória do refúgio guardam relação de pertinência com os fatos efetivamente ocorridos e com o direito.

Dentre as regras especiais, a que alude o Ministro da Justiça, há referência ao instituto da delação premiada, levado a efeito sobre o principal denunciante do ora extraditando, Pietro Mutti.

Esse instrumento de prova, apesar da inovação que introduziu nos mecanismos de persecução penal, nada tem de regra de exceção. Ao contrário, constitui legítimo meio de prova, com válida existência em muitos países, inclusive no Brasil, onde é previsto no Código Penal, em seu art. 159, § 4º, e em diversas espécies normativas extravagantes, como é caso da Lei dos Crimes Hediondos

(Lei 8.072/1990, art. 8º, parágrafo único), da Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995, art. 6º), da Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998, arts. 1º e 5º), da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/1999, arts. 13 e 14) e da Lei de Tóxicos (Lei 10.409/2002, art. 32, 2º).

Ainda que o instituto da delação premiada (introduzido pela chamada Lei dos Arrependidos) não existisse na legislação italiana à época dos fatos, deve-se ter em mente que, retratando matéria de ordem processual penal, aplica-se de imediato, validamente, a todos os inquéritos e processos criminais, novos ou em andamento, independentemente da data de ocorrência dos fatos investigados.

Essas afirmativas afastam, a toda evidência, a possibilidade de se considerar "regra de exceção" o uso da delação premiada na investigação dos fatos atribuídos ao extraditando. Estando o instrumento previsto em nosso próprio ordenamento processual penal, e sendo seu uso plenamente aceito pela jurisprudência pátria, inclusive ao pressuposto de que é de fundamental importância para a efetividade da legislação penal, especialmente frente à criminalidade organizada, não seremos nós a contestar a legitimidade do julgamento que, entre outros fatores, fundou-se no depoimento colhido sob esta forma.

Mesmo raciocínio é válido em face do argumento de que *Cesare Battisti* restou condenado à revelia, o que tornaria ilegítimo o processo e o julgamento havido na Itália. A revelia não suprime as garantias inerentes ao devido processo legal e não obsta a extradição. Ademais, o extraditando foi julgado *in absentia* porque se encontrava foragido da Justiça italiana, tendo-se evadido da prisão em outubro de 1981.

Ainda assim, como bem registrado no voto proferido neste mesmo julgamento pela Ministra Ellen Gracie, o extraditando "constituiu, por meio de duas cartas manuscritas, em 10 de maio e 12 de julho de 1982, dois advogados para defendê-lo nos processos em curso na Justiça italiana, tendo ainda em fevereiro de 1990, por meio de carta datilografada e assinada, confirmado a escolha de advogado como seu defensor, outorgando-lhe procuração para apresentar recurso em seu favor".

Ademais, o julgamento à revelia não vem obstando a concessão de extradição, conforme remansosa jurisprudência da Corte (Ext 917/França; Ext 604/Espanha; Ext 565/Portugal). Se o julgamento respeitou as garantias do devido processo legal, em especial o princípio do juiz natural, a revelia, por si só, não é óbice à extradição.

Impróprios são, também, os argumentos quanto à ocorrência de revisão *pro societate*, sistematicamente repisados pela defesa e que, segundo seu entendimento, apontaria no sentido da perseguição política e do juízo de exceção.

O exame dos autos demonstra que os homicídios que fundamentam o pedido extradicional ocorreram em 1977 e 1979, sobrevindo a condenação de Battisti à prisão perpétua pelo Tribunal Penal de Recursos de Milão, em 1993, após renovação parcial do processo em face da anulação determinada pela Corte de Cassação italiana.

É fato que, antes da condenação e posteriormente aos fatos delituosos, Cesare Battisti fora preso e processado, juntamente com antigos membros do PAC, sendo condenado à pena de treze anos de reclusão e cinco meses de arresto por participação em associação subversiva, aquisição e posse ilegais de armas, conforme decisão de 1981, tendo empreendido fuga, no mesmo ano de 1981, homiziando-se na França, depois no México e, mais tarde, novamente na França.

Apenas com essas informações já se pode perceber a absoluta inexistência de hipótese de revisão *pro societate* no julgamento que fundamenta o pedido de extradição, bastando observar que, no processo resultante na condenação de 1981, não fora imputada ao extraditando a responsabilidade por esses homicídios, exatamente por ser desconhecida dos órgãos de persecução penal, situação verificada apenas na subsequente ação penal instaurada à vista de novas provas, cuja obtenção foi inaugurada pela delação premiada de Pietro Mutti.

Logo, não havendo que se falar em identidade de *causa petendi* entre as duas ações penais, por diversos fatos típicos que as ensejaram – associação subversiva, aquisição e posse ilegal de armas na primeira; quatro homicídios na segunda –, constituiria rematado absurdo enxergar no processo que embasa o pedido extradicional hipótese de revisão criminal em desfavor do réu.

A aceitação desse argumento implicaria, necessariamente, a admissão de que o Estado estaria impedido de punir o autor de um delito apenas por não tê-lo feito em processo anterior, instaurado por fato diverso, o que soa, mais uma vez, como rematado absurdo.

Esta Corte não vem se furtando à avaliação da legitimidade dos atos da persecução penal, ou da validade das provas colhidas no curso do processo levado a efeito no Estado requerente, ao examinar pedidos de extradição, já os tendo negado em situações em que evidenciado o chamado julgamento de exceção, ou naqueles em que se verifique ausência ou insuficiência descritiva dos fatos delituosos subjacentes ao pedido de extradição (Ext 524-3/Paraguai, Ext 360/Polônia, Ext 446/Haiti). Sendo, porém, válido o meio adotado, inclusive por encontrar correspondência em instrumentos de prova e em institutos aqui utilizados, nada justifica que, para além dessa análise, o Tribunal decida substituir-se à Corte estrangeira para avaliar se o seu julgamento foi o mais acertado.

A avaliação de insuficiência da prova condenatória esbarra na cognoscibilidade restrita que cerca não apenas a atividade do Supremo Tribunal Federal na via extradicional, como também a própria atividade do Ministro da Justiça, ao conceder o refúgio.

Consoante antes registrado, a motivação do ato de concessão do refúgio é vinculada, não deixando espaço para que a autoridade administrativa substitua-se ao Poder Judiciário do Estado de origem daquele que demanda o refúgio, para avaliar, segundo critérios absolutamente subjetivos, se o julgamento foi o mais justo.

É nessa linha, de conhecimento estrito e de vinculação ao enfoque da decisão emanada do órgão competente estrangeiro, que afasto a possibilidade de se

considerar o panorama probatório utilizado pelo Judiciário italiano insuficiente às condenações para as sentenças condenatórias ou nulos os processos por eventual descabimento da revelia do acusado.

Não houve julgamento por tribunal de exceção. A Itália já se consolidara como um Estado de Direito à época dos fatos. Não há qualquer prova de que tenham sido violadas as garantias processuais do ordenamento jurídico italiano, nem na correspondência com os institutos da lei adjetiva brasileira.

Vale acrescentar que as mesmas alegações foram examinadas e rechaçadas pela Justiça francesa, por ocasião do julgamento do pleito de extradição de Cesare Battisti, decisão esta que foi referendada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo certo que o extraditando viveu no México e na França, por muitos anos, sem ter solicitado o refúgio em qualquer desses países, só vindo a fazê-lo no Brasil, após o ajuizamento do pedido de Extradição pela República Italiana.

A impropriedade das alegações apresentadas pelo extraditando para justificar a concessão de refúgio foram muito bem apreendidas na decisão do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE):

> (...) não há que se falar na existência de nexo causal entre a perseguição alegada e a solicitação de refúgio. Se for feita uma análise real da situação do Senhor Cesare Battisti, verifica-se que o mesmo foge da condenação desde 1981 quando escapou das prisões italianas.
>
> O ora solicitante também foi procurado pelo Governo italiano, em território francês, em 1991, em 2003 e agora no Brasil, sempre pelos mesmos crimes e por vários Governos.
>
> Assim, não há como enquadrar o pedido nos preceitos de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474/97, eis que não se vislumbra a existência de fundado temor de perseguição pelos motivos ali elencados, assim como não há que se falar em generalizada violação de direitos humanos na Itália.
>
> (Fl. 3077.)

Deve-se acrescentar que os crimes que ensejam o pedido de extradição caracterizam-se, no Brasil, como homicídios qualificados (art. 121, § 2º, IV) e, portanto, como crimes hediondos (art. 1º, I, da Lei 8.072/1990), sendo certo que o art. 3º, III, da Lei 9.474/1997 veda o reconhecimento da condição de refugiado nessa hipótese:

> Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:
>
> (...)
>
> III – tenham cometido crime contra a paz, crime contra a humanidade, *crime hediondo*, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

O crime de homicídio praticado por motivo torpe – aqui incluída a vingança por haver a vítima dificultado práticas delituosas anteriores –, ou mesmo "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido", é tido como hediondo na legislação brasileira, situação que, como visto, impede a concessão de refúgio.

Entendo descabida, com a devida vênia, a invocação da garantia constitucional que veda a retroação da lei nova prejudicial ao réu como fator de afastamento da causa impeditiva da concessão de refúgio estampada no referido inciso III do art. 3º da Lei 9.474/1997.

Com efeito, tenho que não se trata, aqui, de atribuir a fato pretérito norma penal mais gravosa que não tinha vigência à época de sua ocorrência, prática vedada pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal, devendo a causa em questão ser analisada e aplicada, na verdade, conforme a situação posta no momento da apreciação do pedido de refúgio, como um dos componentes do rol de requisitos e vedações do ato administrativo de sua concessão.

Entendimento diverso poderia conduzir a paradoxo, podendo, de forma contrária ao intento do legislador, abrir a possibilidade de concessão do favor a estrangeiro acusado, *v.g.*, por estupro recentemente cometido, bastando que a legislação do país em cujo território consumou-se o delito não lhe atribuísse essa característica ou que, até mesmo, o Judiciário estrangeiro tivesse afastado da conduta esse qualificativo.

Vê-se, portanto, que a qualificação da conduta como hedionda na Lei 9.474/1997 tem relevância puramente administrativa, e não penal, cabendo ao órgão competente para a concessão do refúgio apenas analisar o fato concreto e capitulá-lo, ou não, como hediondo, à luz da legislação atual brasileira, independentemente da data de consumação do delito.

Na verdade, caso fosse possível a análise dos critérios limitadores de aplicabilidade da lei penal no tempo, em se tratando de refúgio, não seria demais imaginar que também assistiria ao Conare, ou mesmo ao Ministro da Justiça, este em sede recursal, a possibilidade de, analisando as circunstâncias do fato criminoso, proceder inclusive à sua desclassificação para tipo penal menos grave e, com isso, retirar-lhe o caráter hediondo, interferindo, dessa forma, na jurisdição do país de ocorrência dos fatos, o que não se mostra possível até mesmo para o Supremo Tribunal Federal.

Em abono dessa posição, e conforme muito bem assinalado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, cabe remeter aos próprios termos do art. 1º da mencionada "*Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados*", cujo § 6º, alínea *b*, indica não serem suas disposições aplicáveis "...às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:" (...) "b) Elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados." (destaquei).

Ora, se a própria Convenção de 1951 já previa sua inaplicabilidade a pessoas que houvessem cometido crimes **graves**, não seria razoável impedir a aplicação do rol de delitos hediondos, instituídos a partir da Lei 8.072/1990, apenas porque praticado o crime antes da vigência desta, uma vez que, na essência, a conduta era, e continua sendo, **grave**.

Resulta evidente, a meu sentir, que o legislador pátrio, pelo inciso III do art. 3º da Lei 9.474/1997, utilizou-se da expressão "crimes hediondos" apenas para

dar ao seu aplicador mais um critério objetivo de análise, além daquel'outros mencionados no art. 1º, novamente realçando o caráter vinculado do ato administrativo de análise do cabimento de refúgio.

Absolutamente carentes, portanto, de lastro jurídico e fático as razões que levaram o Ministro da Justiça a conceder refúgio político a Cesare Battisti. Desvinculando-se da análise técnica realizada pelo Conare, Sua Excelência desbordou dos lindes da competência que lhe assistia, dando aos fatos coloração absolutamente imaginária, para a qual convergiu lamentável componente de **ideologização de direitos humanos**.

Reconhecida a ilegalidade do ato de concessão do refúgio, resta, agora, a análise do pleito de extradição propriamente dito. Cabe analisar se, do ponto de vista formal e material, o pedido de extradição comporta deferimento.

VI – Análise da extradição – Atendimento aos requisitos

Quanto à regularidade formal, assim manifestou-se o Procurador-Geral da República:

> Primeiramente, cumpre notar que o pedido formal de extradição foi devidamente apresentado pelo Estado requerente, atendendo-se ao disposto no art. 80 da Lei n. 6.815/80, tendo sido instruído com certidão da sentença condenatória (fls. 108/179 e 387/400), além de peça informativa contendo indicações precisas sobre os locais, datas, natureza e circunstâncias dos fatos criminosos, a identidade do extraditando, cópia dos textos legais sobre as tipificações penais, prescrição e respectivas sanções (fls. 65/107). Constam, ainda, relatório da instrução processual (fls. 180/386), e cópias das decisões proferidas pelo Primeiro Tribunal do Júri de Apelação de Milão (fls. 4041536) e pelo Supremo Tribunal de Justiça daquele país (fls. 538/620).

As condenações foram expedidas pela Justiça italiana, competente em razão do local dos fatos, restando atendido o requisito do inciso I do art. 78 da Lei 6.815/1980.

Quanto à dupla tipificação, é certo que o crime de homicídio encontra-se previsto no art. 121 do Código Penal brasileiro, no qual subsumir-se-iam os fatos resultantes na condenação do extraditando.

Assim, o pedido de extradição, formulado pela República da Itália, contempla todas as formalidades legais, atendendo ao disposto no art. 80 da Lei 6.815/1980. Estão presentes a sentença condenatória e os documentos que elucidam locais, datas, natureza e circunstância dos crimes em razão dos quais se demanda a extradição. Encontra-se devidamente individualizado e identificado o extraditando, e foram colacionados os textos legais pertinentes às condenações e ao procedimento que as precedeu.

VII – Crime político na extradição

Vencida a questão sobre a aplicabilidade do art. 33 da Lei 9.474/1997 e definida a presença dos pressupostos formais da extradição, cabe, agora, analisar os autos da extradição e, especialmente, apurar se os crimes atribuídos ao extraditando

poderiam ser classificados como políticos ou de opinião, a ponto de impedirem a extradição, conforme preconizado no art. 5º, LII, da Constituição Federal.

A proibição de extradição por crime político tornou-se um princípio do direito internacional público. Consagrada nos textos de direito positivo desde o século XIX – com prioridade para a Lei Belga de 1883, o Tratado de Montevidéu de 1889 e o Código Bustamante –, a tese da não extradição dos delinquentes políticos constitui, inegavelmente, uma garantia da liberdade política – em toda sua amplitude – e um preceito básico de ordem democrática. Além dos tratados de extradição firmados pelo Brasil, a Constituição de 1988 incorpora o princípio em seu art. 5º, LII, o qual prescreve que "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião". A Lei 6.815/1980, em seu art. 77, VII, dispõe que não se concederá extradição quando se tratar de crime político.

Como bem anota Aníbal Bruno, "é um preceito que pertence ao regime de privilégio que prevalece nos crimes desse gênero e que decorre de consideração da natureza própria desses crimes, que visam geralmente um fim altruísta – melhorar as condições do país ou da humanidade –, e de que não revelam nos seus agentes o caráter perigoso e condenável do criminoso comum. São fatos cujo conceito varia com o tempo e cuja condenação ou exaltação dependem de circunstâncias históricas, valendo, muitas vezes, aos seus agentes, quando vitoriosos, a glória ou a conquista de altas posições no governo do país". Esse tratamento privilegiado, que já se tornou tradição em vários ordenamentos jurídicos, representa "*uma nobre conquista de liberalismo e de compreensão do sentido real desses fatos, que merece ser rigorosamente conservada*" (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte Geral, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 243).

A aplicação rigorosa do princípio segundo o qual não se extradita por crime político exige precisa individualização dessa espécie de infração. Inexistente de forma expressa e positiva, seja na legislação internacional (tratados e convenções), seja na legislação interna (constitucional e infraconstitucional), o conceito de crime político tem sido objeto de instigantes controvérsias doutrinais e jurisprudenciais.

A doutrina não traz soluções definitivas para a difícil tarefa de conceituar o crime político. Alguns autores defendem que os crimes políticos seriam aqueles delitos que representam ameaça à *segurança interna* do Estado. Outros dão amplitude maior a essa noção, abrangendo os atos que atentam contra a *segurança externa*, ou seja, a própria soberania do Estado em sua relação com os demais Estados. Em face dessa indefinição semântica, há, ainda, autores que defendem medidas legislativas de positivação, nos tratados de extradição que celebrem entre si os Estados, de um rol taxativo de infrações que se caracterizem como políticas para fins de não extradição (Cf.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981, p. 96-97).

Existem na doutrina, também, as denominadas correntes objetivas e subjetivas quanto à definição do crime político. Por um lado, a corrente *objetiva*,

baseando-se no bem jurídico protegido, defende que o crime político seria aquele praticado contra a ordem política estatal; por outro lado, a corrente *subjetiva*, fundada na intenção ou motivação do delinquente, afirma que são políticos os crimes praticados com finalidade política, com a intenção de modificação do regime político (móvel do agente). Na grande parte das vezes ambos os sistemas acabam se conjugando (Cf.: FRAGA, Mirtô. *O novo Estatuto do Estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 302), constituindo a denominada *teoria mista* ou *eclética*.

Divergem, também, as teses quanto à distinção entre delitos comuns e políticos. Talvez essa distinção seja uma das questões mais tormentosas no tocante à aplicação do princípio de não extradição por crime político. A possibilidade da coexistência das duas infrações – uma política e outra comum – levou a doutrina a criar as categorias dos *delitos conexos* e dos *delitos complexos*. Os primeiros seriam aqueles em que seria possível verificar a concomitância dos dois delitos (político e comum), unidos por conexidade. Os segundos, por seu turno, seriam aquelas infrações em que, apesar de atingirem, simultaneamente, a ordem política e o direito comum, constituem ato único e inseparável em seus elementos.

Alguns autores, rechaçando essa distinção, tratam do tema por meio dos conceitos de *delitos puramente políticos* ou *delitos políticos puros*, cujo aspecto político é estreme de dúvidas, e os *delitos relativamente políticos* ou *delitos políticos relativos*, também conhecidos como *delitos mistos*, nos quais é possível identificar, concomitantemente, aspectos políticos e de direito comum (Cf.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981, p. 90).

Questão difícil diz respeito à aplicação da extradição aos delitos conexos e complexos, também denominados delitos mistos ou delitos políticos relativos, como abordado acima. Também sobre esse ponto a doutrina possui explicações distintas e divergentes. Pelo denominado *sistema da separação*, a identificação de delitos conexos, porém distintos (ou separáveis), torna viável a extradição pelo delito comum. O *sistema do fim e do motivo*, por seu turno, admite a extradição quando presentes infrações ao direito comum com *motivação* política, e, por outro lado, nega a extradição se a *finalidade* da infração for eminentemente política. O *sistema da causalidade* estabelece que os delitos mistos só podem ser afastados da extradição quando forem praticados por atos de verdadeira insurreição ou representarem a consequência de um motim. O *sistema da predominância ou do fato principal*, como a própria denominação indica, baseia-se na predominância da infração – a política ou a de direito comum – de forma que, preponderando o viés político, a extradição poderá ser afastada. Por último, o *sistema de atrocidade dos meios* permite a extradição se o crime político relativo constituir infração gravíssima ou hedionda, com emprego de violência (Cf.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981, p. 90).

Ante a ausência de teses doutrinárias definitivas, certo é que o conceito de crime político vem sendo construído, nas diversas ordens jurídicas, pela

jurisprudência dos tribunais na solução dos casos concretos, utilizando-se vez ou outra das teses e conceitos definidos em âmbito doutrinário. Ian Brownlie enfatiza que, na Inglaterra, por exemplo, a definição de crime político é abordada pelas Cortes de forma empírica, como se pode observar no conjunto de casos mais relevantes: *In re Castioni* (1891) 1 QB 149; *In re Meunier* (1894) 2 QB 415; *R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Kolczynski* (1955) 1 QB 540; *Schtraks* v. *Government of Israel* (1964) AC 556; ILR 33, 319; *R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Kotronis* (1969) 3 All ER 304, 306-7, Lord Parker, CJ; *Re Gross and Others* (1968) 3 All ER 804, 807-10, Chapman, J.; *Cheng v. Governor of Pentonville Prison* (1973) AC 931, HL; *R. v. Governor of Brixton Prison, ex. p. Keane* (1971) 2 WLR 194, DC; (1971) 2 WLR 1243, HL; *R. v. Governor of Winson Green Prison, ex. p. Littlejohn* (1975) 1 WLR 893, DC; Gutteridge, 31 *BY* (1954), 430-6; Evans, 57 *AJ* (1963), 1-24; Wortley, 45 *BY* (1971), 219-53; *Hungarian Deserter* case, ILR 28, 343; *Algerian Irregular Army* case, ILR 32, 294; *Jimenez v. Aristeguieta*, 311 F. 2d 547 (1963); ILR 33, 353; *The State v. Schumann*, ILR 39, 433; *Public Prosecutor v. Zind*, ILR 40, 214; *Karadzole v. Artukovic*, 247 F. 2d 198; ILR 24 (1957), 510; 170 F. Supp. 383, ILR 28, 326; *In re Gonzalez*, 217 F. Supp. 717; ILR 34, 139; *Digest of US Practice* (1975) 168-75; *State of Japan v. Mitsuyo Kono*, ILR 59, 472; *Kroeger v. Swiss Federal Prosecutor's Office*, ILR 72, 606; *Watin v. Ministère Public Fédéral*, ibid. 614; *Della Savia v. Ministère Public*, ibid. 619; *T. v. Swiss Federal Prosecutor's Office*, ibid. 632; *In the Trial of F.E. Steiner*, ILR 74, 478; *Baader-Meinhof Group* case, ibid. 493; *Folkerts v. Public Prosecutor*, ibid. 498; *Croissant*, ibid. 505; *Yugoslav Terrorism* case, ibid. 509; ILR, Vol. 79, index; *Lujambio Galdeano*, ILR 111, 505 (BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7. ed. Oxford University Press, 2008, p. 317).

O tratamento empírico ou a abordagem caso a caso (*case by case approach*) não impediu que as Cortes adotassem critérios para a análise do conceito de crime político, alguns deles incorporados em tratados e convenções internacionais e nas legislações de diversos países democráticos. Em muitos casos, esses critérios reproduzem algumas teses e conceitos desenvolvidos doutrinariamente, como apresentado acima, destacando-se, entre outros, os *sistemas da predominância* e da *atrocidade dos meios*; as teses objetiva, subjetiva e eclética; e os conceitos de *crime político puro*, por um lado, e *relativo* (conexo e complexo) por outro.

No Brasil, a Lei 6.815/1980, em seu art. 77, § 2º, prescreve que compete, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter político da infração.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um dos critérios mais presentes encontra fundamento no sistema da preponderância – relacionado ao conceito de delito político relativo – adotado atualmente pela legislação brasileira no § 1º do art. 77 da Lei 6.815/1980 e, anteriormente, pela Lei de Extradição 2.416, de 1911, pelo DL 394, de 1938, e pelo DL 941, de 1969.

Dispõe o referido dispositivo que a extradição não poderá ser impedida quando "o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou

quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal". Os casos são vários na jurisprudência: Ext 794, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 24-5-2002; Ext 694, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 22-8-1997; Ext 615, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 5-12-1994; Ext 994, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 4-8-2006; Ext 417, Rel. Min. Oscar Corrêa, *DJ* de 21-9-1984.

Destaca-se, entre outros, a ementa do julgado da Ext 399, Rel. Min. Aldir Passarinho e Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves (*DJ* de 14-10-1983), cujo teor é o seguinte:

> *Ementa*: Extradição. *Crime complexo ou crime político relativo. Cabe ao STF, em face das circunstâncias peculiares de cada caso, determinar, no crime complexo – que é um misto de crime comum e de crime político, não sendo, pois, pela diversidade de seus elementos constitutivos, delito intrinsecamente político –, se há, ou não, preponderância, para efeito de extradição, do crime comum. – Princípios gerais para essa aferição, na qual se levam em conta, inclusive, circunstâncias exteriores ao delito, como a da confiança que inspira a Justiça do país que requer a extradição.* Interpretação do § 3º do art. 77 da Lei 6.815, de 19-8-1980. – Não está o STF vinculado a decisão de Tribunal do outro país que já tenha negado a extradição do ora extraditando, por entender, em face de peculiaridades de seu sistema jurídico, que o delito em causa era preponderantemente político. Ocorrência, no caso, de crime complexo, em que há preponderância do delito comum. Extradição deferida, com a ressalva de que o Estado requerente deve comutar a pena de prisão perpétua para a de trinta anos de reclusão.
> (Ênfases acrescidas.)

Na oportunidade, o Tribunal deferiu a extradição, avaliando que no sequestro do Diretor da FIAT, na França, de que foi coautor o argentino Horácio Rossi, preponderaram os elementos de um crime comum, "*em face da atrocidade do meio empregado para alcançar o fim visado*", nas palavras do Relator para o acórdão, Ministro Moreira Alves, que em seu voto, após analisar em profundidade a origem do sistema da preponderância, registrou que "(...) este Tribunal, norteando-se por esses princípios gerais e pelas circunstâncias peculiares a cada caso, pode determinar, no crime complexo, para efeito de extradição, quando prepondera o delito comum ou o político".

Ao proferir seu voto, na mesma linha, o Ministro Néri da Silveira assentou a necessidade de se ter presente que a ordem jurídica brasileira, ao conceder anistia, beneficiando os que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, excepcionou, de forma expressa, os que foram condenados pela prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, "tornando-se, dessa maneira, inequívoco o espírito de, nos crimes complexos, presente a dimensão do atentado à liberdade pessoal, da violência à pessoa, não se favorecem os delinquentes que, mesmo por motivação política, perpetraram crime que atentou também contra os bens da vida e da liberdade pessoal, nas hipóteses aludidas".

Considerou-se, aqui, que o sequestro da vítima, por mais de trinta dias, é fato que, em virtude de sua gravidade, conduziu a Corte, no exercício de seu juízo

de apreciação do caráter da infração, a retirar-lhe, de qualquer sorte, o atributo de crime político.

A aplicação do sistema da preponderância busca suas origens na jurisprudência do Tribunal Federal Suíço, que em três elementos principais condicionou, historicamente, a caracterização da predominância do caráter político do fato criminoso, conforme, no mesmo julgado, demonstrou o Ministro Moreira Alves: a) a finalidade de atentar contra a organização política e social do Estado; b) a clara relação entre o ato e a finalidade de modificar a organização política e social do Estado; e c) o caráter do delito, cuja eventual atrocidade – elemento de direito comum – é capaz de afastar o enquadramento como crime político, ainda que presente o fim de atentar contra o Estado.

Conforme já se colhe dos julgados acima referidos, a jurisprudência brasileira adota, também, para fins de extradição, o sistema da atrocidade dos meios, que é traduzido na regra segundo a qual o conceito de crime político não abrange ações violentas, marcadas pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade, especialmente atividades terroristas de todo tipo.

O art. 77, § 3º, da Lei 6.815/1980 – o qual dispõe que "o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou processos violentos para subverter a ordem política ou social" – incorpora, além da denominada "cláusula de atentado" ou "cláusula belga" – que exclui do conceito de crime político os ataques contra a pessoa do chefe de Estado ou autoridades –, o sistema da atrocidade dos meios, especificamente quanto aos atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro e outros ali mencionados. Não podia ser de outra forma, visto que a Constituição de 1988 estabelece o repúdio ao terrorismo como um dos princípios que regem as relações internacionais (art. 4º, VIII), além de atribuir à atividade terrorista o mesmo tratamento jurídico-penal dos crimes hediondos, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII).

Apesar da fluidez e da imprecisão do conceito de terrorismo, o Supremo Tribunal Federal o tem tornado imune à caracterização como crime político, como bem realçado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Ext 855 (*DJ* de 1º-7-2005):

> Atos delituosos de natureza terrorista – Descaracterização do terrorismo como prática de criminalidade política. (...) O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva,

> a tratamento jurídico impregnado do máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política. Extraditabilidade do terrorista: necessidade de preservação do princípio democrático e essencialidade da cooperação internacional na repressão ao terrorismo. (...) A extradição – enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum – representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui "uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)" (Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, art. 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua descaracterização como delito de natureza política.
>
> (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, *DJ* de 1º-7-2005.)

Nesse caso, conhecido como o Caso Norambuena, o extraditando fora condenado, no Chile, por homicídio, extorsão mediante sequestro e formação de quadrilha armada, os quais foram caracterizados como atos delituosos de natureza terrorista.

A Corte, aqui, deferiu a extradição, entendendo que os delitos cometidos pelo extraditando – em momento de plena vigência, no Chile, de um regime inquestionavelmente democrático – possuíam a natureza de crimes comuns. Assentou-se que "(...) o estatuto da criminalidade política, por isso mesmo, não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzam práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado" (voto do Ministro Celso de Mello – Relator).

Em relevante obra sobre a extradição no direito internacional e no direito brasileiro, Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano ressalta a importância da distinção entre *crimes políticos* e *crimes antissociais*, da seguinte forma:

> (...) torna-se, modernamente, indispensável traçar uma linha divisória entre os crimes políticos e os crimes antissociais.
>
> Estes últimos seriam os delitos cometidos por terroristas ou anarquistas, visando, não a um determinado governo, e, sim, à organização social comum às nações civilizadas.

> Tais delitos, também denominados crimes político-sociais, se caracterizam pela violência com que procuram subverter a estrutura do estado, ferindo suas instituições básicas.
>
> É evidente, portanto, que tais delitos possuem aspectos de natureza política; mas, mesmo assim, a doutrina hodierna os considera causa eficiente da extradição.
>
> Os autores de tais infrações não podem ser considerados perigosos, apenas, para os papéis em que os delitos foram levados a efeito, mas, igualmente, para a comunidade internacional ou, pelo menos, para os estados que vivem no mesmo estágio de cultura e civilização, adotando sistemas político-administrativos baseados em princípios semelhantes.
>
> Esse foi o motivo por que Bluntschli, com reconhecida primazia, levantou a questão perante o Instituto de Direito Internacional, acentuando o caráter relevante, para todos os povos, da luta contra o terrorismo, de onde deflui a necessidade de ou, até mesmo, o dever de apoio mútuo, entre os estados, para a repressão dos delitos sociais.
>
> Recolhendo essa posição doutrinária e tendo como ponto de referência a tese suscitada, em reunião anterior, pelo espírito altamente categorizado de Bluntschli, o Instituto de Direito Internacional, na sessão de 1892, em Genebra, declarou, como já mencionamos, que não devem ser considerados delitos políticos os atos criminosos de terrorismo ou de anarquismo, dirigidos contra os fundamentos de toda a organização social.
>
> (RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981, p. 96-97.)

A Constituição de 1988 aproximou o crime político ao crime de opinião (art. 5º, LII) e identificou, para atribuir-lhes regime jurídico diferenciado, os delitos graves, que possuam inegáveis motivações políticas, na esteira da doutrina e da jurisprudência internacionais.

O professor Malcolm N. Shaw, ao tratar do assunto, apresenta, exemplificativamente, a *European Convention in the Supression of Terrorism*, de 1977, (art. 1º) e a *Convention for the Suppression of Terrorism Bombing*, de 1997 (art. 11), além dos diversos precedentes norte-americanos, tais como *McMullen case*, 74 AJIL, 1980, p. 434; *Eain case*, 74 AJIL, 1980, p. 435; *Re Piperno*, 74 AJIL, 1980, p. 683; *US v. Mackin* 668 F.2d 122 (1981); *Government of Belgium v. Postlethwaite* (1987) 2 ALL ER 985; *R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Secretary of State for the Home Department* (1988), 1 WLR 1204; *alguns deles referentes às atividades terroristas do conhecido grupo IRA (Irish Republican Army)* (SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5. ed. Cambridge University Press, 2003, p. 610).

Não é outro o entendimento albergado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Na conhecida decisão *BVerfGE, Beschluss vom 29. Mai 1996, 2BvR 66/96*, a Corte alemã consignou o entendimento segundo o qual atividades terroristas não configuram crime político e, portanto, a extradição é possível nesses casos. De acordo com o Tribunal, "é incorreto julgar como crime político a participação em uma associação terrorista, cujo propósito é direcionado à prática de graves crimes. Uma ação censurável não deve ser tratada como crime político, apenas porque motivações políticas desempenharam algum papel.

De fato, a fronteira do crime político é ultrapassada, quando o convencimento político opera mediante a execução de meios terroristas. Medidas preventivas ou repressivas de um Estado para a defesa contra o terrorismo não configuram, portanto, perseguição política, se elas são tomadas em face de terroristas, dos participantes ativos ou daqueles que, nos bastidores, desempenham atividades de apoio, sem tomar parte nas ações criminosas". Tratava-se de reclamação constitucional – a *Verfassungsbeschwerde* – intentada por nacional espanhol, *integrante do grupo separatista ETA* (**Euskadi Ta Askatasuna)** e acusado de várias ações criminosas, contra decisão que autorizara a sua extradição. Segundo o reclamante, as ações que lhe foram imputadas configurariam crimes políticos, e as provas que embasaram o pedido de extradição teriam sido obtidas por meio de tortura.

A Corte entendeu pela possibilidade de extradição, afastando a pretendida caracterização de ações terroristas como crime político. Assentou, na ocasião, que a mera motivação política não desempenha papel suficiente na configuração da hipótese que afastaria a possibilidade de extradição.

No Brasil, por definição, o terrorismo (art. 5º, XLIII) e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV) possuem sempre motivação política. No entanto, a Carta Magna fez questão de acentuar seu caráter especialmente grave para diferenciá-los dos crimes políticos. São exemplos típicos de crimes com motivação política que não constituem crimes políticos.

Outros crimes destacados pela Constituição, como tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, racismo e os crimes hediondos, são incompatíveis com os marcos constitucionais do crime político, que não só impedem a extradição (art. 5º, LII), como devem ser apreciados pela Justiça Federal (art. 109, IV), com recurso ordinário direto para o Supremo Tribunal Federal (art. 103, II, *b*). Acolhe-se, aqui, o sistema de atrocidade dos meios, a impedir que se caracterize como políticas as infrações cuja gravidade é enunciada pela própria Constituição.

Nessa linha, certas espécies de crime, independentemente de sua motivação ou de sua finalidade política, não constituem crimes políticos. É que, levada às últimas consequências a tese contrária, logo teríamos casos de estupro, pedofilia, genocídio ou tortura, entre outros, tratados como crimes meramente políticos, obtendo seus autores os benefícios decorrentes desse enquadramento.

A toda evidência, as ações violentas da Ku Klux Klan e os assassinatos de Martin Luther King, Chico Mendes e Dorothy Stang são exemplos de crimes com notórias motivações e implicações políticas, mas isso não é suficiente para considerá-los como crimes políticos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal destacam-se os casos em que, na solução de difíceis problemas quanto à definição de crime político, conjugam-se os critérios da predominância e da atrocidade dos meios.

No caso *Fiermenich* (Ext 417, Rel. para o acórdão Min. Oscar Corrêa, *DJ* de 21-9-1984), o Tribunal deferiu a extradição, negando aos fatos delituosos a conotação de crimes políticos. Estes são os termos da ementa do julgado:

Ementa: Extradição. Lei de anistia do país requerente inaplicável à hipótese, não atingindo o extraditando. Prevalência dos crimes comuns sobre o político, aplicando-se os § 1º a § 3º do art. 77 da Lei 6.815/1980, de exclusiva apreciação da Corte: fatos que caracterizam, em princípio, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas, propaganda de guerra e processos violentos de subversão da ordem. Alegação improcedente de submissão a juízos de exceção. Exclusão dos delitos relativos a: liderança de movimento político, porte de armas e explosivos, e uso de documentos falsos; bem como ressalvado que não poderão ser impostas ao extraditando penas superiores a trinta anos de prisão, o máximo, em relação a cada crime. Extradição deferida – com as ressalvas enunciadas.

O caso versava sobre crimes de homicídio, associação ilícita qualificada, posse de armas e de explosivos e uso de documentos falsos, além de atentado contra o então Ministro da Fazenda da Argentina, que acabou por ferir terceiros. Na ocasião, a Corte entendeu pela preponderância dos crimes comuns, autorizando a extradição, com exclusão dos delitos passíveis de destaque, aos quais reconheceu conotação política.

Trechos do voto do Min. Oscar Dias Corrêa são elucidativos:

> Que político é o extraditando, que exerceu atividade política, não se nega, antes se proclama. A questão está, contudo, em saber até que ponto a atuação política, a paixão política – digamo-lo – pode ser compreendida e absorvida pela lei, para exculpar, ou descriminar.
>
> (...) Há limites, contudo, à atividade dita política, que, obviamente, conforme a sorte das revoluções, se caracterizam como normais à consecução de objetivos, ou se configuram como delituosas. Nas revoluções, os que depredam, ferem e matam, se vitoriosos, são os juízes dos depredados, feridos e mortos, que pisam e dominam. Se vencidos, são os criminosos, que respondem pelos erros – que, então, são erros imperdoáveis – e comparecem à barra do Tribunal para expiar a culpa de terem sido derrotados.

Em seu voto, acompanhando o Ministro Oscar Corrêa, o Ministro Rafael Mayer assentou que, "pela eminência do bem jurídico sob a proteção, no crime de homicídio, não me posso furtar a considerar, neste crime complexo, a preponderância do crime comum aí revelado, que os motivos políticos eventuais não afastam".

Ao encerrar seu voto, o Relator destaca: "Por mais que prezemos as lutas pela liberdade e pela democracia, não vemos como confundi-las com as práticas delituosas que à sua sombra se acobertam".

Ao julgar o Caso Pietro Mancini, na Ext 994, em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio, o Tribunal negou a extradição, após afastar a hipótese de terrorismo. Ali, vários crimes eram imputados ao extraditando, inclusive com uso de arma de fogo, mas nenhuma notícia havia nos autos de dano grave à população, o que levou o Tribunal, presentes os demais elementos da finalidade e da motivação, a reconhecer a preponderância do caráter político sobre o comum das infrações.

Nos debates daquele julgamento, assentou o Ministro Relator que "não houve ato voltado, em si, de forma genérica, contra a população". Na sequência, o Ministro Sepúlveda Pertence registrou que não havia "nem sequer crime

político violento, tentativa de alterar o regime por meios violentos, onde podem ocorrer fatos de violência. Agora, *data venia*, no caso concreto, não é nada que se pudesse caracterizar, propriamente, como terrorismo. A própria explosão de um prédio, esclarece o Relator, atingiu apenas um prédio em construção". O Ministro Nelson Jobim, após afastar o caráter terrorista das ações do extraditando, acompanhou o Relator entendendo ter ficado claro, no voto condutor, que o ato de morte do comandante da academia italiana, naquele caso, não seria atribuível ao próprio extraditando.

Vê-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados "delitos de sangue", vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

O Ministro Francisco Rezek, ao proferir seu voto acompanhando o Ministro Paulo Brossard (Relator) na Ext 615 (Caso Garcia Meza – Bolívia), assentava que "não há um único argumento a indicar motivação política nos crimes de assassinato, de apropriação de terras públicas em proveito próprio e de familiares, de lesão ao erário em concorrências públicas por ele administradas. Tudo que aí temos é desenganada criminalidade comum: de político, só o cargo por ele exercido – de resto, mediante usurpação".

Mesmo nos casos em que o Tribunal indeferiu a extradição na presença de crimes contra a vida, o móvel para tanto esteve atrelado a outros fatores justificadores da negativa, como a ausência de individualização da conduta dos acusados, ausência de comprovação de sua autoria ou participação, ou mesmo nos casos de dolo eventual, situações em que, caso o julgamento fosse transposto para a Justiça brasileira, dificilmente haveria condenação.

Assim ocorreu no Caso Falco (Ext 493), relativo à invasão do quartel de La Tablada, na Argentina. Nesse caso, dadas as circunstâncias exclusivas de que se revestiu a insurreição, o Tribunal negou a extradição, em que pese ao caráter violento dos crimes atribuídos ao extraditando. Os fatos caracterizaram-se como ações defensivas da ordem constitucional, afastando-se da hipótese de terrorismo. O voto do Ministro Celso de Mello registrou que "seria paradoxal considerar político o ato que vulnerasse a ordem constitucional estabelecida e desvestido desse mesmo caráter político o ato de resistência constitucional ao golpe".

Aqui, ademais, apesar de se tratar de insurreição, crime considerado político no ordenamento jurídico do Estado requerente, a outro, que não ao extraditando, foram atribuídos os crimes de homicídio. O núcleo central da conduta que lhe foi imputada residiu na associação ilícita qualificada, para fins de rebelião agravada – fortemente impregnada de conteúdo político, em torno da qual residem os demais fatos, unidos por vínculo de conexidade. A conduta do

extraditando não fora individualizada, como ocorreu em relação a outros que participaram da insurreição. Deixou expresso em seu voto, o Ministro Moreira Alves, na ocasião, que "na hipótese, não há qualquer circunstância que caracterize a culpa em relação ao assassínio, crime político impróprio".

Ao julgar o Caso Luciano Pessina (Ext 694, Rel. Min. Sydney Sanches), a Corte negou a extradição, assentando que faltava nos autos indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado à vida ou à incolumidade física das pessoas.

Conclui-se, pois, que, mesmo na situação em que o Tribunal, excepcionalmente, assentou a preponderância do caráter político de ações delituosas conexas com os chamados "crimes de sangue", não o fez baseado exclusivamente nessa circunstância, mas também, e principalmente, com base na impossibilidade de individualização da conduta do extraditando quanto aos delitos de maior gravidade.

É certo que a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, na solução dos casos concretos, nunca prescindiu, na jurisprudência da Corte, da análise do *contexto político* em que praticados os atos criminosos. Além do fato de o conceito de crime político ser relativo a cada ordenamento jurídico, situado historicamente, é importante considerar que o ato de insurgência política poderá ter qualificações completamente distintas se praticado em Estados autoritários ou em Estados democráticos.

Há diferença, na essência, na capitulação de um ato como crime comum ou político, conforme o regime de determinado país seja democrático ou totalitário, ou mesmo ditatorial.

Havendo democracia, não há espaço, em princípio, nem há justificativa, à primeira vista, para atribuir a um delito a característica e os efeitos de um crime político.

Em outras palavras, havendo meios para derrotar o adversário dentro da lei (meios que garantam a todos os seus direitos subjetivos públicos), não há justificativa ética para o *favor constitutionis*. Inversamente, havendo ditadura, "a possibilidade" do crime político existe. Reconhece-se aos cidadãos o direito de defesa contra a tirania. Nesse caso, o revolucionário é uma vítima como toda a sociedade e, não tendo meios jurídicos efetivos para se proteger, lança mão do recurso que lhe sobra, que é a sua ação contra seus opressores. Nessas situações, o crime pode ser considerado um ato político em defesa do próprio agente ou da sociedade.

Ditadura é violência contra os direitos individuais e ameaça constante à própria vida dos cidadãos, sujeitos a denúncias, intrigas, vinganças que costumam levar à prisão ou a outras punições mais severas. Já a democracia abre ao cidadão os meios de movimentar o ordenamento jurídico em sua defesa. Instrumentos como *habeas corpus*, mandado de segurança, preservação do sigilo, devido processo legal, ônus da prova etc. estão à disposição do indivíduo e o protegem do eventual abuso de poder ou de ilegalidade perpetrada pelo Estado.

De outra parte, a democracia também abre aos cidadãos os meios para disputar contra seus adversários, inimigos, opositores, dentro dos parâmetros da vida social civilizada, conquista sofrida da humanidade, ao longo dos milênios da sociedade ocidental. Eleições são conflitos sublimados. Em vez de matar, manter em cárcere, expropriar o patrimônio do adversário, o vencedor da eleição conquista o direito legítimo de governar o país e, dentro da lei, reforçar sua posição de vantagem sobre seu adversário derrotado.

Assim, o mesmo crime que, numa ditadura, pode vir a ser absolvido sob a forma de anistia, numa democracia, é crime mesmo, crime preponderantemente comum, ainda que a motivação interior tenha origem numa hostilidade política. Caso contrário, qualquer indivíduo poderia tomar a lei em suas mãos, punir seu inimigo como lhe agradar e revestir seu ato de nobreza política. Situação em que a vida social assumiria a forma do *mundo hobbesiano*.

Por isso, a necessária análise do contexto sociopolítico em que foi praticado o ato capitulado como crime. Trata-se de elemento indispensável, pressuposto da própria aplicação da teoria mista ou eclética, segundo a qual, para a caracterização do crime como político, adotam-se os critérios objetivo – o bem jurídico violado pela ação (a segurança da ordem político-social do Estado, a própria manutenção do regime) – e subjetivo – que exige, à configuração, o móvel do agente, a intenção de suplantar o regime em vigor.

Ausentes os elementos objetivo e subjetivo, adotados na teoria mista ou eclética, poderá estar descaracterizado o crime político. Presentes, entretanto, o bem jurídico violado e o móvel político do agente, poderão ser estes insuficientes, se abstraídos do contexto em que foi praticada a infração. Havendo Estado de Direito e os instrumentos que dele decorrem para a garantia dos cidadãos, não haveria justificativa, em princípio, para a caracterização do crime como político.

A importância do contexto político na solução dos problemas relacionados à definição do crime político está representada na jurisprudência do STF.

Na Ext 615, já referida anteriormente, esse critério ficou claro. Confiram-se os termos da ementa:

> Crime político. Exame da sua configuração, como exceção impeditiva da concessão da extradição, deferida exclusivamente ao STF. Crime complexo ou crime político relativo, critério para a sua caracterização assentado na predominância da infração penal comum sobre aquelas de natureza política. Art. 77, § 1º e § 2º, da Lei 6.815/1980. Não havendo a Constituição definido o crime político, ao Supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinária vigente, dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição constituem infração de natureza política ou não, tendo em vista o sistema da principal idade ou da preponderância. *Tribunal de exceção. Não caracterização quando o julgamento se dá com fundamento e de conformidade com leis, desde há muito vigentes, e por integrantes da Suprema Corte de Justiça do País, na ocasião, regularmente investidos em suas funções*. (...)
> (Ext 615, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 19-10-1994, *DJ* de 5-12-1994.)

Ali se examinou se o panorama político-social em que se verificou o julgamento do extraditando evidenciava elementos de um Estado de Direito, entre eles o princípio do juiz natural. Concluiu a Corte que sim, que o ex-chefe de Estado fora julgado por magistrados legitimamente investidos nas suas funções de membros da Suprema Corte da Bolívia.

Em outra extradição, no Caso Pietro Mancini (Ext 994), o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, assentou a importância da análise do contexto social e político do país, por ocasião dos fatos delituosos e do seu julgamento, para efeitos de enquadramento:

> Considero oportuno, ainda, *delinearem-se as circunstâncias históricas que envolvem os fatos pelos quais se pleiteia a presente extradição e que evidenciam a natureza comum (e não política) dos eventos delituosos a que se refere este pleito extradicional*.
>
> Os crimes cometidos pelo ora extraditando ocorreram em abril de 1991 (homicídio do Senador Jaime Guzmán Errázuriz) e entre setembro de 1991 e fevereiro de 1992 (sequestro de Cristián Edwards Del Rio e formação de quadrilha armada). Durante esse período, quando o General Augusto Pinochet não mais exercia a chefia de Estado, *a República do Chile já vivia, então, um momento de plena normalidade democrática*. Os partidos políticos em geral, inclusive os de esquerda, já se encontravam em situação de absoluta legalidade e o povo chileno havia escolhido, em eleições livres, abertas e democráticas, o seu novo Presidente da República.
>
> Vê-se, pois, que *os delitos cometidos pelo ora extraditando – em momento de plena vigência, no Chile, de um regime inquestionavelmente democrático – possuem a natureza de crimes comuns*, valendo referir, bem por isso, a tal propósito, que o órgão judiciário prolator da condenação penal que motivou este processo de extradição atende, de maneira integral, ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII), não se cuidando de tribunal de exceção, nem de juízo instituído *ex post facto* ou organizado *ad hoc* para o julgamento de uma causa penal específica ou de um réu determinado.
>
> (Ênfases acrescidas.)

No julgamento do citado caso *Falco* (Ext 493), o voto do Ministro Francisco Rezek, em alusão a julgamento anterior, no Caso Firmenich, bem exprime esse pensamento:

> Foi contra o Governo argentino a ação dos rebeldes que assaltaram o quartel de La Tablada. Cuida-se de solver apenas – e a isso o Relator consagrou grande parte de seu alento, o tema da pertinência, ou não, da cláusula belga, vinculado à questão da preponderância, que também já enfrentamos no passado. A esse respeito, observo que o argumento que desenvolvi no *caso Fiermenich* não me socorre para votar neste caso. Ali, estimei *que a questão de saber se a violência empreendida por pessoa ou grupo na sua contestação de determinado regime contamina o aspecto político do delito, transformando-o num crime comum, fazendo com que prepondere* **o elemento de criminalidade comum, deve ser aferida em função do perfil do regime ao qual se reage. Se num regime aberto, onde as pessoas podem livremente exteriorizar sua oposição ao quadro reinante, algum contestador emprega métodos violentos, não tenho maior dificuldade em estimar que esse é um caso de hibridismo a ser resolvido pela tese da criminalidade comum**. *No*

caso Firmenich, em função das circunstâncias na Argentina da época, em função do elevado grau de truculência a que se entregava o Governo Militar argentino, entendi merecedora de maior tolerância, atitude, porventura, não estritamente acadêmica, dos que se insurgiram contra o regime. Vemos aqui, um quadro político diverso: A Argentina do início de 1989 não é aquela que se retratava no caso Firmenich. Estamos em face de ação marcada por determinado grau de violência, com baixas humanas, e dentro de um quadro político onde não falta às pessoas oportunidade de contestar o governo por meios pacíficos.
(Ênfases acrescidas.)

Na ocasião, embora o regime já fosse democrático na Argentina, Sua Excelência concluiu por negar a extradição pelo crime de insurreição imputado ao extraditando, *porque o próprio sistema jurídico argentino o classificava como político* e porque, na correspondência desse delito com o do art. 17 da Lei de Segurança Nacional (art. 17 – Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito), é um crime único, para o qual perdem a identidade os homicídios e as lesões graves, cuja ocorrência e número servirão não para a caracterização de delitos autônomos, mas para aumentar a pena do crime de rebelião.

Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios, que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (*case by case approach*), o Tribunal tem se valido, especialmente, do sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios, sem deixar de valorar todas as circunstâncias *fáticas e jurídicas* presentes na situação, com especial relevo para o *contexto histórico, político e jurídico* em que praticadas as infrações.

VIII – As circunstâncias de fato

A defesa repercutiu declarações iradas de autoridades italianas que se seguiram à decisão do Ministro da Justiça concessiva do refúgio a *Cesare Battisti*, buscando, com isso, demonstrar o caráter de perseguição política que cercaria o pedido extradicional.

A propósito, a defesa destaca carta enviada pelo Presidente da República italiano, Giorgio Napolitano, ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na qual expressou "profundo estupor e pesar". Também menciona a convocação do embaixador brasileiro na Itália, efetuada pelo Ministério das Relações Exteriores daquele país, para expressar "sua queixa e surpresa", bem como a convocação do embaixador italiano no Brasil, evidenciando forma grave de protesto nas relações diplomáticas.

Prossegue recordando o aceno do Ministro da Justiça da Itália, Angelino Alfano, sobre a possibilidade de dificultar o ingresso do Brasil no G8 e a declaração do Ministro da Defesa italiano, Ignazio La Russa, de que a decisão concessiva de refúgio a Battisti "*coloca em risco a amizade entre a Itália e o Brasil*", ameaçando acorrentar-se à porta da embaixada brasileira em Roma.

Na mesma linha, a defesa realça declarações do ex-Presidente da República italiano, Francesco Cossiga, de que "o Ministro da Justiça (do Brasil) disse umas

cretinices" e de que o Presidente Lula era um "populista católico", do tipo chamado na Itália de "cato-comunista", trazendo ao conhecimento também o fato de que o Ministro italiano para Assuntos Europeus considerou "vergonhosa" a decisão brasileira.

Ainda faz menção à proposta do Vice-Prefeito de Milão de boicote a produtos brasileiros, "como forma de pressionar o Brasil a reconsiderar a decisão", bem como à proposição do Senador Vice-Presidente da Comissão das Relações Exteriores do Senado da Itália, Sergio Divina, indicando o "boicote turístico ao Brasil".

No mais, transcreve frase proferida pelo deputado italiano Ettore Pirovano, ligado à base de apoio ao Governo do Primeiro-Ministro Berlusconi, nos seguintes termos: "Não me parece que o Brasil seja conhecido por seus juristas, mas, sim, por suas dançarinas. Portanto, antes de pretender nos dar lições de Direito, o Ministro da Justiça brasileiro faria bem se pensasse nisso não uma, mas mil vezes".

Descontado o real destempero e, até mesmo, a deselegância contida em certas declarações, noto que, longe de exteriorizarem um sentimento de perseguição a Cesare Battisti pelos crimes cometidos, aludidas manifestações podem ser caracterizadas como pura expressão de revolta dos italianos, voltada, na verdade, aos termos em que foi lavrada a decisão do Ministro da Justiça brasileiro concessiva do refúgio, especialmente nas partes em que coloca em dúvida a lisura do Judiciário italiano e a própria consistência da democracia vigente naquele país, o que afasta de tais declarações, por completo, caráter de perseguição política ao extraditando.

A meu sentir, nada permite, de outro lado, considerar como indicativo do caráter político das condenações o fato de se haver afirmado em sentença que o extraditando agiu "(...) *com a finalidade de subverter a ordem do Estado*", e fazer com que o "(...) *proletariado tomasse o poder*".

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

Novamente enaltecendo a distinção doutrinária e jurisprudencial aplicável aos crimes políticos próprios e impróprios, assim manifestou-se o Ministro Celso de Mello no julgamento da Ext 493/Argentina:

> A noção de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, de um lado, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, de outro, o crime político relativo ou misto (é o delito político em sentido impróprio). Aquele, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 609; Francisco de Assis

Toledo, *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 135, item 119, 3. ed., 1987, Saraiva, inter plures); este – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, projeta-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum.

Por isso é que, diferentemente do que consta da decisão concessiva do refúgio, não se pode, de forma válida, invocar o julgamento firmado por esta Corte na Ext 694 como paradigma de que "Outros evadidos da Itália por motivos políticos vinculados à situação do país na década de 1970 e o início dos anos 1980, mesmo período de fuga do Recorrente, não foram extraditados para o país pelo Supremo Tribunal Federal".

Aludido processo de extradição tinha por escopo a entrega do cidadão italiano Luciano Pessina, negando o Plenário desta Corte o pedido de extradição, consoante a seguinte ementa:

Ementa: – *Extradição executória de penas. Prescrição. Crimes políticos: Critério da preponderância*. 1. O extraditando foi condenado pela Justiça italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão: a) – a primeira, de 1 ano, 8 meses e 20 dias; b) – a segunda, de 5 anos e 6 meses; e c) – a terceira, de 6 anos e 10 meses. 2. Quanto à primeira, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com a lei brasileira. E até a prescrição da pretensão executória da pena, seja pela lei brasileira, seja pela italiana. 3. No que concerne às duas outras, não se consumou qualquer espécie de prescrição, por uma ou outra leis. 4. Mas, já na primeira condenação, atingida pela prescrição, ficara evidenciado o caráter político dos delitos, consistentes em explosões realizadas na via pública, para assustar adversários políticos, nas proximidades das sedes de suas entidades, sem danos pessoais, porque realizadas de madrugada, em local desabitado e não frequentado, na ocasião, por qualquer pessoa, fatos ocorridos em 1974. 5. A segunda condenação imposta ao extraditando foi, também, por crime político, consistente em participação simples em bando armado, de roubo de armas contra empresa que as comercializava, de roubo de armas e de dinheiro, contra entidade bancária, fatos ocorridos em 12-10-1978. Tudo, "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do estado, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática". **Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou à incolumidade física das pessoas**. E o texto é omisso quanto às condutas que justificaram a condenação dos demais agentes, de sorte que não se pode aferir quais foram os fatos globalmente considerados. E não há dúvida de que se tratava de insubmissão à ordem econômica e social do Estado italiano, por razões políticas, inspiradas na militância do paciente e de seu grupo. Trata-se, pois, também, nesse caso, de crime político, hipótese em que a concessão da extradição está expressamente afastada pelo inciso LII do art. 5º da Constituição Federal, *verbis*: "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião." 6. Na terceira condenação – por roubo contra banco, agravado pelo uso de armas e pluralidade de agentes – o julgado não diz que o delito tenha sido praticado "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano", como ocorreu na segunda condenação. Não há dúvida, porém, de que os fatos resultaram de um mesmo contexto de militância política, ocorridos

que foram poucos meses antes, ou seja, "em época anterior e próxima a 9-2-1978", envolvendo, inclusive, alguns agentes do mesmo grupo. 7. **Igualmente nesse caso (3ª condenação), não se apontam, com relação ao paciente, fatos concretos característicos de prática de terrorismo, ou de atentados contra a vida ou a liberdade das pessoas**. 8. Diante de todas essas circunstâncias, não é o caso de o STF valer-se do § 3º do art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, para, mesmo admitindo tratar-se de crimes políticos, deferir a extradição. 9. O § 1º desse mesmo artigo (77) também não justifica, no caso, esse deferimento, pois é evidente **a preponderância do caráter político dos delitos, em relação aos crimes comuns**. 10. E a Corte tem levado em conta o critério da preponderância para afastar a extradição, ou seja, nos crimes preponderantemente políticos (*RTJ* 108/18; Ext 412 – *DJ* de 8-3-1985; e *RTJ* 132/62). 11. Com maior razão, hão de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos, os praticados pelo extraditando, de muito menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade. 12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, seja pela italiana, no que concerne à primeira condenação (1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão) e caracterizados crimes políticos, quanto às duas outras, o pedido de extradição, nas circunstâncias do caso, não comporta deferimento. 13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime.
(Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 13 de fevereiro de 1997, destaquei.)

Note-se, especialmente pelos trechos em destaque, que o Supremo não se baseou apenas na motivação política que levou às práticas delituosas para indeferir a medida, preocupando-se, ao identificar a preponderância do caráter político em relação aos tipos penais em que incurso o extraditando, com a inexistência de danos pessoais, o que permitiu visualizar os crimes comuns como um *minus* em relação ao intento de afronta ao regime posto.

Outro precedente elucidativo da adoção da preponderância do caráter político deriva do julgamento da já referida Ext 994, Rel. Min. Marco Aurélio, sendo extraditando Pietro Mancini, condenado pela justiça italiana pelas seguintes acusações:

a) assalto e porte de armas;

b) participação em grupo armado com finalidade subversiva;

c) homicídio e lesões com agravante e porte de armas.

Nesse caso, em que pese à ocorrência de crime contra a vida, foi a extradição indeferida. Entre os fundamentos levantados pelo Ministro Relator, porém, esteve presente a circunstância de que a condenação deu-se com base em dolo eventual, sem individualização da conduta do requerente, a que foi atribuído dolo eventual, pela Justiça italiana, por ter participado de uma manifestação política. Colhe-se do voto do Ministro Relator:

> Conforme ressaltado pelo Ministério Público Federal, na Sentença 61/1985, que se encontra a partir da fl. 166, ficou bem caracterizada a existência de um movimento político objetivando a alteração da própria vida do Estado italiano. Os crimes verificados decorreram da formação do movimento denominado Autonomia

> Operária Organizada. O pano de fundo, revelando-se a conexão, mostrou-se como sendo a atividade de um grupo de ação política, desaguando em práticas criminosas que, isoladamente, poderiam ser tidas como comuns. Tudo ocorreu visando a subverter a ordem do Estado, cogitando-se, por isso mesmo, de "organização subversiva Rosso, em cujo interesse eram deliberadas as rapinas executadas". O que surge inafastável é o fato principal de se haver buscado a modificação da ordem econômico-social do Estado italiano.
>
> *Relativamente à morte do policial italiano, o extraditando veio a ser considerado responsável presente o dolo eventual, no que organizara e participara da manifestação prevista e que foi reprimida ocorrendo choques entre os participantes e a polícia.*
>
> (...)
>
> Em passo seguinte, fez-se menção ao transporte de explosivo de Genebra, à rapina, ao atentado contra o cárcere de Bérgamo, sendo que, em relação a este, apontou-se que realmente explodiram-se engenhos de alto potencial no interior do Instituto Penal de Bérgamo, que se encontrava, no entanto, em construção, e aludiu-se a danos materiais.

Observa-se que, nesse precedente, a Corte atribuiu ao crime político caráter preponderante em relação aos delitos comuns, mas não sem considerar que, no caso do crime de homicídio, não houve individualização da conduta do extraditando.

A preponderância do crime comum em relação ao crime político motivou, em sentido oposto, o deferimento da extradição do célebre militante do grupo argentino "Montoneros", Mario Eduardo Firmenich, nos autos da já referida Ext 417.

Nesse processo, pesavam contra o extraditando as seguintes acusações:

a) associação ilícita qualificada e posse de armas de guerra;

b) posse de explosivos destinados a cometer crimes contra a segurança;

c) uso de documento público falsificado e posse de armas;

d) homicídio do empresário Francisco Agustín Soldatti e do cabo da Polícia Federal Ricardo Manuel Duran;

e) homicídio de Juan Carlos Perez e Alberto Bosch;

f) atentado contra Juan Aleman, Ministro da Fazenda, que saiu ileso, resultando feridos, porém, o agente da Polícia Federal Ventura Delfor Niño e o motorista Silvio Consiglieri.

Elucidativo do entendimento que se formou naquele julgamento é o voto do Ministro Néri da Silveira, do qual é relevante transcrever o seguinte trecho:

> (...) bem de ver é que, no caso concreto, acusações resultam, precisamente, da atuação do extraditando como líder do movimento terrorista aludido. Essas acusações não nos incumbe, no juízo da extradição, examiná-las, em seu âmago, pois tal concerne ao mérito da responsabilidade criminal, cabendo apurá-las nos procedimentos instaurados no juízo estrangeiro competente, resguardado o contraditório, que, então, se estabelecer nesses feitos. Penso que, ressalvadas aquelas hipóteses

mencionadas no parecer da Procuradoria-Geral da República, tidas como insuscetíveis de concessão de extradição, – em se tratando de crimes de atentado contra a vida, de participação em homicídios, de atos de terrorismo, contra a segurança do Estado, não é possível deixar de afastar, segundo a Lei de Estrangeiros, motivação política, pois, em se cuidando de crimes complexos, preponderante é o elemento próprio do crime comum do atentado à vida e à liberdade das vítimas.

Aqui, mais uma vez, identificou-se no extraditando a autoria e a participação direta em crimes contra a vida. Mais que isso, identificou-se prática terrorista.

Reafirma-se, pois, que a jurisprudência da Corte, ao aplicar o sistema da preponderância, não despreza, em qualquer hipótese, a atrocidade dos meios, a ocorrência de crimes contra a vida e a possibilidade de serem eles imputáveis, mediante individualização da conduta, ao extraditando.

Tenho que o contexto em que foram praticados os quatro crimes de homicídio atribuídos a *Cesare Battisti*, aplicando-se os parâmetros acima expostos, rigorosamente permite classificar como preponderantemente comuns as condutas.

Encontram-se nos autos as seguintes descrições dos fatos, consoante a tradução que acompanha o pedido extradicional, *ipsis litteris* abaixo transcrita:

Homicídio de Antonio Santoro, marechal dos agentes de custódia do cárcere de Udine, acontecido em Udine em 6-6-1978.

Na manhã de 6-6-1978 o marechal Santoro percorre a pé a rua Spalato em Udine para recar-se da sua casa ao trabalho, isto é, ao cárcere.

Um jovem rapaz, que, finge estar namorando com uma moça dos cabelos ruivos, o espera no cruzamento entre aquela rua e via Albona e dispara dois tiros de pistola nas suas costas e o mata.

Depois do tiroteio entra num carro branco onde se encontram outros dois jovens de sexo masculino, que se distanciam a forte velocidade em direção a via Pola.

Duas testemunhas retém de poder identificar o modelo do carro: um Simca 1300 ou um Fiat 124.

Lá pelas 13.00 horas do mesmo dia, uma patrulha dos carabineiros encontra abandonada em via Goito um carro marca Simca 1300 branco, que resulta roubado na noite do dia anterior.

O carro vem encontrado aberto e vem acertado que para fazê-lo funcionar, os ladrões tiveram que estrapar os fios do implante elétrico que eram coligados ao quadro com um grampo de cabelos.

Os investigadores acertaram também que o carro estava estacionado no lugar onde foi achado já das 7:50 horas daquele mesmo dia, e isto é, minutos imediatamente sucessivos ao momento no qual foi consumado o homicídio.

As sucessivas investigações, permeteram de estabelecer que o autor material do homicídio de Santoro, isto é, aquele que tinha disparado nas suas costas os dois tiros de pistola, se identificava no hodierno estradando *Cesare Battisti*, que, entre outras coisas, tinha já ficado preso no cárcere de Udine.

A modalidade exata de tal homicídio foi assim reconstruida: o *Battisti* e Enrica *Migliorati*, ficaram abraçados por cerca 10 minutos a apenas alguns metros de distância do portão do prédio de Santoro, enquanto Pietro *Mutti* e Claudio *Lavazza*, esperavam no carro a chegada da vítima.

Battisti se destacou imediamente da *Migliorati*, se aproximou correndo de Santoro, e o feriu primeiro com um tiro nas costas e com outros dois tiros, quase a queima-roupa, quando o marechal era já a terra.

Súbito depois o *Battista* e a *Migliorati* correram em direção do Simca 1300 que apenas tinha se posicionado no meio da rua, e assim escaparam todos os quatro.

Chegaram então na avenida principal, trocaram de carro, se desfizeram dos travestimentos (bigode e barba postiça para o *Battisti*, peruca ruiva para a *Migliorati*, peruca preta para o *Lavazza*) e chegaram à estação de Palmanova, onde o *Battisti* desceu, levando consigo a bolsa das armas e das maquiagens.

Foi acertado também que a decisão de matar o Santoro partiu do *Battisti* que conhecia pessoalmente a vítima.

Homicídio de Lino Sabbadin acontecido em Mestre em 16-2-1979

No dia 16-2-1979, lá pelas 16:50 horas, dois indivíduos de sexo masculino, com o rosto descoberto, mas com barba e bigode postiços, entram num açougue dirigido por *Lino Sabbadin* em Caltana di Santa Maria di Sala perto de Mestre, e um destes, depois de ter-se certificado que aquele homem que era diante dele era o próprio *Sabbadin* em pessoa, extraiu fulmineamente uma pistola da uma bolsa que trazia consigo, e explodiu contra este dois golpes de pistola, fazendo-o cair pesantemente sobre o estrado atrás do balcão onde naquele momento estava trabalhando; imediatamente depois dispara outros dois tiros sobre o alvo que no mais é já a terra, e tudo com a clara intenção de matar.

Depois disto os dois saem rápidamente da loja e entram num carro guiado por um terceiro cúmplice, que se afasta a forte velocidade em direção do centro habitado de Caltana, para depois prosseguir em direção de Pianga.

O *Sabbadin* vem carregado agonizante numa ambulância, mas chega morto no Hospital de Mirano.

Ficou acertado que a vítima, no curso de uma rapina que foi feita ao interno do seu negócio em dezembro de 1978, tinha usado uma arma da qual era legítimamente em possesso, ferindo a morte um dos assaltantes.

As investigações estabeleceram que os indivíduos de sexo masculino que entraram na loja do *Sabbadin* eram *Cessare Battisti* e *Diego Giacomini*, este último tinha aberto fogo com uma pistola semi-automática calibre 7,65 depois de ter perguntado ao comerciante se era ele o *Sabbadin* e depois de ter recebido uma resposta positiva.

Neste meio tempo, *Paola Filippi*, travestida com bigode e barba postiça e com os cabelos presos dentro de un boné, tinha ficado esperando num carro precedentemente roubado e que foi usado para a fuga.

Homicídio de Pierluigi Torregiani, acontecido em Milão em 16-2-1979

Às 15:00 horas de 16-2-1979, enquanto se dirigia para a sua loja, à pé, em companhia de seus dois filhos menores, *Pierluigi Torregiani* cai vítima de uma emboscada.

Dois jovens que o precedem, se giram improvisamente e disparam dois tiros na sua direção: o escudo anti-projétil que trazia consigo, diminuiu o impacto consentindo a sua defesa.

Vem novamente ferido, mas desta vez ao fêmur, e cai a terra. Dispara em direção de seus agressores, mas um projétil atinge o seu filho, ferindo-o gravemente; o joalheiro vem finalmente atingido na cabeça.

Vem transportado ao hospital onde chega morto.

O filho resterá paraplégico e será incapaz de caminhar.

Este homicídio foi cometido mais ou menos poucas horas antes daquele de *Lino Sabbadin* e, o *Torregiani* também, como o *Sabbadin*, em precedência tinha reagido com arma da fogo a uma rapina ao restaurante Transatlântico de Milão acontecido em 23-1-1979, no curso da qual um dos delinquentes morreu por causa dos tiros não de *Torregiani*, mas de um outro comensal que se incontrava no local.

A decisão de matar o *Torregiani* amadureceu juntamente com aquela de matar o *Sabbadin*: as duas ações homicidas foram decididas juntamente, executadas quase contemporâneamente e unitáriamente reivindicadas.

Para decidirem sobre os dois homicídios foram feitas uma série de reuniões na casa de *Pietro Mutti* e *Luigi Bergamin*, às quais o *Battisti* sempre partecipou e, todos foram de acordo sobre a oportunidade de tais ações criminais. Portanto *Battisti* se assumiu a função de executor material do homicidio de *Lino Sabbadin* mas teve função decisiva no homicidio *Torregiani*, mesmo se não partecipou materialmente a execução de tal crime. Ao contrário, súbito depois do homicidio de *Sabbadin*, *Battisti* procurou, como da precedente acordo, de contactar telefonicamente os autores materiais do homicídio *Torregiani* e, se como não conseguiu localizá-los, fez o telefonema de reinvindicação, depois de ter sentido a notícia do assassinato de *Torregiani* pelo rádio.

Além disto, no curso das reuniões acima citadas na casa de *Mutti* e de *Bergamin*, *Battisti* reforçou muitas vezes a necessidade da inevitável ação homicida, deixando, na noite de 14-2-1979 a casa de *Bergamin*, onde estavam reunidos alguns tépidos discordantes deste projeto de duplo homicidio, que no mais era já de imediata realização, observando "que a operação à qual estavam trabalhando era já pronta e que teria partido para Pádova no dia seguinte".

Dito isto se afastou súbito depois.

Se faz presente que Pádova é localizada nas proximidades de Caltana di Santa Maria di Sala onde dois dias depois *Battisti* partecipou materialmente ao homicídio de *Lino Sabbadin*.

Em definitivo, o *Battisti*, seja enquanto partecipante da decisão colegial que diz respeito a ambos homicídios, seja enquanto executor material do homicídio *Sabbadin* e autor da única reinvidicação de ambas ações, foi condenado também por concurso no homicídio *Torregiani*.

Homicídio de Andrea Campagna, acontecido em Milão 19-4-1979

Às 14:00 horas do dia 19-4-1979, o agente de Polícia de Estado *Andrea Campagna*, membro da *Digos* de Milão, com funções de motorista, depois de ter visitado a namorada junta à qual, como todos os dias, almoçava, se preparava em companhia de seu futuro sogro, para pegar o seu carro estacionado a via Modica, para depois acompanhá-lo na sua loja de sapatos de via Bari.

A este ponto, vinha improvisamente enfrentado por um jovem desconhecido, que, aparecendo de repente detrás de um carro estacionado ao lado do carro do policial, explodia contra ele, em rápida sucessão 5 tiros de pistola.

Lorenzo Manfredi, pai da namorada do *Campagna*, tentava de intevir, mas o atirador lhe apontava a arma que ainda empunhava, apertando por duas vezes o grileto, sem que todavia partissem os tiros.

Súbito depois, o jovem desconhecido fugia em direção à cooperativa de via Modica, onde, em correspondência da curva que ali existe, entrava num carro Fiat 127 dirigido por um cúmplice; tal carro, depois de ter girado a esquerda em via Biella, se afastava em direção de via Ettore Ponti.

O *Campagna* vinham imediatamente socorrido, mas morria durante o transporte para o hospital.

Os acertamentos médico-legal dispostos sobre o cadáver do agente assassinado consentiram de esclarecer que a vítima foi atingida por cinco tiros, todos explodidos em rapidíssima sucessão da uma distância muito próxima, quando o *Campagna* ainda vivo girava verso o homicida a metade esquerda do corpo.

Como referido pelos familiares, o gente assassinado tinha aparecido de maneira muito nítida no curso de um serviço televisivo em ocasião da prisão de alguns dos autores do homicídio *Torregiani*, havendo o mesmo efetuado o transporte de tais presos da Questura ao cárcere de San Vittore.

A decisão de matar *Campagna* foi assumida, como emergeu do proseguimento das investigações, principalmente por *Battisti*, por *Claudio Lavazza*, *Pietro Mutti* e *Bergamin Luigi*, pois que o *Campagna* tinha partecipado à prisão de alguns presuntos autores do homicídio de *Torregiani*.

A iniciativa mais importante seja na escolha do objetivo, seja na fase successiva de preparação do atentado, foi assunta pelo mesmo *Battisti*, que controlou por um período os movimentos e hábitos do *Campagna***.**

Além disto foi o próprio *Battisti* que cometeu materialmente o homicídio explodindo cinco tiros na direção do policial, enquanto uma segunda pessoa o esperava à bordo de um Fiat 127 roubado e utilizado para a fuga.

Não vejo como se poderia, diante de tais descrições, atribuir-se predominância política aos homicídios, bastando observar-se o contexto em que foram praticados – mediante premeditação e emboscada –, com o propósito imediato de eliminar as vítimas, destacando-se os motivos apurados pelas investigações, como vingança, nos casos do açougueiro Lino Sabbadin e do joalheiro Pierluigi Torregiani, por terem reagido a assaltos anteriormente ocorridos, os quais resultaram na morte de assaltantes, o que não seria diferente com relação à vítima Andrea Campagna, eliminada por ser motorista da viatura que transportou alguns presos acusados de participar do homicídio de Torregiani.

Quero com isso demonstrar que não se pode dar aos chamados "crimes de sangue" praticados com premeditação e puro *animus necandi*, segundo deflui dos autos, o mesmo caráter de crime político, atribuível, *v.g.*, ao homicídio cometido em meio a um levante social ou ataque maciço visando à alteração do regime.

Evidenciando, com essas considerações, a predominância do intento da prática de crime comum em relação à motivação política, concluo ser possível o deferimento do pedido de extradição, por não esbarrar no impeditivo disposto no art. 5º, LII, da Constituição Federal, e no art. 77, VII, da Lei 6.815/1980.

IX – Obrigatoriedade de entrega do extraditando ao Estado requerente

Por fim, é preciso tecer algumas considerações sobre a execução desta decisão, especificamente, sobre a questão, muitas vezes abordada de forma simplista e até mesmo simplória – o que leva, invariavelmente, a soluções acríticas e pouco fundamentadas – quanto ao Poder Executivo brasileiro estar ou não obrigado à efetiva entrega do extraditando à República Italiana, ante o deferimento da extradição por parte do Supremo Tribunal Federal.

Não se trata se averiguar se teria o Supremo Tribunal Federal poder coercitivo em face do Poder Executivo para determinar o cumprimento do acórdão que deferiu a extradição. A questão, muitas vezes formulada por esse viés equivocado, leva a respostas igualmente equivocadas. O tema está umbilicalmente ligado à própria natureza da extradição e, portanto, diz respeito à definição do papel exercido pelos Poderes Executivo e Judiciário no processo extradicional.

A extradição, em simples termos, é a entrega que um Estado faz a outro Estado – a pedido deste – de um indivíduo neste último processado ou condenado criminalmente. É, em suma, uma relação de direito internacional entre Estados soberanos para o fim de cooperação em matéria de repressão ao crime. Como uma relação entre pessoas jurídicas de direito internacional público, a extradição tem como protagonistas os representantes legítimos, os chefes dos Governos de cada Estado, e é materializada com base em tratado internacional ou, em sua ausência, em promessa de reciprocidade. A relação obrigacional para fins de extradição, se existente – seja com base em tratado bilateral, convênio multilateral, pacto de reciprocidade ou mesmo em lei interna do Estado requerido –, ocorre entre Governos, ou seja, entre os Poderes Executivos de cada Estado.

Assim é que, historicamente, o processo extradicional surgiu como uma relação eminentemente entre Estados soberanos.

No Brasil Império, o processo de extradição obedecia a um sistema tipicamente administrativo – sem qualquer participação de autoridade judicial –, consagrado na Lei 234, de 23 de novembro de 1841, art. 7º, n. 2, e no Regulamento 124, de 5 de fevereiro de 1842, arts. 9º e 20, c/c o decreto de 9 de setembro de 1842. O processo observado em relação à extradição passiva era o seguinte: recebido o pedido pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros, se, de acordo com o Conselho de Ministros, não o recusasse imediatamente, era ouvido o Procurador-Geral da Coroa. Caso este opinasse favoravelmente ao pedido, a extradição era então concedida, mesmo antes da prisão do extraditando. Podia o Procurador-Geral, no entanto, emitir parecer pela rejeição do pedido pelo Conselho de Ministros ou pela audiência da Seção de Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado Imperial, órgão consultivo da Coroa, presidido pelo Imperador (Cf.: MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Brasília: Imprensa Nacional, 1957, p. 11).

Nesse período imperial, algumas extradições foram concedidas em razão de tratados firmados pelo Brasil com Carlos X, da França (6 de junho de 1826, art. 8º), Grã-Bretanha (17 de agosto de 1827, art. 5º), com Frederico III, da Prússia (18 de abril de 1828, art. 4º), e com Portugal (19 de maio de 1836, art. 7º). Por ato circular do Ministro dos Negócios Estrangeiros, de 4 de fevereiro de 1847, dirigido aos agentes diplomáticos e consulares brasileiros, ficaram estabelecidas as condições em que o Brasil entregaria, sob promessa de reciprocidade, criminosos refugiados em seu território.

A Constituição de 1891 não fixou, expressamente, a competência para processar e julgar o pleito extradicional, deixando ao legislador, nos termos do art.

34 (32), a competência para regular, em caráter privativo, o processo de extradição. Na República (até 1911), o sistema administrativo continuou a reger o processo extradicional, com base na Lei 221, de 20 de novembro de 1894, art. 38, e Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898, 1ª parte, art. 112, § 2º). Com a Lei 967, de 2 de janeiro de 1903, a atribuição de informar os pedidos de extradição, antes a cargo do Procurador-Geral da República, passou ao Consultor-Geral da República.

Até então, como abordado, as extradições no Brasil ocorriam com base em tratados firmados com diversos Estados ou em promessas de reciprocidade. Em 1905, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a extradição só seria possível se baseada em tratado (HC 2.280, decisões de 7, 10 e 14 de junho de 1905). A razão era a de que a Constituição republicana de 1891, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para "*regular os casos de extradição entre os Estados*", teria abolido a extradição fundada apenas em reciprocidade ou em ato voluntário do Poder Executivo não submetido à prévia disciplina do Poder Legislativo. A decisão fez jurisprudência, e as extradições, a partir de 1905, passaram a ser concedidas apenas com base nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Nessa decisão, conforme nos ensina Lêda Boechat, "o Supremo Tribunal Federal declarou que o Poder Judiciário podia intervir, em matéria de extradição, para verificar se o estrangeiro aqui asilado estava sofrendo ou se achava em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, nos termos do art. 72, § 22, da Constituição. Requerida uma extradição, cabia-lhe verificar se ela era concedida na forma estabelecida pelo tratado em vigor entre o Brasil e a Nação requerente. E disse ainda: 'Não se concede extradição quando o crime do extraditando está prescrito em face da lei brasileira'." (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo II, 1899-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 185.)

A situação criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal levou à promulgação da Lei 2.416, de 28 de junho de 1911, que prevê novamente a permissão da extradição baseada em promessa de reciprocidade (art. 1º, § 1º). A referida lei, ao regular a extradição, passou a exigir a *efetiva participação do Poder Judiciário no processo extradicional*. Dizia a lei, em seu art. 10, que "*nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de cuja decisão não caberá recurso*". Desde os primórdios, portanto, tal como referido por Lêda Boechat (acima citada), a participação do Supremo Tribunal Federal na extradição consistiu em verificar se ela era concedida *na forma estabelecida pelo tratado* em vigor entre o Brasil e a Nação requerente.

Desde então, o processo extradicional no Brasil, fundado em tratado ou em promessa de reciprocidade (atual art. 76 da Lei 6.815/1980), passou a contar com uma fase jurisdicional, efetuada pela jurisdição do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1934 consagrou, expressamente, a competência do Supremo para processar e julgar, originariamente, o processo de extradição (art. 54, 1º, *h*). Documentos legislativos posteriores – tais como o DL 394, de 28-4-1938 (art. 10), o DL 941, de 13-10-1969 (art. 94), e a atual Lei 6.815, de 19-8-1980

(art. 83) – mantiveram essa efetiva participação do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, no "controle de legalidade" do processo extradicional. Essa fase jurisdicional é imprescindível à garantia dos direitos do indivíduo extraditando e, por isso, representa um verdadeiro avanço em termos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional.

Assim, como se sabe, o atual processo de extradição no Brasil é dividido em três fases. A primeira, de natureza administrativa, é caracterizada pela apresentação, normalmente pela via diplomática, do pedido do Governo do Estado estrangeiro ao Governo brasileiro. Compete ao Ministério das Relações Exteriores receber o pedido e remetê-lo ao Ministério da Justiça, que decidirá sobre seu envio ao Supremo Tribunal Federal, instaurando a segunda fase, de índole jurisdicional. Já nessa primeira fase, portanto, coloca-se a questão relativa à discricionariedade do Poder Executivo na decisão – que é de política internacional – sobre a extradição. Como bem assevera Anor Butler Maciel, em interessante estudo acerca da extradição:

> Nesta fase, a política internacional é decisiva.
>
> Só o Poder Executivo, a quem compete a orientação dos negócios internacionais, é o árbitro do encaminhamento da solicitação de outro Estado à Justiça, levando em conta as relações entre ambas as Nações e fixando a atitude que adotará em relação ao Estado requerente.
>
> Um Estado que se recusasse a atender nossos pedidos de extradição, certamente, não teria sua pretensão nesse sentido encaminhada, embora a lei não exija, para que se conceda a extradição, que se expresse reciprocidade.
>
> Esta faculdade de recusa do encaminhamento do pedido ao Judiciário e denegação de plano do pedido de extradição, tem assento nos termos claros do art. 87, VI, da Constituição Federal (...).
>
> (Cf.: MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Brasília: Imprensa Nacional, 1957, p. 11.)

A natureza discricionária do poder governamental de decidir sobre extradição está situada nessa primeira fase, eminentemente político-administrativa, diretamente vinculada à estrutura da relação obrigacional entre os Estados requerente e requerido. Haverá diferenças marcantes, portanto, se essa relação entre os entes de direito internacional público é fundada em tratado ou em promessa de reciprocidade. A propósito, ensina Francisco Rezek:

> Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extraditória abre ao Governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiado, porém, que se encontre em tratado ou em autêntica existência de reciprocidade, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo – continua Rezek –, um compromisso que ao Governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o Governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela Corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, de tal

> sorte, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do Governo à honra da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, entre outros.
> (REZEK, Francisco. O Governo Brasileiro da Extradição Passiva. In: *Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: UnB, 1976, p. 238-239.)

Para Rezek, portanto, nessa primeira fase, dita governamental, é que caberia ao Poder Executivo exercer a faculdade da recusa – quando presente, como analisado acima – do pedido extradicional. Em suas palavras:

> É de se perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo Governo antes ou depois do pronunciamento do Tribunal. A propósito, o DL 941/1969 guarda implacável silêncio, e sua linguagem, notadamente nos arts. 92 e 101, chega a produzir a impressão de que nenhum poder decisório, em nenhum caso, reveste o Executivo, responsável tão só pelo desempenho de encargos prémoldados e subalternos.
> (...)
> Convenço-me de que a opção governamental deve ser formulada na fase prejudiciária do procedimento, e a tanto sou levado por mais de uma razão. Cabe assinalar, antes de mais nada, que o processo extraditório no Supremo Tribunal Federal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções (art. 95 e § 1º). Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o Poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao Tribunal traduz aquiescência da parte do Governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da Corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. *Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extraditório em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o Tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao Governo uma decisão discricionária.*
> (...)
> Negada a extradição pela Corte, limitam-se os deveres do Poder Executivo à libertação do extraditando e à comunicação desse desfecho ao Estado requerente. Deferida, incumbe-lhe efetivá-la nos termos dos arts. 96 e seguintes do DL 941/1969.
> (Ênfases acrescidas.)

É nessa primeira fase, portanto, que cabe ao Poder Executivo deliberar, em termos de política internacional e, principalmente, ante suas obrigações (convencionais ou de reciprocidade) sobre o prosseguimento do pedido de extradição. De toda forma, a existência efetiva de tratado afasta as possibilidades de descumprimento governamental de suas obrigações perante o Estado requerente.

Enfatize-se, nesse ponto, que, ao formularem os pedidos de extradição, os Estados já os instruem com os compromissos próprios de entrega (art. 98, DL

941; art. 91, Lei 6.815/1980) e, quando não o fazem, esses compromissos são requisitados pelo Ministério da Justiça.

A tese acima delineada, portanto, rende homenagem aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil com os demais Estados. Havendo tratado, todo o processo de extradição deverá observar as suas normas. E, no caso de conflito entre a lei interna e o tratado, o entendimento é consolidado, principalmente, na jurisprudência do STF (vide, por exemplo, Ext 662, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 30-5-1997), no sentido de que prevalece o tratado, pelo critério da especialidade. Isso, na verdade, é um truísmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, muito antes de nos aventurarmos nessas novas discussões acerca do significado especial dos tratados nas relações entre os Estados e até sobre a necessidade de maiores cuidados na questão da hierarquia normativa entre tratados e leis ordinárias.

Ressaltem-se, nesse aspecto, os princípios internacionais fixados em relação ao Direito dos Tratados pela Convenção de Viena, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

Cumpre ressaltar que as relações entre a República Federativa do Brasil e a República da Itália há muito são marcadas pela cooperação no plano extradicional. O Decreto 21.936, de 11 de outubro de 1932, que promulgou o Tratado bilateral de Extradição entre o Brasil e a Itália, firmado no Rio de Janeiro em 28 de novembro de 1931, já afirmava, em seu art. 4º, que "as Altas Partes contratantes concederão a extradição de seus próprios cidadãos, nos casos previstos no presente Tratado".

Atualmente, rege o processo extradicional entre Brasil e Itália o Tratado de Extradição assinado em Roma, em 17 de outubro de 1989, aprovado pelo Congresso Nacional em 20 de novembro de 1992 e promulgado pelo Presidente da República (art. 84, VIII, CF/1988) em 9 de julho de 1993, cujo art. 1º diz o seguinte: "O Tratado de Extradição, firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, em 17 de outubro de 1989, apenso por cópia ao presente decreto, **será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém**".

A segunda fase é eminentemente jurisdicional e processada perante o Supremo. Em relação à natureza jurídica do provimento que decorre do julgamento do feito extradicional, transcreva-se, inicialmente, o art. 83 da Lei 6.815/1980: "Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão". Da leitura do texto legal surge, de plano, a ideia de controle de regularidade que cerca a atividade da Suprema Corte em tal mister. Vale dizer, toca ao Supremo analisar a inocorrência de alguma das causas impeditivas ou a presença das condições indicadas, respectivamente, nos arts. 77 e 78 do Estatuto do Estrangeiro, além de outras previstas em tratado. Não por acaso resulta assente na Corte a posição de que, com o julgamento da extradição, encerrada está a prestação jurisdicional do STF, cabendo ao Poder Executivo a

responsabilidade pela entrega do extraditando ao Governo requerente, nos termos do art. 86 da Lei 6.815/1980. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados do STF: Ext 369/República Portuguesa, Rel. Min. Djaci Falcão; Ext 579/República Federal da Alemanha, Rel. Min. Celso de Mello; e Ext 621/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello).

Atestada a higidez do pedido de extradição e o cabimento do pedido, resta ao Tribunal comunicar a decisão aos órgãos competentes do Poder Executivo, que providenciarão, perante Estado requerente, a retirada do extraditando do país, conforme o art. 86 da Lei 6.815/1980 e as normas constantes em tratado porventura existente.

A decisão do Supremo, no processo extradicional, é de natureza preponderantemente declaratória, atestando certeza jurídica quanto à configuração dos requisitos para o cumprimento do tratado ou do pacto de reciprocidade pelo Brasil. Como toda decisão de conteúdo declaratório, estabelece um preceito, uma regra de conduta, consistente no dever de extraditar, pelo Brasil, e no direito de obter a extradição, pelo Estado requerente, em cumprimento do pacto internacional.

Para Pontes de Miranda (*Tratado das Ações*), com uma decisão dessa natureza, o réu fica "preceitado". Toda decisão declaratória traz consigo forte carga mandamental, consistente no dever das partes de não agir contrariamente ao preceito nela estabelecido. As singelas hipóteses em que é possível negar-se eficácia ao efeito declaratório da decisão na extradição estão previstas ou no próprio tratado internacional, no pacto de reciprocidade, ou na legislação interna: não cumprimento das condições estabelecidas, doença grave do extraditando, não retirada do extraditando do território nacional pelo Estado requerente, e outras que venham a ser expressamente estabelecidas em lei ou convencionadas pelas partes no próprio pacto antecedente. Posta a decisão do Supremo Tribunal, não há espaço para escolha quanto à sua observância; até porque o STF não é órgão de consulta. A decisão reconhece que há, para o Estado requerente, o direito de obter a extradição do agente, porque considera presentes os respectivos pressupostos. A escolha, pelo Poder Executivo, deu-se antes, quando da formalização do pacto internacional.

Uma decisão declaratória é uma decisão *ex tunc*, por natureza. Dirige-se para o passado. Ao decidir a extradição, o Supremo Tribunal não cria direito, mas decide sobre a existência ou a inexistência de uma relação jurídica. Em caso positivo, se existente a relação jurídica, será porque os pressupostos para a extradição estão presentes, e desde antes da decisão. O mesmo se deve dizer quanto ao direito do Estado estrangeiro de obter a extradição. Não é o Supremo que o cria. Essa relação jurídica, de natureza obrigacional, já existe. Seu nascedouro é o tratado ou o pacto de reciprocidade. Os requisitos também já existem. O Tribunal reconhece a sua existência, atribuindo-lhes a certeza jurídica.

Na hipótese inversa, quando os requisitos não existem, a relação jurídica obrigacional também não existe, desde o início. E teremos, aí, uma decisão declaratória negativa.

Em análise da então terceira fase do processo extradicional, novamente de natureza administrativa, surgem na doutrina considerações, como a do saudoso Professor Celso Bastos, de que "ao Presidente da República compete a faculdade de consumar a extradição, isto é, mesmo que já aprovada pelo STF, a medida pode deixar de ter seguimento, se assim o entender a mais alta autoridade do país" (BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo, p. 232).

Gilda Russomano sustenta que "o Supremo Tribunal Federal, a rigor, não concede a extradição: autoriza o Poder Executivo a que o faça. Assim – prossegue a autora –, quando o Supremo Tribunal nega a procedência ou a legalidade do pedido, a extradição não pode ser concedida pelo Poder Executivo. Mas, no caso inverso, o Poder Executivo poderá deixar de fazer a entrega do extraditando, em qualquer das hipóteses – que mencionaremos adiante – do art. 98, do Estatuto do Estrangeiro" (*op. cit.,* p. 139).

Francisco Rezek, em sua obra mais recente, afirma o seguinte: "Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela Corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, assim, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do governo à hora da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, dentre outros. Excluída a hipótese de que o governo, livre de obrigações convencionais, decida pela recusa sumária, impõe-se-lhe a submissão do pedido ao crivo judiciário. Este se justifica, na doutrina internacional, pela elementar circunstância de se encontrar em causa a liberdade do ser humano. Nossa lei fundamental, que cobre de garantias tanto os nacionais quanto os estrangeiros residentes no País, defere ao Supremo o exame da legalidade da demanda extradicional, a se operar à luz da lei interna e do tratado acaso existente. Percebe-se que a fase judiciária do procedimento está situada entre duas fases governamentais, inerente a primeira à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado. Vale perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo governo antes ou depois do pronunciamento do Tribunal. A propósito, veja-se que o processo da extradição no Supremo Tribunal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções. Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e

a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao Tribunal traduz aquiescência da parte do governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por forca de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária." (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público.* Curso Elementar. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 199-200.)

Há de se admitir que certa confusão instalou-se na própria doutrina sobre a questão relativa à execução da extradição, pelo Poder Executivo, diante da decisão do STF que a concede.

As considerações doutrinárias, no entanto, **nunca sustentaram a possibilidade de não cumprimento**, pelo Presidente da República, do tratado de extradição. Análise mais acurada permite afirmar que, **em verdade, o que sempre se defendeu é que,** nessa terceira fase do processo extradicional, uma vez atestada a legitimidade da extradição em processo jurisdicional no STF, poderá o efetivo cumprimento da decisão demandar medidas administrativas de competência exclusiva do Poder Executivo, assim como o adiamento da entrega em virtude de o extraditando já estar sendo processado ou estar cumprindo pena por outro crime no Brasil.

A tão falada *discricionariedade* do Poder Executivo existirá, por exemplo, quando o extraditando "estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, (...)", situação em que poderá o Presidente da República, segundo seu prudente critério, e avaliadas as condições fixadas em tratado bilateral de extradição (se houver), optar entre a postergação da entrega do estrangeiro ao término do processo ou ao cumprimento da pena, ou, ainda, proceder à imediata colocação do extraditando à disposição do Estado requerente (art. 89 da Lei 6.815/1980), caso vislumbre, com isso, melhor atendimento ao interesse nacional.

Assim, ao se afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal é meramente autorizativa e que, na terceira fase do processo extradicional, poderá o Executivo apreciar a conveniência quanto ao cumprimento da decisão, na verdade está-se a dizer que existem medidas de cunho administrativo, necessárias à execução da extradição, que se submetem à livre apreciação governamental, mas que estão delimitadas, ainda que minimamente, por preceitos normativos contidos na lei interna do Estado requerido ou em tratado internacional.

Esse é também o entendimento depreendido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na Ext 855, o Ministro Celso de Mello, Relator (28-8-2004), bem delimitou esse entendimento, em trechos da ementa do acórdão a seguir transcritos:

> *A questão da imediata efetivação da entrega extradicional – Inteligência do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro – Prerrogativa exclusiva do Presidente da República, enquanto chefe de Estado*. – A entrega do extraditando – que esteja sendo processado criminalmente no Brasil, ou que haja sofrido condenação penal imposta pela Justiça brasileira – depende, em princípio, da conclusão do processo penal brasileiro ou do cumprimento da pena privativa de liberdade decretada pelo Poder Judiciário do Brasil, exceto se o Presidente da República, com apoio em **juízo discricionário**, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade, exercer, na condição de chefe de Estado, a prerrogativa excepcional que lhe permite determinar a imediata efetivação da ordem extradicional (Estatuto do Estrangeiro, art. 89, *caput*, *in fine*). Doutrina. Precedentes.

Na Ext 985, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 18-8-2006, ficou consignado, na ementa do acórdão, o seguinte:

> O Supremo Tribunal Federal, em recente revisão da jurisprudência, firmou a orientação de que o Estado requerente deve emitir prévio compromisso em comutar a pena de prisão perpétua, prevista pela legislação argentina, para a pena privativa de liberdade com o prazo máximo de trinta anos. Esse entendimento baseia-se na garantia individual fundamental prevista pelo art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição federal do Brasil. *Por estar o extraditando respondendo a ação penal no Brasil por suposto uso de documento falso, caberá ao presidente da República avaliar a conveniência e a oportunidade da entrega do estrangeiro, ainda que pendente ação penal ou eventual condenação, nos termos dos arts. 89 e 90 c/c art. 67 da Lei 6.815/1980 e do art. 9º, segunda parte, do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Argentina*. Pedido de extradição deferido com as restrições indicadas.

O mesmo entendimento foi fixado na Ext 959, Rel. Min. Cezar Peluso (*DJ* de 9-6-2006), em que Sua Excelência afirmou, em voto condutor, que "a efetivação, ou não, da extradição ficará condicionada à *discricionariedade* do Governo do Brasil, nos termos do art. 89, c/c os arts. 67 e 90, todos da Lei 6.815/1980".

Da mesma forma, esse entendimento está na Ext 991, Rel. Min. Carlos Britto, caso em que a extradição foi deferida com a ressalva estabelecida no art. 89, combinado com os arts. 67 e 90 da Lei 6.815/1980.

Cito, ainda, apenas a título exemplificativo, a Ext 997, Rel. Min. Joaquim Barbosa (*DJ* de 13-4-2007), a Ext 1.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*DJ* de 11-5-2007) e a Ext 893, Rel. Min. Gilmar Mendes (*DJ* de 15-4-2005).

Em todos esses casos, o que esteve em discussão foi a possibilidade de não haver entrega do extraditando, a critério do Poder Executivo, na presença de circunstâncias expressamente previstas na legislação de regência ou pacto internacional.

Na Ext 1.114, Rel. Min. Cármen Lúcia (*DJ* de 21-8-2008), consta do voto da Relatora, e da ementa do acórdão, que "o Supremo Tribunal limita-se a analisar

a legalidade e a procedência do pedido de extradição: indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República". Analisando-se, porém, o caso concreto e os precedentes citados pela eminente Ministra, é possível constatar que não se está ali a defender a livre apreciação do Poder Executivo quanto a aspectos de conveniência e oportunidade relativos ao efetivo cumprimento da decisão do Supremo. No caso, alegava o extraditando que, "para a concessão da extradição, seria necessária a manifestação expressa do Presidente da República, o que não teria ocorrido". O voto então foi apenas no sentido de que a manifestação do Presidente da República poderia ocorrer na terceira fase do processo extradicional, após o fecho da fase jurisdicional perante o Tribunal.

Daí afirmar a Relatora, com base em precedente do Ministro Celso de Mello (Ext 568, *DJ* de 7-5-1993), que o "pedido extradicional, deduzido perante o Estado brasileiro, constitui – quando instaurada a fase judicial de seu procedimento – ação de índole especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado". Portanto, a fundamentação está toda centrada no argumento de que, na fase judicial, cabe ao Supremo Tribunal analisar a legalidade e a procedência do pedido extradicional. Formado o título jurídico, poderá o Poder Executivo deliberar sobre a entrega do extraditando.

Os precedentes da Corte em que se louvou a ilustre Relatora para sustentar sua argumentação não definiam mais que a possibilidade de não haver entrega imediata do extraditando ao Estado requerente pelo Presidente da República, nas hipóteses em que a própria legislação ou o tratado o permitem. Esses os lindes da propalada discrição. **Não há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendimento que consagre ao chefe do Poder Executivo irrestrita discricionariedade na execução da extradição já concedida**.

A pretendida discricionariedade do Poder Executivo, portanto, é delimitada e circunscrita por preceitos legais da Lei 6.815/1980, especialmente os arts. 67, 89 e 90, além das disposições do tratado de extradição, se houver, que vinculam o Presidente da República em suas relações com os Estados estrangeiros pactuantes.

Discricionariedade, portanto, no sentido de possibilidade de decisão dentro dos marcos normativos da lei ou do tratado. Em verdade, na teoria geral do direito, o conceito de discricionariedade é justamente este: em simples termos, a existência de uma margem de livre apreciação, segundo critérios de oportunidade e conveniência, precisamente delimitados normativamente, seja por meio de cláusulas gerais, conceitos normativamente indeterminados, preceitos normativamente abertos e/ou indeterminados etc. Lembremos aqui a tão citada moldura normativa concebida por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Discricionariedade pode ser assim conceituada como existência de alternativas interpretativas, sempre dentro do quadro ou moldura delimitada normativamente.

Discricionariedade sem limites normativos mínimos deixa de ser discricionariedade e só pode ser concebida, no Estado de Direito, como **arbitrariedade**. Imaginar que o Presidente da República tenha poderes de decisão fora dos parâmetros normativos da lei ou do tratado seria dotá-lo de arbitrariedade e não de discricionariedade, o que subverteria completamente a lógica que sustenta um Estado de Direito fundado no império da lei.

Enfatize-se, mais uma vez, portanto, que **não há quem sustente uma livre apreciação ou até um livre arbítrio do Poder Executivo** quanto à obrigação – que é de cunho internacional, em razão de uma relação mantida com outro Estado soberano – de dar seguimento à efetiva entrega do extraditando. **Essa apreciação, tomada em termos de política internacional, como já abordado, situa-se na primeira fase, em que o Poder Executivo decide se submeterá o pedido extradicional à fase judicial perante o Supremo Tribunal Federal, com todas as responsabilidades e deveres que ela suscita – como a prisão do indivíduo extraditando até o final do processo –, decisão esta que, uma vez tomada, recorde-se, perdura até a efetiva entrega do extraditando ao Estado estrangeiro, não tendo o Poder Executivo o poder de desconstituir decisão judicial que determina a prisão para fins de extradição.**

Nesse contexto, dizer-se que agora o Presidente está inteiramente livre para, deferida a extradição, não executá-la, afigura-se, do ponto de vista da coerência e da consistência jurídicas, uma construção extremamente arriscada. Uma solução que desafia a própria seriedade do processo extradicional. Uma concepção equivocada que, como visto, leva a uma situação de crise, de não solução, com a manutenção do extraditando na prisão por tempo indeterminado; uma prisão ilimitada no tempo, o que não é sequer imaginável num Estado Democrático de Direito.

Em nota esclarecedora, Valério Mazzuoli bem compreende o processo extradicional em suas fases judicial e administrativa, demonstrando que, ante a existência de tratado internacional, o Presidente da República está vinculado por uma obrigação de direito internacional (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2007, p. 608). O autor, então, diz o seguinte:

> Encaminhado o pedido ao STF, vai este tribunal examinar os fatos e se manifestar sobre a legalidade do pedido em termos definitivos. Assim é a prática atual do STF. Distribuído o processo ao ministro Relator, este determina a imediata prisão do extraditando, dando início ao processo. Ao final, uma vez deferido o pedido – e isto já significa, aos olhos do país requerente, um ato de aceitação de sua garantia de reciprocidade – o governo local toma ciência da decisão e procede (se assim entender por bem) à entrega do extraditando ao país que a requereu. Ocorre que, sendo o Presidente da República, e não o STF, o competente para "manter relações com Estados estrangeiros" (CF, art. 84, inciso VII), será sua – e não do Poder Judiciário – a palavra final sobre a efetiva concessão da medida. Portanto, autorizada pelo STF a extradição, compete ao Presidente da República decidir em definitivo sobre a sua conveniência, sendo perfeitamente possível que a autorização do Supremo não seja

efetivada pelo Presidente, sem que isso cause qualquer tipo de responsabilidade para este último. *Tal somente não se dará – ou seja, o Presidente somente será obrigado a efetivar a medida – quando existir tratado de extradição entre os dois países, uma vez que, neste caso, se está diante de uma obrigação internacional assumida pela República Federativa do Brasil, impossível de ser desrespeitada pelo governo.*

Esse é o entendimento, ressalte-se, do eminente Professor Luís Roberto Barroso, reafirmado, inclusive, em artigo publicado hoje, 18-11-2009, no *Correio Braziliense* (Caderno Opinião, p. 15). Afirma o ilustre advogado em artigo doutrinário sobre o tema:

> Determina o art. 102 da Constituição Federal:
>
> "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I – processar e julgar, originariamente:
>
> (...)
>
> g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro."
>
> Estabelece também a Lei n.º 6.815/80:
>
> "Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão."
>
> Esses dispositivos devem ser combinados com a regra constitucional que determina:
>
> "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> (...)
>
> VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos."
>
> Assim, como cabe ao Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros, o exame do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se à legalidade do pedido, sem que isto implique necessariamente na efetiva concessão da medida, que é da competência exclusiva do chefe do Executivo Federal.
>
> Portanto, o pedido formulado ao Brasil pelo governo estrangeiro é encaminhado ao Supremo Tribunal, que examina a sua legalidade. Uma vez autorizada a extradição, compete ao Executivo decidir sobre a sua conveniência. Portanto, é possível que o Supremo autorize a extradição e esta não venha a ser efetivada, por não ser conveniente ao Executivo. Contrariamente, seria impossível a extradição se o Supremo Tribunal indeferisse o pedido e o Executivo ainda assim quisesse efetivá-la. Neste caso, estaríamos diante de uma violação a um dispositivo constitucional que determina que compete ao Supremo Tribunal o julgamento da extradição de Estado estrangeiro. **Observe-se, entretanto, que, em havendo tratado de extradição entre o Brasil e o Estado requerente, fica o Presidente da República obrigado a conceder a extradição, uma vez autorizada pelo Supremo, sob pena de violar obrigação assumida perante o direito internacional**.
>
> (TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 354, ano 97, p. 83-104, mar./abr. 2001, p. 84.)

Portanto, ante a existência de tratado bilateral de extradição, deve o Poder Executivo cumprir com as obrigações pactuadas no plano internacional e efetivar a extradição. A discricionariedade existente é sempre limitada pela lei interna e pelo tratado de extradição.

Esse entendimento pode ser encontrado na jurisprudência do STF no conhecido *caso Franz Paul Stangl*, em que o Tribunal, magistralmente conduzido pelo voto de Victor Nunes Leal, consignou o entendimento segundo o qual "a efetivação, pelo Governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal, depende do direito internacional convencional" (Ext 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, julgamento em 7 de junho de 1967). Está no voto de Victor Nunes:

> 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: a 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**"**.**

Aí está a discricionariedade existente "nos limites do direito convencional", como diria Victor Nunes Leal. Não é arbitrariedade, é discricionariedade mesmo, como possibilidade de decisão dentro dos marcos normativos do tratado.

No caso, no pleno exercício da competência privativa e indelegável de manter relações com Estados estrangeiros, certamente não seria dado ao chefe do Poder Executivo pinçar um caso específico para, por meio dele, descumprir o Tratado de Extradição, validamente celebrado com a Itália em 17 de outubro de 1989 e promulgado pelo Decreto 863, de 9 de julho de 1993.

Outro não é o entendimento de Mirtô Fraga, em artigo publicado no dia de ontem (17 de novembro de 2009), no jornal *Correio Braziliense*, cujo teor transcreve-se abaixo:

> Não há extradição *ex officio*. Ela deve ser sempre **solicitada**, sob a invocação da existência de tratado ou sob promessa de reciprocidade de tratamento. Não havendo tratado, o Brasil pode negar a extradição, ainda que o Estado requerente **ofereça** promessa de reciprocidade de tratamento em caso idêntico. Há discrição governamental. E a recusa pode ser sumária, quando os documentos nem serão enviados ao STF. Mas, se há tratado, ela se torna **obrigatória**, nas condições nele previstas; sua concessão deriva de uma **obrigação convencional**, mas está **condicionada** ao exame de legalidade e procedência pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> E, com ou sem tratado, o processo de extradição comporta três fases distintas: a primeira e a terceira são administrativas; a segunda é judiciária. A primeira fase se inicia com o recebimento do pedido do Estado estrangeiro e termina com o seu encaminhamento ao STF, se for o caso. A segunda é a fase judiciária, em que a Corte analisa o pedido quanto à sua legalidade e procedência. Após a decisão do STF, vem a terceira fase, administrativa, em que o Governo procede à entrega do extraditando (se a Corte julgou-a legal) ou, então, comunica ao Estado requerente

o indeferimento do pedido. Nesta terceira fase, com a decisão judicial favorável à extradição, tomam-se determinadas providências para a retirada do extraditando.

Questão interessante consiste em saber se a **faculdade de recusa** – quando presente, isto é, na **ausência de tratado** – deve ser exercitada pelo Governo antes ou depois da fase judiciária. Trataremos, aqui, apenas, da hipótese, em julgamento: quando há tratado.

O Direito é um sistema lógico, racional e, com tais princípios, deve ser analisada toda norma jurídica. Nenhum dispositivo deve ser interpretado no sentido de sua ineficácia. A Constituição brasileira garante os direitos individuais, dentre eles a liberdade. O processo extraditório reclama, em todo o seu curso, a prisão do extraditando. Envolve autoridades policiais, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, outros magistrados, advogados. Requer, enfim, uma série de providências que demandam tempo.

No caso Battisti, não há discrição governamental: há tratado entre os dois países. O pedido da Itália deveria ser, como o foi, encaminhado ao STF. É que, pelo **tratado**, a extradição é **obrigatória** e o Brasil, quando o firmou, assumiu o compromisso de entregar estrangeiros solicitados pela Itália. Tal entrega está condicionada, apenas, à decisão judicial e aos compromissos próprios da entrega. Se o STF concluir pela extradição, não há discrição governamental. Cumpre-se o tratado. Entrega-se o extraditando. Nada mais. É princípio internacional e, também, inscrito em nossa Constituição, o respeito aos tratados firmados. Se o Presidente da República, havendo tratado, pudesse recusar a entrega do estrangeiro, depois de decisão favorável do STF, para que assinar o acordo? Qual o objetivo do tratado?

Havendo tratado, a manifestação presidencial pela entrega do extraditando, ocorreu, portanto, na **assinatura do acordo**. É aí que sua vontade se obriga, sujeita só ao julgamento da Corte (legalidade e procedência do pedido). Depois da decisão favorável do STF, não pode haver uma segunda manifestação. Apenas, cumpre-se o tratado.

A única ação presidencial admissível, após o julgamento, é o adiamento da entrega para que o extraditando responda a processo-crime, por atos aqui praticados. Mas, pode o chefe de Estado dispensá-lo dessa obrigação e entregá-lo imediatamente à Itália. Aí, há discrição governamental. Mas, haverá interesse para o Brasil na primeira alternativa? Ao Presidente, neste caso, cabe o **juízo** discricionário do **interesse público**; não do interesse governamental.

Mas, é necessário lembrar que na primeira hipótese (entrega adiada), a manutenção da prisão de Battisti, no Brasil, por ordem do STF, se faz necessária, pois ela dura até a entrega do extraditando ao Requerente, observados os prazos legais. A prisão há de persistir até que esgotada a condição, suspensos esses prazos. Trata-se, pois, de prisão legítima, mesmo na hipótese de eventual absolvição pelo crime supostamente praticado aqui. É necessário garantir que a entrega possa efetivar-se.

(FRAGA, Mirtô. Entrega de Battisti à Itália. Presidente se manifesta antes ou depois da decisão do STF. *Correio Braziliense*, 17-11-2009.)

Tudo isso demonstra que o sentido da expressão "discricionariedade", em relação a aspectos do procedimento dessa segunda fase da extradição, acabou, por um fenômeno qualquer de metonímia, sendo indevidamente ampliado. Aquilo que dizia respeito a disposições específicas da lei foi estendido para uma espécie de poder geral do Presidente da República, o qual, como aqui demonstrado, é absolutamente indevido. Em suma, tomou-se a parte – que é a regra da

discricionariedade em hipóteses específicas delimitadas normativamente – pelo todo. Um tipo de metonímia da confusão.

Certo é que não há, no texto constitucional ou na legislação, fundamento válido à simples negativa, fundada em uma suposta livre apreciação, de entrega do extraditando ao Estado requerente depois de deferido o pedido pelo Supremo Tribunal Federal.

Dispõe o art. 86 da Lei 6.815/1980: "Concedida a extradição, *será* o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, *deverá* retirar o extraditando do território nacional".

A impossibilidade de manutenção do extraditando em território brasileiro, mesmo ante o deferimento do pedido extradicional, é realçada, ademais, pela perplexidade em face da constatação de inexistência de válida justificativa para tanto.

Fixadas essas teses, questiona-se: A que título ainda seria permitido ao extraditando manter-se no Brasil?

As hipóteses estão previstas em lei ou em tratado. O Estatuto do Estrangeiro estabelece, nos arts. 89 e 90, a possibilidade de não ser executada a extradição quando: a) o extraditando estiver acometido de enfermidade grave; b) estiver pendente no Brasil processo por crime punível com pena privativa de liberdade, e, neste último caso, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, permitindo-se, porém, ao Poder Executivo realizá-la desde logo, se presente a hipótese prevista no art. 67 (interesse nacional); e c) estiver o extraditando respondendo a processo ou condenado por contravenção.

Também poderá ser negada a execução quando o Estado requerente negar-se ao compromisso de cumprir as condições estabelecidas para a extradição (art. 91).

Como refugiado, já restou demonstrada a impossibilidade, bastando reiterar os argumentos acima expendidos acerca do descabimento da medida.

A propósito, revela-se de suma importância advertir sobre a inaplicabilidade do art. 3º, 1, *f*, do tratado firmado com a Itália, assim redigido:

> Art. 3º (...)
> Casos de recusa de extradição.
> 1. A extradição não será concedida:
> (...)
> f) se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;

Ora, na linha dos argumentos expendidos, viu-se que o Estado brasileiro não dispõe de argumentos válidos aptos a constituir "razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados", tanto que a decisão concessiva de refúgio, da lavra do Ministro da Justiça, indicou esses mesmos motivos e, conforme entendimento desta Corte, desbordou largamente dos limites normativos da Lei 9.474/1997.

Restaria a hipótese de asilo político, igualmente inaplicável, considerando-se a demonstrada similitude entre os institutos, nada indicando tratar-se o extraditando de um perseguido em seu país de origem por razões ligadas a questões políticas, delitos de opinião ou crimes concernentes à segurança do Estado ou outros atos que não configurem quebra do direito penal comum.

Afora as duas mencionadas hipóteses de acolhimento definitivo do estrangeiro em território nacional, restaria a concessão de visto permanente ao ora extraditando, o que, todavia, é vedado pelo art. 7º da Lei 6.815/1980, que impede a concessão de visto a estrangeiro "VI – condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira;".

Assim, no caso em análise, uma vez declarada pelo Supremo Tribunal Federal a procedência do pedido de extradição, e verificada a vigência do tratado e a impropriedade de qualquer medida administrativa tendente a manter o extraditando no Brasil, resta ao Poder Executivo efetivar a entrega ao Estado requerente.

X – Conclusão: o papel do STF na extradição

Está na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o importante papel cumprido por esta Corte no processo extradicional. Cabe a esta Corte exercer sua precípua função de defesa da Constituição, da ordem democrática e, sobretudo, dos direitos humanos. Como bem ressaltado pelo Min. Celso de Mello no julgamento da Ext 1.074 (*DJ* de 12-6-2008):

> *Extradição e respeito aos direitos humanos: paradigma ético-jurídico cuja observância condiciona o deferimento do pedido extradicional*. – A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de **velar pelo respeito aos direitos fundamentais** do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). **O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento**

jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do *due process of law* (*RTJ* 134/56-58 – *RTJ* 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurador das liberdades públicas fundamentais.

A história recente do Supremo Tribunal Federal tem sido caracterizada por muitos como uma inegável fase de ativismo judicial na proteção da Constituição e dos direitos fundamentais.

Rápida análise de alguns casos recentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal pode demonstrar que nossa Corte tem exercido positivamente seu papel de proteger a Constituição e os direitos do cidadão, sem com isso adentrar âmbitos próprios da seara política do Parlamento e da administração.

Nos últimos anos, o Tribunal tem julgado casos históricos, em que são discutidas questões relacionadas ao direito de greve dos servidores públicos, à progressão de regime prisional[83], à fidelidade partidária[84], ao direito da minoria de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquéritos[85] e à proibição de nepotismo na administração pública[86].

Citem-se, ainda, as súmulas vinculantes – que já perfazem o total de 21 – aprovadas pelo Tribunal sobre temas relevantes, como o nepotismo (Súmula 13), o uso de algemas (Súmula 11), loterias e jogos de bingo (Súmula 2).

Em todos os casos, é possível verificar que a atuação do Tribunal ocorreu em momentos de esgotamento ou de quase esgotamento de outras vias – jurisdicionais, políticas ou administrativas – para a proteção de direitos fundamentais e da própria Constituição.

Perceba-se, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal não atua de ofício, escolhendo temas, a seu alvedrio, para proferir decisões com suposto conteúdo legislativo. A atividade judicante da Corte Suprema ocorre em demandas que nela aportam pela via dos recursos, após longos anos de tramitação e esgotamento de todas as instâncias jurisdicionais, ou pela via direta das ações do controle de constitucionalidade, propostas por pessoas ou entidades com representação e legitimação social e política suficientes para levantar questões constitucionais de interesse de toda a sociedade.

Diante de questões jurídicas importantes, o Supremo Tribunal Federal não tem tergiversado, enfrentando os problemas constitucionais com desenvoltura e forte posição na proteção dos direitos.

---

83 STF – HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 1º-9-2006.

84 STF – MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 17-10-2008.

85 STF – MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 4-8-2006.

86 STF – ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 20-8-2008.

Em todos os casos mencionados (fidelidade partidária, nepotismo, direito de greve dos servidores públicos), a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría[87] – teria sido mais prejudicial ou menos benéficas para a nossa democracia.

Não é nova a discussão sobre o papel de uma Corte Constitucional nas democracias contemporâneas. Está em grandes e conhecidos doutrinadores, como Ackerman (ACKERMAN, Bruce, *et alii. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 204 p.), Alexander Bickel (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.), Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust:* A Theory of Judicial Review, Harvard University Press, 1995. 261 p.), Dieter Grimm (GRIMM, Dieter. *Constituição e política.* Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006), entre vários outros, além do excelente estudo de Eugene Rostow (ROSTOW, Eugene. "El caracter democratico del control judicial de la constitucionalidad". *Revista Direito Público*. Brasilia, v. 4, n. 16, abr/jun 2007).

De todas as discussões, parece haver algum consenso quanto ao dever de qualquer Corte Constitucional assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e a ordem constitucional como um todo.

Esse é o mais relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Não há Estado de Direito, nem democracia, em que não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais.

O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades dos Poderes Executivo e Legislativo. **Não há "judicialização da política" quando as "questões políticas" estão configuradas como verdadeiras "questões de direitos"**. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República.

Nos Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais Poderes democraticamente constituídos. No cumprimento desse mister, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição é tarefa cometida a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade. Como ensinou-nos o professor Peter Häberle, todo aquele que vive a Constituição é também seu legítimo intérprete.

A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito,

---

[87] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*. 92, out./dez. de 1989, p. 14.

tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, com base em princípios e valores fundamentais.

Dessa forma, presentes os requisitos legitimadores do pedido, **o meu voto é no sentido de deferir o pedido de extradição de Cesare Battisti, para que o nacional italiano possa cumprir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta no Estado requerente.**

Ressalvo, entretanto, diante da imposição de prisão perpétua ao extraditando, que o presente pedido é deferido sob a condição de que o Estado requerente assuma, formalmente, o compromisso de comutar a pena de prisão perpétua em privativa de liberdade máxima de trinta anos, consoante a iterativa jurisprudência desta Corte.

É como voto.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, antes de mais nada, quero pedir desculpas aos Colegas. Tive a nítida impressão de que ia ser votada a matéria. Por isso, peço desculpas.

Tenho voto escrito sobre a matéria de mérito, breve. Voto escrito que começa com considerações sobre matéria já superada, a questão do refúgio, mas que menciono neste voto que ficará nos autos.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, vencido quanto à preliminar, devo prolatar voto em relação ao mérito. Não, contudo, sem antes observar, enfaticamente, que o Tribunal instala gravíssimo precedente ao examinar de ofício matéria que escapa ao seu controle.

2. É que, por maioria mínima, corroborou a atribuição, à concessão de refúgio, do caráter de ato vinculado. O conceito de ato vinculado que o Relator tomou como premissa e essa maioria subscreveu é, no entanto, excessivamente rigoroso. Como se em cada caso houvesse uma única interpretação possível de fundado temor de perseguição. Daí que não restaria ao Ministro da Justiça possibilidade alguma de escolha de uma entre as várias interpretações possíveis desse "conceito indeterminado" [melhor dizendo, dessa noção]. A solução de cada caso seria exata, como se uma única interpretação verdadeira fosse, em cada caso, cognoscível.

Esse conceito radical de ato vinculado é, porém, *permissa venia*, inadmissível. Conduziria à conclusão de que qualquer ato do Poder Executivo pode de ofício ser invalidado pelo Poder Judiciário, ao talante do Poder Judiciário. De ofício, como questão preliminar ao julgamento de qualquer processo no qual esse ato, ainda que de passagem, fosse referido.

Todos os atos do Poder Executivo seriam atos vinculados e, logo, poderiam ser invalidados de ofício, sem que o devido processo legal fosse observado. O Poder Judiciário poderia, de ofício, sem mais nem menos, questionar a afirmação ou negação, por qualquer agente do Estado, de requisitos de caráter puramente subjetivos, de conteúdo indeterminado, que não se pode contestar. A autoridade nem deveria mesmo declinar as razões dessa afirmação ou negação, porque isso é insuscetível de controle objetivo.

3. Disse em meu voto – e ora repito – que em cada caso, na interpretação sobretudo de textos normativos que veiculem "conceitos indeterminados" (vale dizer, noções), qual o de fundado temor de perseguição, inexiste uma interpretação verdadeira (única correta). A única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível (é, *in concreto*, incognoscível).

O conceito rigoroso de ato vinculado – e digo-o agora abrindo mão de indagar a respeito do caráter de ato político da concessão de refúgio – o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição. Sua interpretação/aplicação seria sempre uma só, *tertium non datur*. A concessão de refúgio seria inválida sempre que a interpretação/aplicação do direito pelo Ministro de Estado ao qual incumbe a prática do ato não coincidisse com a consagrada pelo Judiciário. Melhor seria então, para o bem da certeza e da segurança jurídicas, que anteriormente à prática de qualquer ato que envolvesse a aplicação de "conceitos indeterminados" o Poder Executivo consultasse o Judiciário. Ou, melhor ainda, que o Poder Judiciário o praticasse ele mesmo, substituindo a administração.

4. Não vejo como compatibilizar a invalidação de ofício da concessão de refúgio, nos autos de extradição, com o disposto no art. 5º, LV, da Constituição. Por isso estou sendo incisivo, respeitosamente, para confirmar o quanto afirmei na sessão de 9 de setembro passado: os fatos subjacentes à concessão de benefício sendo, no presente caso, os mesmos que fundamentam o pedido de extradição, o pedido de extradição resulta extinto. Ainda que tenha resultado vencido nesse ponto, minha convicção fica enfaticamente registrada a fim de que, no futuro, ninguém nada me cobre em razão do precedente instalado na admissão de que o tribunal pode examinar, de ofício, matéria que escapa ao seu controle.

5. Quanto ao mérito, acompanho o voto do Ministro Marco Aurélio, para não conceder a extradição. Com o devido respeito aos Ministros que, com o Relator, pensam de modo diverso, reconheço nos delitos imputados ao extraditando o caráter de crimes políticos, praticados em continuidade delitiva.

6. Conceitua-se o crime político sob três acepções. Há crime político, desde a acepção objetiva, quando os bens jurídicos afetados pela prática do delito são políticos, fundamentalmente o modelo de Estado, a ordem política e social, a

soberania ou a estrutura organizacional de determinado regime. Basta a afronta a esses bens para caracterizá-lo.

Para a acepção subjetiva prevalece a intenção do agente. Basta a motivação, basta que o agente pretenda afrontar a ordem política em si, ainda que não a afete, para que se tenha por caracterizado o crime político.

A acepção mista acrescenta à primeira, a acepção objetiva, o requisito da intenção, do agente, de lesar a ordem política em si. Nem tão só a afronta objetiva a determinados bens – o modelo de Estado, a ordem política e social, a soberania ou a estrutura organizacional de determinado regime – nem a simples motivação do agente isoladamente o caracterizam. O delito consubstancia crime político mercê da adição, um ao outro, daqueles dois aspectos, o objetivo e o subjetivo.

7. Nosso direito positivo não terá feito opção bem marcada entre a primeira e a segunda acepções, a objetiva e a mista. Mas recusa a acepção exclusivamente subjetiva de crime político na medida em que sempre os relaciona a bens jurídicos que compõem a ordem política. Crimes políticos são atos que, acompanhados de motivação política peculiar, violam bens jurídicos específicos. Quais bens jurídicos? A "segurança nacional" [definida como "o estado de garantia proporcionado à Nação para a consecução de seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente"[88] e a "integridade territorial e a soberania nacional; o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; a pessoa dos chefes dos Poderes da União"[89]. Um ou outro. Assim tem sido desde a vigência do DL 314/1967 e das alterações que lhe seguiram (DL 898/1969 e Lei 6.620/1978), até a atual Lei de Segurança Nacional, Lei 7.170/1983. Vale dizer: para o direito positivo brasileiro é insuficiente a intenção, do agente, de afrontar a ordem política em si; se essa motivação não vier acompanhada de efetiva lesão a bens jurídicos fundamentais da estrutura política do país não se há de cogitar de crime político.

8. Que não basta a motivação política do agente para caracterizar crime político, isso vem sendo afirmado reiteradamente por esta Corte, em inúmeros votos e arestos. Pois não tenho dúvida em compreender os atos a que respeitam estes autos como atos que, acompanhados de motivação política peculiar, consubstanciaram efetiva lesão a bens jurídicos fundamentais da estrutura política do país estrangeiro.

Não tenho, no entanto, o poder – nem o direito – de impor aos que assim não entendem o que me parece correto. Ousaria mesmo dizer que os atos de que se cogita, relatados com paixão por quantos os descrevem, podem levar a duas adversas conclusões, ambas corretas, nenhuma exata.

9. É que o direito é uma prudência, que – por ser prudência e não ciência – não conduz a respostas exatas, senão a mais de uma resposta correta. Eu já o sabia no plano teórico, mas em mais de cinco anos de magistratura neste Tribunal aprendi

---

[88] Veja-se o DL 314/1967, o DL 898/1969 e a Lei 6.620/1978.

[89] Lei 7.170/1983, art. 1º.

suficiente e exaustivamente, na própria carne, que é assim. Aprendi que, deveras, toda decisão jurídica é dramática.

A experiência de nossas reflexões e subsequentes decisões confirmam que, efetivamente, a compreensão escapa ao âmbito da ciência e o compreender é algo existencial. A compreensão do ser é, ela mesma, uma "determinação de ser" do ser no mundo. Ela se dá como compreensão do ser, sendo, então, experiência.

Senhor Presidente, senhores Ministros: fiquem tranquilos. Não estou a propor nenhum seminário sobre a decisão jurídica. Serei breve. Mas preciso dizer o que tenho a dizer. Este caso ficará gravado nos anais deste Tribunal, o que me impõe dizer, serena e prudentemente, o que estou a vos dizer. Não tomarei vosso tempo mais do que o necessário a que o futuro não me censure.

10. O processo de interpretação dos textos de direito encontra na pré-compreensão o seu momento inicial[90]. Aquele que tenta compreender, diz Gadamer, está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. Assim, a tarefa da compreensão consiste na elaboração de projetos corretos e adequados às coisas, projetos que, enquanto projetos, são antecipações que se devem conformar "nas coisas" – aqui não há outra objetividade senão a convalidação que as opiniões prévias obtêm ao largo de sua elaboração; a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas se expressa na sua aniquilação no processo de sua aplicação. A compreensão apenas alcança suas possibilidades quando as opiniões prévias com as quais ela se inicia não são arbitrárias. Por isso é importante que o intérprete não se dirija aos textos, diretamente, desde as opiniões prévias que em si subjazem, porém examine essas opiniões no que respeita a sua legitimação, isto é, quanto a sua origem e validade.

11. Isso não implica que o intérprete deva abandonar todas as suas opiniões prévias sobre o conteúdo do texto ou todas as posições próprias, porém, simplesmente, em que esteja aberto para a opinião do texto: quem deseja compreender um texto tem de estar em princípio disposto a deixar-se dizer algo por ele; uma consciência formada hermeneuticamente tem de mostrar-se receptiva desde o princípio à alteridade do texto.

Note-se bem, neste passo, que os preconceitos do intérprete não são o resultado de meras idiossincrasias pessoais, refletindo na verdade toda a sua vivência histórica; assim, os preconceitos do intérprete marcam seu perfil existencial e a interpretação é uma experiência histórica do intérprete, porém conformada por todas as suas experiências históricas anteriores.

Aquela receptividade não pressupõe, no entanto, nem "neutralidade" diante das coisas, nem autocancelação, porém inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos: importa é que o intérprete assuma suas próprias antecipações, com o fim de que o texto mesmo possa se apresentar em

---

[90] Vou me valer, nas linhas que seguem, sintetizando-a, de exposição contida no meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112 et seq.

sua alteridade e, assim, possa pôr em confronto sua verdade objetiva com as opiniões prévias do intérprete.

12. A compreensão é um processo de aproximação em desenvolvimento que aproxima o sujeito que compreende e o objeto a compreender, até um encontro mútuo, produzindo, assim, uma transformação recíproca. Este processo se desenvolve no tempo; coloca em jogo o indivíduo com sua história vital e o contexto das tradições sociais ("compreensão prévia").

Daí que a pré-compreensão instala os parâmetros que presidirão o empreendimento dessa tarefa. Ela constitui o pressuposto decisivo da escolha do cânone hermenêutico a adotar para a interpretação, diz Giuseppe Zacaria. Nesse momento, o intérprete opera juízos de valor, seus. Esses juízos de valor prevalecem, visto que inexistem regras postas sobre a interpretação do direito.

O que se passa, em verdade, é que a interpretação impõe ao intérprete a utilização de múltiplos métodos, se bem que primordialmente informados – e conformados – por uma linha de atuação que menos reflete uma opção preferencial por qualquer deles do que adesão a determinada postura ideológica.

É que o intérprete – como o julgador, qual observa Nilo Bairros de Brum – "é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção socioeconômica e todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade". Disso não se pode sacar a conclusão de que qualquer texto normativo admite qualquer interpretação. Não. É certo também, no entanto, que todas essas circunstâncias prosperam no sentido de colocar o intérprete em posição preconceituosa (posição de pré-conceito ideológico, seu) perante o texto a interpretar, este também veiculante de mensagem ideológica. Pois é certo, ainda, que no nível normativo se opera a cristalização de mensagens ideológicas: o texto e a norma jurídica são sempre expressivos de uma ideologia.

13. O voto do Ministro Marco Aurélio esgota corretamente, no meu sentir, a matéria de mérito. Suas pré-compreensões não hão de ser as mesmas que me acodem. Não creio sejam melhores, nem piores, do que as minhas. Mas, embora sejam distintos nossos perfis existenciais, levam-nos à mesma decisão. Também não são melhores do que as nossas, ou piores, as pré-compreensões dos Ministros dos quais estamos a divergir. Eu, por mim e para mim, deixo-me levar, no exercício da prudência que é o meu ofício neste tribunal – prudência que, como observei, não discerne o exato, porém o correto –, por tudo quanto definiu, por tudo quanto marcou meu perfil existencial. Em cada decisão que tomo vivo uma experiência histórica conformada por todas as minhas experiências históricas anteriores, que não desprezo, reafirmo.

Cada um de nós com a sua pré-compreensão. Eu, serena e prudentemente, não concedo a extradição.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, se Vossa Excelência e os Colegas me permitissem, particularmente o Ministro Eros Grau, antes de passarmos à discussão do ponto último sobre a obrigatoriedade da extradição, pediria a palavra para fazer algumas poucas observações a respeito dessa matéria, na condição de Relator.

A primeira observação que faria é que não há nenhuma norma jurídica que atribua ao Presidente da República poder discricionário de deixar de efetivar a extradição por conveniência ou utilidade. Não existe nenhuma norma jurídica, nem explícita nem implícita, na Constituição da República. Basta olhar rápido ao art. 84. Tampouco o há em algum trecho da Lei 6.815, nem em nenhuma outra lei. E, se houvesse, teríamos um problema prévio que o Tribunal teria de resolver: o conflito entre o Direito Internacional concretizado nos tratados e o Direito interno, o que demandaria reflexão mais profunda do que a mera emissão de opiniões de momento.

A questão que se propõe – e o Ministro Marco Aurélio, com a sua inteligência e com a sua sutilidade em exprimir-se, pode dizer-nos –, no fundo, é realmente uma questão de saber qual a última palavra, no sistema jurídico democrático, como o nosso, em que há sempre um órgão entre os Poderes que deva dizê-la sobre determinados assuntos, conforme as competências constitucionais. Noutras palavras, é impossível, porque a vida não o permite, que tudo fosse discutível eternamente!

E de que órgão seria, no caso, a competência para decidir sobre a obrigatoriedade da extradição? Não há, a meu ver, a palavra última do Executivo na extradição, na hipótese de existência de tratado. E não a há por quê? Porque a sua vontade, não como vontade individual do Poder Executivo, nem do Presidente da República como pessoa física, mas depois do referendo, como vontade do Estado brasileiro, já está expressa antes. Expressa onde? Está expressa no momento em que celebra o tratado, assumindo a obrigação de o cumprir. Trata-se, portanto, do empenho da palavra soberana de um Estado.

Em segundo lugar, Senhor Presidente, a vontade, aqui, como já disse, é muito mais que a vontade do Executivo, é a vontade do Estado brasileiro, é a vontade da República Federativa do Brasil e que já foi empenhada pelos órgãos que constitucionalmente tinham competência para fazê-lo.

Como Vossa Excelência já tinha bem acentuado, quando o Presidente da República ou o Executivo recebe e submete o pedido de extradição ao Supremo Tribunal Federal, expressa mais uma vez a vontade, agora, de fazer cumprir o tratado a que está obrigado, como representante do Estado brasileiro. Por quê? Porque ele poderia não fazê-lo, mas, se o faz e decide, pouco importando qual tenha sido a pessoa física do Presidente da República que o fez, se o Estado brasileiro submete ao Supremo Tribunal Federal o pedido de extradição, o faz apenas para controle da regularidade ou da legitimidade do pedido perante o ordenamento jurídico brasileiro e perante as regras do tratado. Por isso, é correto

dizer-se que se submete ao Supremo Tribunal Federal para efeito de controle da regularidade, porque se trata de saber se o pedido está de acordo com as *regole* da ordem jurídica brasileira e das normas do tratado.

E, nesse sentido, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, além das outras eficácias, tem o papel e a função de garantia do ato de execução da extradição. É decisão que dá ao Presidente da República a tranquilidade de saber que executa um ato que está conforme à Constituição brasileira, conforme ao ordenamento jurídico brasileiro e conforme ao tratado.

Portanto, a pronúncia da Suprema Corte, além de todos os seus efeitos jurídicos específicos e típicos, tem ainda este papel extraordinário de conferir ao Presidente da República a certeza jurídica absoluta de que pratica um ato legítimo.

Se o Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade do pedido, o Presidente pode não cumpri-lo? Se o pudesse, teríamos, pelo menos, duas consequências, a meu ver, eu não diria desastrosas, mas quase isso. Primeiro, tornaria absolutamente inexplicável e inútil toda atividade do Supremo Tribunal Federal, pura perda de tempo, que poderia, como aliás Vossa Excelência já fez –, e eu tinha anotado aqui – ser comparável, não obstante a seriedade da matéria, à gratuidade de uma atividade de brincadeira infantil!

Em segundo lugar, torna injustificável e irremediável, o que é pior, a gravíssima medida de privação da liberdade do extraditando por largo tempo, porque ela não é pena, não é medida cautelar e não seria necessária a nenhum título. A que ela se reduz neste caso? A um ato puro de crueldade estatal; ato puro de crueldade estatal de manter um homem preso a título nenhum.

Além de implicar uma aporia. Se o Presidente da República se recusa a cumprir a decisão do Supremo que acolhe o pedido de extradição, pergunta-se: quem revogará a prisão do extraditando? Se ela é uma consequência da procedência da ação, que não foi mudada, como se pode imaginar, sem gravíssima contradição, que tal prisão possa ser revogada sem que se altere ou revogue o teor do ato decisório que decretou a extradição?

Se é péssima essa consequência, não é a única, porque ela, na prática, desautoriza, como princípio, todos os Ministros, a todos – e eu me coloco nessa posição –, a decretar, nos próximos casos, a prisão cautelar para efeito de extradição, para que não corramos o risco de sermos acusados, perante a nossa consciência, de ter decretado a prisão de um homem que merecia estar livre, porque o Presidente da República, posteriormente, não vai cumprir a extradição!

Além de tudo, tal recusa, como já foi acentuado, constitui um conspícuo ilícito internacional: descumprimento injustificado de um tratado que produz, entre outras tantas consequências de responsabilidade internacional, a possibilidade de denúncia do tratado, além de outras sanções.

E, finalmente, Senhor Presidente, o descrédito internacional que caracteriza o País como aquele que não cumpre tratados internacionais. E tanto mais

doloroso é esse desprestígio no instante em que o País empenha todos os seus esforços em tentar obter, em caráter permanente, uma cadeira no Conselho de Segurança da Organização da Nações Unidas. Para que o Estado brasileiro quer assumir essa postura? Para lá professar a doutrina de que tratados não devem ser cumpridos?

Em resumo, Senhor Presidente, só se pode deixar de extraditar, quando haja uma causa prevista ou na lei ou no tratado. O Tratado, como já acentuei longamente em meu voto – e Vossa Excelência acabou de relembrar –, tem cláusula específica de causas voluntárias de recusa de extradição. Nenhuma delas se aplica ao caso. Se houvesse, aliás, qualquer uma dessas causas, o pedido nem poderia ter sido submetido ao Supremo Tribunal Federal. O Presidente da República já estava autorizado a, pura e simplesmente, arquivar a Nota Verbal.

E, finalmente, Senhor Presidente – e finalmente mesmo –, se o Supremo Tribunal Federal, no caso, reconheceu que o Presidente da República não pode deixar de extraditar com base numa decisão motivada, que era a do refúgio, porque ilegal, como poderia fazê-lo sem motivação alguma? Por mero capricho, por mero arbítrio, por mera conveniência, por mero juízo de oportunidade?

O Tribunal, neste caso, devolve ao Executivo o poder de conceder o refúgio que já declarou ilegal, mas só o devolve agora com a agravante de que poderá conceder outra espécie de refúgio, porém sem nenhuma causa jurídica.

Estas são as razões pelas quais eu não posso conceber, até porque nenhuma decisão do Tribunal jamais afirmou o contrário, que o Presidente da República tem o poder discricionário, por mera conveniência, ou oportunidade, ou juízo político, de deixar de cumprir decisão de extradição cujo pedido ele próprio encaminhou ao Supremo Tribunal Federal.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permitir, inicialmente, diria que argumentos não jurídicos eu não posso considerar. Diria também, inicialmente, que o longo prazo da prisão se deve ao nosso sistema. Há centenas de outros Cesares Battistis em circunstâncias diferentes, porque não são estrangeiros, padecendo pela morosidade do funcionamento do sistema judiciário brasileiro, inclusive do nosso Tribunal. Nós somos todos culpados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não, Ministro. Nesses casos, a prisão pode ter sido inútil apenas quando haja uma decisão válida final, não um ato arbitrário de juiz. O caso é completamente diferente. Quando há prisão cautelar, mas ao final o réu é absolvido, a prisão se torna de certo modo inútil por uma decisão jurídica, diferentemente daqui, onde se levanta a hipótese de que o extraditando pode ficar preso e não ser executada a decisão de extradição, por mero ato de vontade do Presidente da República!

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas, se fôssemos capazes de julgar isso em um mês, seguramente o prejuízo humano não seria tão grave.

VOTO
(Incidências)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, penso que a questão não deve ser colocada em termos de a decisão deste Tribunal a respeito de pedido de extradição obrigar, ou não obrigar, o Presidente da República.

Há de ser postulada no quadro do Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, tratado aprovado pelo Decreto 863/1993, que há de ser interpretado à luz da Constituição.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, *g*, da Constituição do Brasil).

Lê-se na ementa da Ext 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, o seguinte: "1) Extradição, a) o deferimento ou recusa da extradição é direito inerente à soberania. b) A efetivação, pelo governo, da entrega de extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal, depende do direito internacional convencional".

No voto que então proferiu, o Ministro Victor Nunes Leal observou: "Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele está 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'".

Tem-se bem claro, aí, que o Supremo Tribunal Federal autoriza, ou não, a extradição. Há de fazê-lo, para autorizar ou não autorizar a extradição, observadas as regras do tratado e as leis. Mas quem defere ou recusa a extradição é o Presidente da República, a quem incumbe manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII, da Constituição), presentando a soberania nacional (vejam-se os incisos XVIII, XIX e XX desse mesmo art. 84). A "parte requerida" é o Estado, no Brasil presentado pelo Presidente da República. Quando não é assim o Tratado refere, sempre, "autoridades judiciárias" (Arts. 1º; 3.1, *a*; 7.2 e 7.5).

Quando ele quer se referir ao Poder Judiciário, ele se refere à autoridade judiciária.

Daí que o Presidente da República está ou não obrigado a deferir extradição autorizada pelo Tribunal nos termos do Tratado.

Ou repassando a frase: nos termos do Tratado, o Presidente da República está ou não está obrigado a deferir extradição autorizada pelo Supremo?

Pode recusá-la em algumas hipóteses que, seguramente, fora de qualquer dúvida, não são examinadas, nem examináveis, pelo Tribunal, as descritas na alínea *f* do seu art. 3.1. Tanto é assim que o art. 14.1 dispõe que a recusa da extradição pela parte requerida – e a "parte requerida", repito, é presentada pelo Presidente da República – "mesmo parcial, deverá ser motivada".

Pois esse art. 3.1, alínea *f*, do Tratado estabelece que a extradição não será concedida se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que sua situação (isto é, da pessoa reclamada) "possa ser agravada" – vale dizer, afetada – mercê de condição pessoal. A parte requerida (isto é, o Presidente da República) poderá, nessa hipótese, não conceder a extradição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, eu não tenho nenhuma restrição ao pensamento de Vossa Excelência, nesse aspecto específico.

O Sr. Ministro Eros Grau: Como?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não tenho nenhuma restrição; concordo integralmente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Aqui se trata de requisitos de caráter puramente subjetivos da parte requerida, de conteúdo indeterminado, que não se pode contestar. Exatamente o que a doutrina chama de "conceito indeterminado".

Nesses limites, nos termos do Tratado, o Presidente da República deferirá, ou não, a extradição autorizada pelo Tribunal, sem que com isso esteja a desafiar sua decisão.

Esse ponto é muito importante estabelecer porque o tratado é que abre a possibilidade de a extradição ser recusada, sem que isso – eu digo e insisto – represente, da parte do Presidente da República, qualquer desafio à decisão do Tribunal.

Voto nesse sentido. O que obriga o Presidente da República é o Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, aprovado pelo Decreto 863/1993. Retorno ao voto de Victor Nunes Leal: "Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular o pedido –," a obrigação, do Executivo, de efetivá-la, "só existe nos limites do direito convencional".

E, neste caso, a mim parece que o Presidente da República pode perfeitamente, sem desafiar a decisão do Supremo Tribunal, decidir no sentido do que dispõe o art. 3º do Tratado, recusando a extradição. Depende única e exclusivamente do Presidente da República.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, o meu voto, evidentemente, em nenhum momento diz que a extradição deve ser executada em desconformidade com o Tratado. Antes, o meu voto é muito claro, no sentido de que a extradição será executada nos termos do Tratado. Então, o voto do eminente Ministro Eros Grau em nada difere do meu voto nesse ponto específico.

O que não é objeto de decisão, mas apenas de uma observação incidental, é que não será possível, a meu juízo, com o devido respeito, invocar de maneira formal, informal, direta ou indireta, os mesmos fatos invocados para a concessão do refúgio, já considerado ilegal, para aplicar alguma cláusula do Tratado. Noutras palavras, não será possível invocar o Tratado para assentar que a República Italiana não tem hoje condições de garantir, na execução da pena, os

direitos fundamentais do extraditando. Porque, se pudermos tirar à interpretação do Tratado, à luz dos fatos desta causa que já foram examinados, tal enunciado, deveremos até editar súmula no sentido de que nenhum pedido de extradição da República Italiana, hoje, poderá ser deferido pela Corte!

DEBATE

O Sr. Ministro Eros Grau: Ministro, única e exclusivamente para fazer uma observação paralela: não estamos apreciando essa matéria, nem podemos supor que, eventualmente, virão a ser alegadas essas, aquelas ou aqueloutras razões. Isso fica para um momento posterior.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, tenho a liberdade de pensar e de dizer no julgamento o que eu acho; e é o que estou dizendo e o que estou pensando. Tenho todo direito de dizê-lo. E mais: tenho a obrigação de dizê-lo para registro histórico desta decisão.

O que acontecerá depois, Senhor Presidente, é outra coisa. Parece-me que o voto do Ministro Eros Grau em nada modifica o meu voto, porque o meu voto concede a extradição nos termos do tratado, não contra os termos do tratado.

O Sr. Ministro Eros Grau: Bom, desde que Vossa Excelência concorde com a minha interpretação – que eu acabo de dar – "no quadro do Tratado", estou de pleno acordo a que Vossa Excelência venha aderir ao meu voto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Pelo contrário, Vossa Excelência é que – não sei por que motivos – não enunciou que está aderindo expressamente ao meu voto.

Fico muito honrado que Vossa Excelência o tenha feito, embora por, aparentemente, outros fundamentos.

O Sr. Ministro Eros Grau: Minha conclusão é contrária à sua.

VOTO
(Confirmação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu já votei nessa matéria específica – tal como o Ministro Joaquim Barbosa, que, quando votou, fez referência – no sentido do que eu já havia não apenas lido no voto, como também na Ext 1.114, a que fez referência o Ministro Gilmar Mendes em seu belíssimo voto.

Naquela ocasião – aliás, repeti isso no voto que dei – cheguei exatamente à conclusão de que, quando o Supremo indefere a extradição, esse título é bastante para obstar a que o Presidente da República possa cogitar da extradição.

Quando o Supremo defere e, portanto, verifica as condições formais legalmente estabelecidas, compete ao Presidente da República, no exercício da sua competência constitucional prevista no art. 84, VII, verificar se fará ou não a entrega do extraditando ou tomar as providências no sentido de não permitir a continuidade de uma prisão – que, conforme o Ministro Cezar Peluso disse, seria

realmente uma perversidade. A competência para a entrega – a meu ver – continua com ele.

Apenas ratifico o meu voto. Citei, naquela ocasião, Celso Basto, que é taxativo ao dizer que compete ao Presidente da República "a faculdade de consumar a extradição, isto é, mesmo que já aprovada pelo STF, a medida pode deixar de ter seguimento, se assim o entender" o chefe do Poder Executivo.

Apenas ratifico isso e faço uma referência, porque foram feitas, senhor Presidente e senhores Ministros, várias referências aos arts. 87, 88 e 91 da Lei 6.815.

O art. 90 diz expressamente:

> Art. 90. O Governo poderá entregar o extraditando [o Governo, não é o Supremo] ainda que responda a outro processo ou esteja condenado por contravenção.

O Ministro Gilmar chega a fazer uma referência – faço justiça, evidentemente, por honestidade – quando ele afirma que, haveria, neste caso, um diferimento para a extradição, o que foi cuidado.

Mas eu chamo atenção porque, como interpretamos a lei sistemicamente, quando se refere a Governo, refere-se evidentemente a quem é titular do Governo, o Presidente da República.

Apenas ratifico, portanto, o meu voto no sentido de indeferir a extradição, com a conclusão – como já disse na primeira assentada – que, deferida que venha a ser ou que foi – pois agora já são cinco votos a quatro –, parece-me que a competência, a atribuição constitucional para decidir sobre a entrega, em última instância, é do Presidente da República, cumpridas não apenas as leis mas também o Tratado, aplicado especificamente às peculiaridades do caso.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu trago umas brevíssimas considerações escritas, mas antes eu gostaria de, no sentido do que foi enfatizado pelo eminente Ministro Cezar Peluso, dizer que meu voto vai na linha do que expôs Sua Excelência e também na linha do que veiculou o eminente Ministro Eros Grau, quanto à obrigatoriedade da observância dos tratados. Digo que, em tese – apenas registro isso como *obter dictum* –, seria possível ao Presidente da República, dentro dos quadros do tratado, eventualmente, recusar-se ao cumprimento, amparado numa ou noutra cláusula desse Tratado. Mas não poderá invocar, como disse muito bem, a meu juízo, o eminente Ministro Cezar Peluso, que a Itália não tem condições de garantir os direitos fundamentais do extraditando. De outro lado, eu ousaria acrescentar que também não poderá pronunciar-se novamente quanto à natureza do crime cometido pelo extraditando, porque o Supremo Tribunal Federal já afastou a hipótese de cometimento de crime político.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vossa Excelência me permite?

Nem de leve passou pela minha cabeça pensar nessa hipótese. O que referi foi única e exclusivamente a condição pessoal, como hipótese.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, como a sessão é histórica, vou tomar a liberdade de ler aqui algumas poucas linhas sobre essa questão, que me parece ter inclusive interesse doutrinário que transcende o julgamento desse caso específico.

Estou dizendo, Senhor Presidente, que o instituto da extradição tem origem na necessidade de cooperação entre os países para o exercício do *jus puniendi* estatal para além das fronteiras nacionais.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, há poucos dias eu li um belo trecho doutrinário da publicista Carolina Lisboa, no livro *A relação extradicional no direito brasileiro*, Editora Del Rey. E a eminente doutrinadora faz um retrospecto muito bom dos sistemas extradicionais conhecidos no mundo e praticados pelos diversos países.

Todos sabem que são três os sistemas: o sistema administrativo puro, que favorece totalmente o Poder Executivo, autorizado a aferir do preenchimento das condições necessárias a eventual pedido de deferimento de extradição. O chefe do Poder Executivo, pelos seus órgãos internos, processa todo o pedido de extradição e se põe como ponto de partida e como ponto de chegada do requerimento extradicional. Tudo começa no Executivo e nele termina, sem nenhum espaço para atuação do Poder Judiciário. O segundo sistema é o anglo-saxão ou anglo-saxônico. Por ele, dá-se o inverso: se o primeiro é de prestígio máximo para o Poder Executivo, o segundo é de prestígio máximo para o Poder Judiciário. É o Poder Judiciário que afere totalmente a presença dos pressupostos de extraditabilidade, mas não no mero plano de legalidade extrínseca. O Judiciário vai fundo no processo de denúncia do extraditando e de condenação se, por acaso, a extradição já alcançar a fase executória.

Então, seja na fase instrutória, seja na fase executória do processo penal no país de origem, o fato é que o Estado requerido se imiscui no mérito da decisão ou da instauração do processo, conforme o caso. O país destinatário do pedido de extradição revolve todo o quadro factual probatório no país de origem e entra no mérito da decisão, eventualmente proferida, se a fase, repito, alcançar a condenação.

O exame que o Judiciário faz no modelo anglo-saxão é de mérito e, portanto, vai aferir a robustez ou a esqualidez das provas produzidas, refazendo, digamos, um processo legal que passa a ganhar amplitude máxima. Não é o nosso modelo, nem esse, nem o primeiro, e a professora diz que o nosso modelo é misto, também chamado de modelo belga ou de delibação. O Judiciário participa do processo, porém de uma forma bem menos extensa, menos profunda do que

no sistema propriamente judicial, porque não cabe, no sistema belga, exame de mérito; nem da condenação no país de origem, nem da instauração do processo penal contra ele, o extraditando.

E, de fato, esse modelo belga é o que tem sido praticado entre nós. Nós fazemos o exame de legalidade extrínseca. Nós nos contentamos com a observância da ocorrência de certos pressupostos, como, por exemplo, a dupla atipicidade. A conduta tida por ilícita ou criminosa no país de origem é também assim classificada no país de destinação do pedido de extradição? A prescrição se consumou ou não se consumou? O extraditando é ele mesmo fisicamente e não outro? Foi identificado? O extraditando, aqui no Brasil, não é nacional-brasileiro, e, se for, é nato ou naturalizado? Esse tipo de exame de delibação, que não é de mérito, portanto, é o que fazemos aqui quando recebemos um pedido de extradição para processar.

Mas a professora Carolina Lisboa faz um *link*, um vínculo operacional do modelo belga, que é o nosso, com o poder discricionário do Presidente da República. É o Presidente da República quem dá a última palavra em matéria extradicional, de sorte que, nesse modelo, e por esse *link* estabelecido, uma coisa puxa outra. O processo extradicional começa e termina no Poder Executivo. O Judiciário comparece como rito de passagem necessário, mas um rito de passagem. O Judiciário faz um exame delibatório, um exame de legalidade extrínseca, não meritório, não entra no mérito da questão, na justiça ou na injustiça da decisão ou da abertura do processo no país de origem, conforme a situação. E, porque o exame é meramente delibatório, não pode obrigar o Presidente da República a extraditar ou não. A lógica do sistema estaria nisso. Ora, se o exame é meramente delibatório, não meritório, se é de legalidade meramente extrínseca, como obrigar o Presidente da República a extraditar o requerido para o país de origem, se o próprio Poder Judiciário se limitou a um exame apenas prefacial? Se não há julgamento de mérito, como obrigar o Presidente da República a extraditar o cidadão requerido?

Eu encontrei também esse modelo com o mesmo vínculo operacional, uma coisa puxando outra, em outros autores de acatamento científico. Por exemplo, Kléber Oliveira Veloso, que deixa muito claro:

> O Presidente da República é a mais expressiva autoridade estatal nos contornos do artigo 84, VII, primeira parte, da Constituição Federal. A extradição, desde que atendida pelo representante do Poder Executivo, é instrumentalizada por intermédio de um decreto presidencial.
>
> No primeiro momento, caracteriza-se por um estágio administrativo, compreendendo vários atos nos quadrantes do Executivo. O segundo momento é caracterizado pela evolução jurisdicional perante a Corte Suprema, órgão de cúpula do Poder Judiciário, maestrando a legalidade subsumida na procedência e na disposição simétrica da pretensão. No terceiro e último postulado, define-se pela transigência ou não do pedido aforado pelo chefe do Poder Executivo. Em quaisquer circunstâncias, a autoridade legítima para solicitar e outorgar a pretensão extradicional, em regra, é o chefe do Poder Executivo.

Isso é confirmado por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, em que Sua Senhoria também diz:

> A palavra da magistratura nacional é decisiva. A concessão do pedido ou a negativa da extradição, conforme a hipótese, autoriza a entrega do extraditando ao Estado estrangeiro ou o coloca sob a proteção da lei brasileira. Mas a última fase, que é aquela que se consubstancia no fato material da entrega do criminoso ao Estado requerente é, mais uma vez, da alçada do Poder Executivo.

Celso Albuquerque de Mello, de pranteada memória, no seu *Curso de direito internacional*, também perfilha idêntico entendimento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Foi meu professor na Nacional de Direito, saudoso professor.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Foi seu professor na Nacional, notável professor, notável teórico do Direito Internacional, de saudosa lembrança, bem leciona:

> O Supremo apreciará a legalidade do pedido, ainda no caso de o indivíduo não se opor à sua extradição. Cabe ao Poder Executivo decidir da extradição, ou não, de um indivíduo. Ele pode recusar, mesmo quando o Supremo tenha declarado a legalidade e procedência do pedido.

E outros autores que eu fui perlustrando, fui compulsando, fui visitando intelectualmente, como, por exemplo, Arthur de Brito Gueiros Souza, *As novas tendências do direito extradicional*, que assim se pronuncia:

> Assim, por exemplo, se apresenta o sistema extradicional da Espanha, uma vez que se estabelece a faculdade do Governo no proceder a extradição, ainda que haja considerado procedente o Tribunal, com base no princípio da reciprocidade, soberania, seguridade e ordem pública e demais interesses da Espanha. Com isso, com ele se seguem os sistemas francês e italiano, nos quais a decisão favorável à extradição não é obrigatória. Se bem se precisam os critérios dessa última decisão do Governo, tal como estabelece a legislação suíça.

De sorte que, diante desse pensamento uniforme, eu procurei, na Constituição brasileira, o regime jurídico da extradição. Será que a nossa Constituição brasileira contém o regime jurídico da extradição? Parece-me que sim. E fui ver na perspectiva do sistema belga, que é o sistema delibatório ou de legalidade extrínseca, também chamado misto. Por que o sistema é misto? Ele é misto orgânica ou subjetivamente, porque pressupõe a atuação conjunta dos órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Vale dizer, órgãos dos dois Poderes atuam com independência, é claro, mas convergentemente quanto à finalidade, que é a extradição ou a recusa da extradição do cidadão. Mas ele é misto também porque concilia, sem traumas, harmoniosamente, os princípios regentes de todas as relações internacionais do Brasil.

A Constituição, no art. 4º, estampa os princípios regentes ou reguladores das relações internacionais do Brasil. E o sistema belga, ou misto, ou delibatório,

ele tem o mérito de possibilitar a incidência de todos os princípios sem fricção maior, sem tensionamento maior. Ele prestigia todos. Por exemplo, o primeiro princípio é a independência nacional. É a soberania nacional, encarnada no Presidente da República, segundo o art. 84, VII, da Constituição. E o Presidente da República encarna essa soberania nacional, essa representatividade externa do Brasil, protagonista por excelência, protagonista até privativo das relações internacionais. O Presidente o faz não como chefe de Governo, mas como chefe de Estado. Ele é o chefe de Estado em nosso Sistema Constitucional. E o modelo belga, que introduz o Judiciário no circuito do processo extradicional, em nenhum momento faz o Presidente da República decair da sua condição de chefe de Estado. Ele continua chefe de Estado, mesmo o processo extradicional passando pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. É um modelo conciliatório nesse sentido, respeita a soberania nacional encarnada no Presidente da República, a despeito do processamento extradicional pelas pranchetas do Poder Judiciário. Mas esse modelo é também respeitador da soberania do País estrangeiro, requerente. Por quê? Porque, na medida em que o Supremo não faz um juízo meritório do processo extradicional, está respeitando o Poder Judiciário do país estrangeiro. Está respeitando a soberania e o Poder Judiciário do Estado estrangeiro. Então, é um modelo que tem dupla virtude: concilia princípios aqui e princípios do país requerente.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência me permite? Eu concordo plenamente com essa afirmação e creio que assim como o Judiciário respeita a soberania do País estrangeiro, do País requerente, assim também deve fazê-lo o Presidente da República, que não pode entrar no mérito, no acerto ou desacerto da decisão judicial que lá foi proferida.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas, parece-me, Ministra, que o Judiciário, assim como não desrespeita a soberania do país estrangeiro, não pode desrespeitar a soberania do Presidente da República, que é chefe de Estado e representante privativo, protagonista privativo das relações internacionais do Brasil. Aí surge a pergunta: e para que serve o Poder Judiciário, por que o processo extradicional passa pelo crivo do Supremo Tribunal Federal? É porque o Supremo Tribunal Federal entra nesse processo, nesse circuito para efetivar um dos princípios do inciso II do art. 4º: "prevalência dos direitos humanos".

Só se justifica a presença do Poder Judiciário num processo extradicional, sabido que a extradição é um instituto de Direito Internacional, porque incide no círculo das relações internacionais do Brasil esse princípio do respeito aos direitos humanos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É um instrumental favorável ao extraditando.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exatamente. Somente se justifica a intervenção do Supremo Tribunal Federal para assegurar direitos humanos mínimos ao extraditando e assim concretizar esse princípio constitucional do inciso II do art. 4º:

> II – prevalência dos direitos humanos;

E o clímax dessa garantia dos direitos humanos, pelo Supremo, é o juízo negativo de admissibilidade da extradição. Quando o Supremo diz que o caso não é de extraditabilidade, nega, portanto, o pedido de extradição, aí o Presidente da República nada pode fazer em contrário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A decisão passa a ser constitutiva negativa e não apenas declaratória.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Baixa a cabeça, constitutiva negativa, e é obrigado a cumprir a decisão do Supremo, porque o Supremo é o garante não dos compromissos internacionais do Brasil, ele é o garante dos direitos humanos assegurados ao extraditando. O Presidente da República não pode desrespeitar uma decisão do Supremo Tribunal Federal que dá pela inextraditabilidade do súdito ou do cidadão requerido por Estado estrangeiro. Isso me leva à seguinte conclusão: o Supremo só está legitimado a atuar para defender o extraditando e, na medida em que o Supremo concede a extradição, não é nem conceder, declara a viabilidade da extradição – eu peço vênia ao Ministro Francisco Rezek para discordar do ponto de vista dele, que diz que a mera viabilidade não é o objeto da atuação do Supremo –, então, quando o Supremo declara a viabilidade da extradição, não pode impor ao Presidente da República a entrega do extraditando ao país requerente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Por isso é que a Lei 6.815/1980 é expressa ao revelar que nenhuma extradição será concedida sem a manifestação do Supremo. Concedida por quem?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeitamente. O art. 83 do Estatuto do Estrangeiro, que o nosso Regimento Interno reproduz no art. 207, sob a seguinte dicção:

> Não se concederá a extradição sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há uma dualidade. Há dois tempos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A legislação separa as coisas. Há uma dualidade. Extradição é uma coisa; prévio exame é outra.

> Não se concederá a extradição sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (...).

O Supremo apenas se pronuncia previamente, mas não é quem extradita. Quem extradita não pode fazê-lo sem essa previedade de exame pelo Supremo Tribunal Federal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Britto, desculpe, mas acho que, nesse ponto, não há divergência. O próprio texto constitucional diz que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar – Vossa Excelência que está fazendo essa viagem pela Constituição certamente terá que levar em conta que cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a extradição.

Nós não temos nenhuma divergência quanto ao modelo, tanto é que temos a fase administrativa prévia, temos a fase judicial e temos a fase administrativa que envolve o Executivo.

O complexo do Estado brasileiro, a soberania, não é do Presidente; a soberania é do Estado brasileiro. Ela já se manifestou quando celebra o Tratado. Isso já foi amplamente discutido, até porque, no Estado de Direito, não há soberanos. Essa é a definição: o Presidente não é soberano.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, é o Estado que é soberano. O Presidente encarna funcionalmente a soberania.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tanto que é, mais ou menos, algo prosaico na nossa jurisprudência a afirmação de que a Lei da Extradição, quando não há qualquer outra deliberação, é o tratado, quer dizer, é o tratado que regula, porque, claro, isso foi objeto de discussão. É a lei entre as partes. Então, essa questão me parece que precisa ser bem focada.

Claro, o papel de representatividade do Presidente enquanto chefe de Estado está preservado. Agora, é todo um sistema complexo e que exige realmente a atenção para não levar a um resultado que é derrogatório do papel exercido por esta Corte e que foi construído por ela.

Se repararmos, a partir do início da República, foi a Corte Suprema que disse que não se podia mais ter aquele modelo de extradição de caráter meramente administrativo e que era necessária a extradição. Foi isso que levou a Lei de 1911 a trazer a matéria para a competência do Supremo Tribunal Federal.

Também não me parece, com todas as vênias e com o máximo respeito, correta a afirmação de que o processo de extradição está aqui tão somente para ser julgado a favor do extraditando. Já o disse bem o Ministro Peluso: isto é um tema extremamente complexo. Quando nós dizemos que há regularidade, nós damos tranquilidade para o Poder Executivo executar bem a extradição.

Portanto, aqui também o extraditando está sendo devidamente protegido, mas se preserva o sistema como um todo.

Por isso, não estamos autorizados a fazer essa redução teleológica, para dizer que o processo de extradição só existe quando decidimos no sentido do indeferimento, só tem sentido jurídico nesse tipo.

Só para fazer essas brevíssimas considerações com o respeito sempre devido.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência tem uma característica que ninguém lhe pode negar, pelo contrário, todos devem realçar para honra desta nossa Corte: Vossa Excelência puxa o debate para cima, sempre, pelo seu refinado pensamento.

Agora, como esse tema jamais foi objeto de uma focada, centrada discussão nesta Casa, o Ministro Marco Aurélio e eu próprio já havíamos antecipado que era preciso abrir esse debate, porque, desta nossa decisão, teremos a demarcação de dois campos de atuação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Principalmente, Ministro, com o escore tão apertado na concessão da extradição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É. Na última assentada, o Ministro Eros não votou sobre esse tema. Eu também não votei sobre esse tema na última sessão de julgamento.

Dois campos de atuação institucional agora estarão demarcados: o campo do Supremo e o campo do chefe de Estado.

Essa decisão é histórica, seja qual for. E transcende o interesse até do extraditando Cesare Battisti, porque vai valer para todos os extraditandos futuros, todas as extradições.

E que bom, Ministro Gilmar Mendes, que esse debate se dê sob a sua presidência. Muito bom.

Mas eu estava dizendo que o modelo belga é também conciliatório no plano objetivo, porque tenta harmonizar princípios regentes das relações internacionais do Brasil.

A extradição é o quê? É um instrumento de cooperação entre países soberanos. Ela densifica, concretiza um outro valor constitucional que também está no art. 4º: a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Inciso IX do art. 4º: "cooperação entre os povos para o pregresso da humanidade".

Vale dizer, uma das ferramentas, um dos mecanismos de cooperação entre os povos é a extradição como instituto jurídico. Claro que no plano normativo temos as convenções, os tratados, os atos internacionais e as leis também, por exemplo, a nossa Lei do Estrangeiro, o Estatuto do Estrangeiro.

Ora, não compete ao Supremo Tribunal Federal velar pela efetividade do princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. O Supremo, aqui, é um estranho no ninho. O chefe de Estado é que vai concretizar esse valor constitucional da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. O Tratado, tantas vezes citado aqui – acho que o Ministro Eros Grau foi particularmente feliz na interpretação de dois dos dispositivos do Tratado – é uma dessas ferramentas também normativas; ele é bilateral entre Brasil e Itália, no caso, para fazer da extradição um instrumento institucional de objetivos de cooperação para o progresso da humanidade num campo específico: o combate eficaz à criminalidade, ou, dizendo por outro modo, o combate à impunidade. O Tratado, aqui, inflete sobre o instituto da extradição no âmbito da chamada justiça penal eficaz internacional. Excelente, mas o próprio Tratado se rende ao caráter político da extradição. A extradição tem um caráter jurídico: proteção dos direitos humanos. E tem um caráter político: afirmação da soberania dos Estados. Como um Estado é soberano perante o outro, só pode atuar pedindo que um nacional seu seja extraditado para se ver processado ou para cumprir pena; ou seja, como a soberania de cada um dos Estados é dogma de direito internacional, ela só pode atuar mediante cooperação, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Muito bem, mas o Tratado se rende ao caráter político, eminentemente político de Direito Internacional quanto à extradição, ao dizer: a extradição não será concedida – e entre os vários casos de não concessão do pedido extradicional vem o citado pelo Ministro Eros Grau – se a parte requerida, a parte requerida não é o Supremo, é o Estado, tiver razões ponderáveis. Olha que subjetividade, isso está no campo político, diferentemente da Lei do Refúgio, que é muito rigorosa, só concede o refúgio se houver fundados temores, art. 1º, I, de perseguição. Aí vem: perseguição cultural, perseguição política, perseguição de gênero etc. Aqui não; aqui é de uma inescusável subjetividade: se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor – é um juízo subjetivo, psíquico – que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social-pessoal. Como se fosse pouco, eis o remate normativo do Tratado: "ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados".

Então, o próprio Tratado está reconhecendo o caráter eminentemente político da extradição, que se inscreve num quadro de soberania dos Estados, e está deixando que cada parte requerente, diante do caso concreto, faça um juízo de ponderabilidade a partir de uma suposição, quer dizer, completamente diferente da Lei de Refúgio.

Concluo dizendo que o Supremo Tribunal Federal, à medida que sai em defesa desse Tratado para agravar a situação do extraditando, está saindo em defesa do Estado requerente e em desfavor da pessoa extraditanda. Não pode.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte? Sob esse aspecto – analisando apenas um tópico –, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo voto do Ministro Cezar Peluso no sentido de que o cumprimento da pena não seria mais de caráter perpétuo, mas sim de vinte anos, em conformidade com as leis brasileiras, foi uma situação que não representou o agravamento da situação pessoal do extraditando.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Sem dúvida.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E há uma série de outros pontos sobre os quais o Supremo já se manifestou, mesmo deferindo a extradição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E aí, sim, é o papel do Supremo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mesmo deferindo a extradição e estabelecendo essas condições. E, sem essas condições, é uma das hipóteses em que o Executivo não pode cumprir.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O reconhecimento da detração, por exemplo, e uma série de outras coisas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, são argumentos fortes, já me alonguei demasiado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Se Vossa Excelência me permite, é importante que, embora o Executivo ou chefe de Estado possa fazer um juízo de ponderabilidade, conforme Vossa Excelência está dizendo, esse juízo não é

arbitrário; ele deve ser fundado na lei e a partir da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A lei já é essa, a própria lei já é essa, se me permite.

Senhor Presidente, quando perfilhei o entendimento do Ministro Cezar Peluso, no magnífico voto proferido quanto à ilegalidade do refúgio, não pestanejei, seja por conta própria, seja depois de ouvir o voto de Sua Excelência. E quando o Ministro Cezar Peluso deu pela não ocorrência da prescrição, também fiz os meus cálculos e aderi integralmente ao ponto de vista de Sua Excelência. E quando Sua Excelência, já no mérito da extradição, deu pela extradibilidade, também entendi presentes os pressupostos extrínsecos da extradição e levei em conta muitas outras coisas. Por exemplo: Cesare Battisti foi julgado por todas as instâncias do Poder Judiciário italiano – todas as instâncias. A sua condenação, ou pelo menos o seu direito de defender-se sob um devido processo legal razoável, foi confirmada pelos tribunais de justiça, pela Corte de Justiça Superior e pelo Conselho de Estado da França. Ele foi julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O seu pedido, aqui no Brasil, foi negado pelo Conare, que não enxergou motivação política nem natureza política dos crimes; entendeu que os crimes foram comuns. A requalificação jurídica quanto à natureza dos crimes se deu por efeito de um recurso entregue ao Ministro da Justiça e decidido por ele. Sucede que o Ministro da Justiça não representa o Brasil internacionalmente, não encarna a representatividade internacional do Estado, não é chefe de Estado.

O refúgio não tem matriz constitucional direta, é um instituto de direito infraconstitucional. Por isso, àquela época – o Ministro Cezar Peluso lembra-se bem –, fiz a comparação entre asilo político e refúgio. Asilo político tem dimensão constitucional: tem matriz constitucional e é privativo do Presidente da República.

A sociedade civil italiana não sai nem saiu em defesa de Cesare Battisti. O Poder Legislativo não saiu em defesa de Cesare Battisti. O Presidente da República, Romano Prodi, que foi comunista, fez uma carta ao presidente Lula pedindo a extradição de Battisti.

A Itália é um Estado de Direito. A Constituição da Itália foi produzida por uma Assembleia Nacional Constituinte. A Itália é um Estado de Direito, repito. O Poder Judiciário da Itália é respeitável, funciona nos marcos da Constituição. A nota verbal do Estado italiano, pedindo a extradição de Cesare Battisti, é da maior respeitabilidade para com o Estado brasileiro.

Então, diante de todos esses fatores, eu não tenho dúvida quanto à extraditabilidade de Cesare Battisti.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas as manifestações foram de políticos e agentes do Estado!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, os políticos fizeram críticas desarrazoadas e até desrespeitosas à Justiça brasileira e aos juristas brasileiros, mas o fato é

que o Estado da Itália merece toda a nossa consideração e a Justiça italiana também. Eu não tive dúvida. Porém, agora, nesse caso em que estamos focadamente decidindo se o Supremo dá a última palavra em matéria extradicional, afirmo que quem dá a última palavra é o Presidente da República. Eu peço vênia para os que entendem diferentemente e cravo o meu entendimento no sentido de que a última palavra é do Presidente da República. Eu até me lembro de que, a primeira vez em que votei com o Ministro Cezar Peluso, eu me coloquei na contramão do pensamento de juristas ilustríssimos no nosso País: Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Dalmo Dallari, que são juristas de primeiríssima grandeza, do maior acatamento científico, cidadãos exemplares e de ética irretocável. Todos eles são assim, embora eu não os tenha propriamente como tutores porque nós, Ministros do Supremo, aqui dentro não somos pupilos e, lá fora, não reconhecemos mentores. Nós temos referências e temos admiração por pessoas, como os três eminentes juristas que citei, portadores de uma notabilidade que dignifica o nosso País perante o mundo jurídico internacional.

Senhor Presidente, agora, neste momento, assim como eu fiz os maiores elogios ao voto do Ministro Cezar Peluso, faço a Vossa Excelência. Ouvimos o voto de Vossa Excelência. Que voto estudado, fundamentado, escrito com pena de mestre! Porém entendo que há na Constituição um regime jurídico da extradição que me parece abonar o voto do Ministro Eros Grau, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Ministro Eros Grau está dizendo que: observado o tratado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. O Ministro Eros Grau deu interpretação ao Tratado no sentido de prestigiar a soberania do País, encarnada no Presidente da República.

O Sr. Ministro Eros Grau: E que o Presidente da República poderá tomar a decisão quanto à execução, ou não, observadas as regras do tratado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, que o habilitam a dar a última palavra mediante um juízo de ponderabilidade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, mas tenho a impressão que o próprio Ministro Carlos Britto não discrepa desse entendimento.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Ministro Marco Aurélio me parece que é nessa linha também.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Carlos Britto, eu tenho a impressão que Vossa Excelência também não discrepa desse entendimento.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu peço vênia aos Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes – e parece que a Ministra Ellen Gracie se inclina, mas não votou ainda.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Eu ainda não votei.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Então aguardemos o voto da eminente Ministra, que sempre tem lições para nos transmitir.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Trata-se de pedido de extradição executória formulado pelo Governo da Itália, com fulcro no Tratado de Extradição firmado com o Brasil, do nacional italiano *Cesare Battisti*, o qual foi condenado à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno de seis meses, pelos homicídios praticados contra *Antonio Santoro*, ocorrido em Udine, em 6 de junho de 1977; *Pierluigi Torregiani*, ocorrido em Milão, em 16 de fevereiro de 1979; *Lino Sabbadin*, ocorrido em Mestre, em 16 de fevereiro de 1979; e *Andrea Campagna*, ocorrido em Milão, em 19 de abril de 1979 (fls. 3/5).

A prisão preventiva do extraditando foi decretada em 1º de março de 2007 (fls. 11/12, PPE 581-4) e efetivada em 18 de março de 2007 (fl. 63, PPE 581-4).

No curso do processo, o Ministro de Estado da Justiça reconheceu a condição de refugiado do extraditando, nos termos do art. 1º, I, da Lei 9.474/1997, consoante decisão publicada no *Diário Oficial da União* de 15 de janeiro do corrente ano (fls. 2937/2949).

Sustenta a defesa que o reconhecimento do *status* de refugiado constitui óbice ao seguimento do presente pedido de extradição, de acordo com o art. 33 da Lei 9.474/1997.

A questão preliminar a ser resolvida consiste, portanto, em saber se o reconhecimento da condição de refugiado do extraditando impede o prosseguimento e julgamento, por parte do Supremo Tribunal Federal, do presente pedido extradicional.

O eminente Procurador-Geral da República opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão do disposto no art. 33 da Lei 9.474/1997, com a consequente expedição de alvará de soltura em favor do extraditando. Entretanto, caso analisado o mérito por esta Suprema Corte, opinou o Sr. Procurador-Geral no sentido da procedência do pedido de extradição.

Esta Corte já teve oportunidade de apreciar a questão, quando do julgamento da Ext 1.008/CB, requerida pelo Governo da Colômbia.

Naquela ocasião, o Pleno deste Tribunal entendeu, por maioria, que "o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento". O acórdão ficou assim ementado:

> Extradição: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando – então sacerdote da Igreja Católica – em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem. Reconhecimento do *status* de refugiado do extraditando, por decisão do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE): pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/1997, art. 33 (Estatuto do

Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes.

1. De acordo com o art. 33 da Lei 9.474/1997, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento.

2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo – a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado – o poder privativo de conceder asilo ou refúgio.

3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder – desde que compreendido na esfera de sua competência – não significa invasão da área do Poder Judiciário.

4. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando.

5. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext 493).

(Ext 1.008/CB – Colômbia – Rel. Min. Gilmar Mendes – Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence – *DJ* de 17-8-2007.)

O eminente Ministro Gilmar Mendes, na condição de Relator originário da Ext 1.008, votou no sentido de "se conferir ao art. 33 da Lei 9.474/1997 interpretação conforme a Constituição Federal (CF, art. 5º, LII; e art. 102, I, *g*), para que a extradição somente seja obstada nos casos em que se impute ao extraditando 'crime político ou de opinião ou ainda quando as circunstâncias subjacentes à ação do estado requerente demonstrem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada'".

Na fundamentação de seu voto, destacou Sua Excelência "que a aplicação do art. 33 da Lei 9.474/1997 precisa ser calibrada quanto à consideração, de ordem constitucional, a respeito da competência deste STF quanto ao juízo de extraditabilidade (CF, art. 102, I, *g*). É dizer, entendo que, para fins de aplicação desse dispositivo, a decisão administrativa do Conare que determina a concessão do refúgio não pode obstar, de modo absoluto e genérico, todo e qualquer pedido de extradição apresentado a essa Suprema Corte". Ressaltou, ainda, o ilustre Relator que "não é possível dissociarmos o tema do prosseguimento do pedido extradicional da análise, por este Supremo Tribunal Federal, da ocorrência, ou não, de crimes de natureza política no caso concreto".

Alinho-me ao raciocínio desenvolvido pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes.

Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro, consoante dispõe o art. 102, I, *g*, da Constituição Federal.

De outro lado, a própria Carta constitucional veda a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII).

Ocorre que, a apreciação do caráter da infração, ou seja, se o crime é comum, político ou de opinião, cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 2º do art. 77 da Lei 6.815/1980.

Transcrevo, por oportuno, a lição de José Afonso da Silva:

> *Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ordinariamente a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g). E a Lei 6.815/80 lhe atribuiu, com exclusividade, a apreciação do caráter da infração*, dando-lhe ainda a faculdade de não considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de anarquismo, terrorismo, ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social (art. 77, § 2º e § 3º), de onde se pode perceber que a lei tem tais delitos como de natureza política; apenas admite que o Supremo, dadas as circunstâncias de fato, possa reconhecer neles outra qualificação, quando, então, a extradição é suscetível de ser concedida.
> (*Curso de direito constitucional positivo*, 27. ed., São Paulo: Malheiros, p. 341 – Grifou-se.)

No mesmo diapasão, o ensinamento de Yussef Said Cahali:

> O poder discricionário que o art. 77, § 2º, do Estatuto concede ao Supremo Tribunal Federal para apreciar, com exclusividade, o caráter da infração, não sofre qualquer limitação, (...).
> (In *Estatuto do Estrangeiro*, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 347.)

Deste modo, entendo que o art. 33 da Lei 9.474/1997 não pode ter o efeito "absoluto e genérico" de impedir o julgamento de pedido de extradição por esta Suprema Corte, sob pena, não só de violação do princípio basilar da separação dos poderes (art. 2º, CF), mas, também, de supressão de expressa competência constitucional do Supremo Tribunal Federal para julgar extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, *g*, CF).

Diante disso, o art. 33 da Lei 9.474/1997 só pode ser interpretado no sentido de que o reconhecimento da condição de refugiado obstará o pedido de extradição quando se imputar ao extraditando crime político ou de opinião, reconhecida esta natureza pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale lembrar que, em relação ao asilo político, esta Suprema Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de que a sua concessão "não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal e não pelo Governo" (Ext 232/CA – Rel. Min. Victor Nunes – *DJ* de 17-12-1962).

Tal entendimento foi reafirmado por esta Corte no julgamento da Ext 524/Paraguai em preciso voto da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, do qual extraio o seguinte trecho:

> Não há, pois, incompatibilidade absoluta entre os institutos do asilo político e da extradição, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Demais disso o pedido extradicional poderá ter

suporte em fatos outros, estranhos àqueles que motivaram o deferimento do asilo, diplomático ou territorial.

No mesmo tom, transcrevo a lição de Yussef Said Cahali, *verbis*:

> (...) permite-se afirmar desde logo que a condição de asilado político do estrangeiro não constitui óbice à sua extradição: a) quando solicitada esta por um país diverso daquele do qual se afastou por motivo de perseguição política; b) quando a condição de crime político, pressuposta na concessão administrativa do asilo, não é reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal ao ser apreciado o pedido de extradição. (*Estatuto do Estrangeiro*, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 158/159.)

O asilo tem sua origem histórica na Grécia Antiga (*a* = não e *sylao* = arrebatar, tirar, sacar, extrair; ou seja, não expulsão) e visava à proteção da vida do perseguido, geralmente acolhido nos templos sagrados. Posteriormente, durante o Império Romano, o asilo adquiriu, também, o caráter jurídico, sendo concedido às pessoas injustamente perseguidas pelo Poder Público ou por particulares.

Há registros da prática do asilo em diferentes épocas da história, sendo relevante notar que, segundo José H. Fischel de Andrade, o século XVII foi de grande importância para o desenvolvimento do instituto, quando Grotius, um dos precursores do direito internacional, sustentou que "as pessoas expulsas de seus lares tinham o direito de adquirir residência permanente em outro país, submetendo-se ao governo que lá detivesse a autoridade" (*Direito internacional dos refugiados evolução histórica* – 1921-1952. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 14/15). Ainda de acordo com o referido autor, "Grotius estabeleceu uma diferença entre ofensas políticas e ofensas comuns, defendendo que o asilo deveria ser concedido tão somente àqueles que sofressem perseguições políticas ou religiosas".

O instituto do asilo, tanto na modalidade de asilo territorial, como na de asilo diplomático, possui uma longa tradição na América Latina, em razão das instabilidades políticas da região, sendo previsto, inicialmente, no Tratado de Direito Penal de Montevidéu, de 1889, bem como nos seguintes documentos: Convenção sobre Asilo (VI Conferência Pan-americana, Havana, 1928); Convenção sobre Asilo Político (VII Conferência Internacional Americana, Montevidéu, 1933); Declaração dos Direitos e Deveres do Homem sobre asilo territorial (IX Conferência Pan-americana, 1948) e Convenção sobre Asilo Diplomático (X Conferência Interamericana, Caracas, 1954).

Já o refúgio surgiu como instituto jurídico a partir de 1921, sob o pálio da Liga das Nações, visando, principalmente, dar proteção ao grande número de refugiados que surgiu no período posterior a Primeira Grande Guerra. Já sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), o instituto foi regulado pela Convenção de 1951, que reconheceu a condição de refugiado a qualquer pessoa que "temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país" (art. 1º, § 1º, *c*).

Como se pode observar, o asilo e o refúgio são institutos assemelhados, visto que ambos possuem como escopo a proteção do ser humano que está sendo perseguido, havendo, inclusive, quem não faça distinção entre os institutos.

Segundo Liliana Lyra Jubilut, "os institutos apresentam um caráter de complementaridade, tanto em relação ao sistemas nacionais de proteção – já que somente se verificam quando o pacto social que assegura a proteção do indivíduo pelo Estado falhou – quanto entre si – posto que o instituto do asilo é mais abrangente, podendo ser usado quando não há a possibilidade de aplicação do instituto mais específico do refúgio." (In *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 36.)

O Decreto 55.929/1965 que promulgou a Convenção sobre Asilo Territorial, assinada em Caracas, em março de 1954, garante o direito de asilo aos perseguidos por suas crenças, opiniões e filiação política ou por atos que possam ser considerados delitos políticos (arts. I e II).

Por sua vez, a Lei 9.474/1997, que implementou o Estatuto dos Refugiados de 1951, também protege o perseguido em razão de opinião política (art. 1º, I).

Ora, sendo os dois institutos – asilo e refúgio – semelhantes na essência, não há razão para tratamento jurídico diverso quando se está diante de pedido de extradição, no sentido de que se concedidos sob o fundamento de perseguição política ou prática de crime político, não podem obstar a apreciação do pedido extradicional pelo Supremo Tribunal Federal, que possui competência exclusiva para apreciação do caráter dos delitos imputados ao extraditando.

Na hipótese de concessão de asilo pelo Poder Executivo, tendo como fundamento a prática de crime político pelo asilado, o Supremo Tribunal Federal não fica vinculado à decisão administrativa, pois tem competência exclusiva para processar e julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, *g*, da CF) e para apreciar o caráter da infração imputada ao extraditando (art. 77, § 2º, da Lei 6.815/1980).

Assim, a concessão do asilo estribada na prática de crime político pelo asilado somente importará na sua inextraditabilidade quando o caráter político da infração for reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal (Ext 232/Cuba e Ext 524/Paraguai).

Na esteira do mesmo raciocínio, o refúgio concedido em razão da prática de delito político pelo refugiado – como no presente caso –, será obstáculo para a sua extradição, desde que a natureza política do delito imputado no pedido extradicional seja confirmada por esta Suprema Corte.

Atribuir à decisão administrativa que concede o *status* de refugiado ao extraditando, tendo como pressuposto a prática de crime político, o efeito automático e absoluto de obstar o pedido extradicional, implica suprimir competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, ainda que se admita que a mera concessão do refúgio pelo Poder Executivo impede, de forma absoluta e automática, o pedido de extradição,

penso que tal decisão administrativa não está imune ao controle de sua legalidade e constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

Com efeito, entendo que a decisão do Plenário desta Corte no sentido de afirmar a constitucionalidade do art. 33 da Lei 9.474/1997, por ocasião do julgamento da Ext 1.008/Colômbia, não impede a verificação da legalidade e da constitucionalidade do ato administrativo de reconhecimento da qualidade de refugiado pelo Supremo Tribunal Federal, diante do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

No presente caso, a decisão concedendo refúgio em favor do extraditando pelo eminente Ministro da Justiça foi expressamente impugnada pelo Estado requerente (fls. 3081/3101).

O art. 31 da Lei 9.474/1997 ao dispor que a decisão do Ministro da Justiça "não será passível de recurso", por óbvio, se refere a recurso administrativo, pois, caso contrário, teríamos um ato administrativo imune ao exame de sua legalidade por parte do Poder Judiciário, o que não se admite no nosso ordenamento jurídico.

In casu, *data venia*, a decisão do Ministro da Justiça invadiu competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, violando os arts. 2º e 102, I, *g*, da Constituição Federal e o art. 77, § 2º, da Lei 6.815/1980, além de infringir, como se verá mais adiante, o art. 3º, III, da Lei 9.474/1997.

O reconhecimento da condição de refugiado está disciplinado na Lei 9.474/1997, que assim dispõe em seu art. 1º, *verbis*:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
>
> I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
>
> II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
>
> III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Como se verifica da leitura do referido dispositivo legal, diversos são os motivos previstos para o reconhecimento da condição de refugiado, entre eles o fundado temor de perseguição por opiniões políticas.

Ao dar provimento ao recurso administrativo interposto pelo extraditando e reconhecer a sua condição de refugiado, o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça entendeu ser "irrefutável a participação política do Recorrente, o seu envolvimento político insurrecional e a pretensão, sua e de seu grupo, de instituir um poder soberano "fora do ordenamento". Ou seja, de constituí-lo pela via revolucionária através da afronta política e militar ao Estado de Direito italiano".

Afirmou ainda Sua Excelência:

> Por motivos políticos o Recorrente envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no Estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado Francês, decidiu, mais tarde, voltar a fugir. Enxergou o Recorrente, ainda, razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que, conforme o Recorrente, estariam vinculadas à situação eleitoral francesa. **O elemento subjetivo do "fundado temor de perseguição" necessário para o reconhecimento da condição de refugiado está, portanto, claramente configurado**.
> (Grifos no original.)

Ao final, concluiu o Ministro da Justiça "que o contexto em que ocorreram os delitos de homicídio imputados ao recorrente, as condições nas quais se desenrolaram os seus processos, a sua potencial impossibilidade de ampla defesa face à radicalização da situação política na Itália, no mínimo, geram uma **profunda dúvida** sobre se o recorrente teve direito ao devido processo legal" (grifo no original).

Não obstante os judiciosos fundamentos do culto Ministro da Justiça, entendo, com a devida vênia, que a decisão que reconheceu o *status* de refugiado ao extraditando deve ser revista.

Como já ressaltei anteriormente, cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal apreciar o caráter da infração imputada ao extraditando, consoante o disposto no art. 77, § 2º, da Lei 6.815/1980.

Ora, ao considerar que os crimes imputados ao extraditando foram praticados em razão da sua participação política e de seu envolvimento político insurrecional, o Exmo. Ministro da Justiça acabou invadindo competência exclusiva desta Suprema Corte de apreciar o caráter dos delitos descritos no pedido extradicional formulado pela República Italiana.

Segundo a Nota Verbal de fls. 3/5 a extradição de *Cesare Battisti* foi requerida em razão da sua condenação pelos homicídios praticados contra *Antonio Santoro*, ocorrido em Udine, em 6 de junho de 1977; *Pierluigi Torregiani*, ocorrido em Milão, em 16 de fevereiro de 1979; *Lino Sabbadin*, ocorrido em Mestre, em 16 de fevereiro de 1979; e *Andrea Campagna*, ocorrido em Milão, em 19 de abril de 1979.

Os delitos imputados ao extraditando foram assim descritos (fls. 65/72):

> **Homicídio de Antonio Santoro, marechal dos agentes de custódia do carcere de Udine, acontecido em Udine em 6.6.1978.**
>
> Na manhã de 6.6.1978 o marechal Santoro percorre a pé a ma Spalato em Udine para recar-se (sic) da sua casa ao trabalho, isto è, ao cárcere.
>
> Um jovem rapaz, que, finge estar namorando com uma moça dos cabelos ruivos, o espera no cruzamento entre aquela rua e via Albona e dispara dois tiros de pistola nas suas costas e o mata.
>
> Depois do tiroteio entra num carro branco onde se encontram outros dois jovens de sexo masculino, que se distanciam a forte velocidade em direção a via Pola.

Duas testemunhas retém (sic) de poder identificar o modelo do carro: um L Simca 1300 ou um Fiat 124.

Lá pelas 13.00 horas do mesmo dia, uma patrulha dos carabineiros encontra abandonada em via Goito um carro marca Simca 1300 branco, que resulta roubado na noite do dia anterior.

O carro vem encontrado aberto e vem acertado que para fazê-lo funcionar, os ladrões tiveram que estrapar (sic) os fios do implante elétrico que eram coligados ao quadro com um grampo de cabelos.

Os investigadores acertaram também que o carro estava estacionado no lugar onde foi achado já das 7:50 horas daquele mesmo dia, e isto é, minutos imediatamente sucessivos ao momento no qual foi consumado o homicídio.

As sucessivas investigações, permeteram (sic) de estabelecer que o autor material do homicídio de Santoro, isto è, aquele que tinha disparado nas suas costas os dois tiros de pistola, se identificava no hodierno estradando (sic) *Cesare Battisti*, que, entre outras coisas, tinha já ficado preso no cárcere de Udine.

A modalidade exata de tal homicídio foi assim reconstruida (sic): o *Battisti* e Enrica *Migliorati*, ficaram abraçados por cerca 10 minutos a apenas alguns metros de distância do portão do prédio de Santoro, enquanto Pietro *Mutti* e Claudio *Lavazza*, esperavam no carro a chegada da vítima.

Battisti se destacou imediamente (sic) da *Migliorati*, se aproximou correndo de Santoro, e o feriu primeiro com um tiro nas costas e com outros dois tiros, quase a queima-roupa, quando o marechal era já a terra.

Súbito depois o *Battista* e a *Migliorati* correram em direção do Simca 1300 que apenas tinha se posicionado no meio da rua, e assim escaparam todos os quatro.

Chegaram então na avenida principal, trocaram de carro, se desfizeram dos travestimentos (sic) (bigode e barba postiça para o *Battisti*, peruca ruiva para a *Migliorati*, peruca preta para o *Lavazza*) e chegaram a estação de Palmanova, onde o *Battisti* desceu, levando consigo a bolsa das armas e das maquiagens.

Foi acertado também que a decisão de matar o Santoro partiu do *Battisti* que conhecia pessoalmente a vítima.

Homicídio de Lino Sabbadin acontecido em Mestre em 16.2.1979

No dia 16.2.1979, lá pelas 16:50 horas, dois indivíduos de sexo masculino, com o rosto descoberto, mas com barba e bigode postiços, entram num açougue dirigido por *Lino Sabbadin* em Caltana di Santa Maria di Sala perto de Mestre, e um destes, depois de ter-se certificado que aquele homem que era diante dele era o próprio *Sabbadin* em pessoa, extraiu fulmineamente (sic) uma pistola da uma bolsa que trazia consigo, e explodiu contra este dois golpes de pistola, fazendo-o cair pesantemente (sic) sobre o estrado atrás do balcão onde naquele momento estava trabalhando; imediatamente depois dispara outros dois tiros sobre o alvo que no mais é já a terra, e tudo com a clara intenção de matar.

Depois disto os dois saem rápidamente (sic) da loja e entram num carro guiado por um terceiro cúmplice, que se afasta a forte velocidade em direção do centro habitado de Caltana, para depois prosseguir em direção de Pianga.

O *Sabbadin* vem carregado agonizante numa ambulância, mas chega morto no Hospital de Mirano.

Ficou acertado que a vítima, no curso de uma rapina que foi feita ao interno do seu negócio em dezembro de 1978, tinha usado uma arma da qual era legítimamente em possesso (sic), ferindo a morte um dos assaltantes.

As investigações estabeleceram que os indivíduos de sexo masculino que entraram na loja do *Sabbadin* eram *Cessare Battisti* e *Diego Giacomini*, este último tinha aberto fogo com uma pistola semi-automática calibre 7,65 depois de ter perguntado ao comerciante se era ele o *Sabbadin* e depois de ter recebido uma resposta positiva.

Neste meio tempo, *Paola Filippi*, travestida com bigode e barba postiça e com os cabelos presos dentro de un (sic) boné, tinha ficado esperando num carro precedentemente roubado e que foi usado para a fuga.

Homicídio de Pierluigi Torregiani, acontecido em Milão em 16.2.1979

Às 15:00 horas de 16.2.1979, enquanto se dirigia para a sua loja, a pé, em companhia de seus dois filhos menores, *Pierluigi Torregiani* cai vítima de uma emboscada.

Dois jovens que o precedem, se giram improvisamente (sic) e disparam dois tiros na sua direção: o escudo anti-projétil que trazia consigo, diminuiu o impacto consentindo a sua defesa.

Vem novamente ferido, mas desta vez ao fêmur, e cai a terra. Dispara em direção de seus agressores, mas um projétil atinge o seu filho, ferindo-o gravemente; o joalheiro vem finalmente atingido na cabeça.

Vem transportado ao hospital onde chega morto.

O filho resterá (sic) paraplégico e será incapaz de caminhar.

Este homicídio foi cometido mais ou menos poucas horas antes daquele de *Lino Sabbadin* e, o *Torregiani* também, como o *Sabbadin*, em precedência tinha reagido com arma da fogo a uma rapina ao restaurante Transatlântico de Milão acontecido em 23.1.1979, no curso da qual um dos delinquentes morreu por causa dos tiros não de *Torregiani*, mas de um outro comensal que se incontrava (sic) no local.

A decisão de matar o *Torregiani* amadureceu juntamente com aquela de matar o *Sabbadin*: as duas ações homicidas foram decididas juntamente, executadas quase contemporâneamente (sic) e unitáriamente (sic) reivindicadas.

Para decidirem sobre os dois homicídios foram feitas uma série de reuniões na casa de *Pietro Mutti* e *Luigi Bergamin*, as quais o *Battisti* sempre partecipou (sic) e, todos foram de acordo sobre a oportunidade de tais ações criminais. Portanto *Battisti* se assumiu a função de executor material do homicidio de *Lino Sabbadin* mas teve função decisiva no homicidio *Torregiani*, mesmo se não partecipou (sic) materialmente a execução de tal crime. Ao contrário, súbito depois do homicidio de *Sabbadin*, *Battisti* procurou, como da precedente acordo, de contactar telefonicamente (sic) os autores materiais do homicídio *Torregiani* e, se como não conseguiu localizá-los, fez o telefonema de reinvindicação (sic), depois de ter sentido a notícia do assassinato de *Torregiani* pelo rádio.

Além disto, no curso das reuniões acima citadas na casa de *Mutti* e de *Bergamin*, *Battisti* reforçou muitas vezes a necessidade da inevitável ação homicida, deixando, na noite de 14.2.1979 a casa de *Bergamin*, onde estavam reunidos alguns tépidos discordantes deste projeto de duplo homicidio, que no mais era já de imediata realização, observando "que a operação a qual estavam trabalhando era já pronta e que teria partido para Pádova no dia seguinte".

Dito isto se afastou súbito depois.

Se faz presente que Pádova é localizada nas proximidades de Caltana di Santa Maria di Sala onde dois dias depois *Battisti* partecipou (sic) materialmente ao homicídio de *Lino Sabbadin*.

Em definitivo, o *Battisti*, seja enquanto partecipante (sic) da decisão colegial que diz respeito a ambos homicídios, seja enquanto executor material do homicídio *Sabbadin* e autor da única reinvidicação (sic) de ambas ações, foi condenado também por concurso no homicídio *Torregiani*.

Homicídio de Andrea Campagna, acontecido em Milão

Às 14:00 horas do dia 19.4.1979, o agente de Polícia de Estado *Andrea Campagna*, membro da *Digos* de Milão, com funções de motorista, depois de ter visitado a namorada junta a qual, como todos os dias, almoçava, se preparava em companhia de seu futuro sogro, para pegar o seu carro estacionado a via Modica, para depois acompanhá-lo na sua loja de sapatos de via Bari.

A este ponto, vinha improvisamente enfrentado por um jovem desconhecido, que, aparecendo de repente detrás de um carro estacionado ao lado do carro do policial, explodia contra ele, em rápida sucessão 5 tiros de pistola.

Lorenzo Manfredi, pai da namorada do *Campagna*, tentava de intevir (sic), mas o atirador lhe apontava a arma que ainda empunhava, apertando por duas vezes o grileto, sem que todavia partissem os tiros.

Súbito depois, o jovem desconhecido fugia em direção à cooperativa de via Modica, onde, em correspondência da curva que ali existe, entrava num carro Fiat 127 dirigido por um cúmplice; tal carro, depois de ter girado a esquerda em via Biella, se afastava em direção de via Ettore Ponti.

O *Campagna* vinham (sic) imediatamente socorrido, mas morria durante o transporte para o hospital.

Os acertamentos médico-legal dispostos (sic) sobre o cadáver do agente assassinado consentiram de esclarecer que a vítima foi atingida por cinco tiros, todos explodidos em rapidíssima sucessão da uma distância muito próxima, quando o *Campagna* ainda vivo girava verso (sic) o homicida a metade esquerda do corpo.

Como referido pelos familiares, o agente assassinado tinha aparecido de maneira muito nítida no curso de um serviço televisivo em ocasião da prisão de alguns dos autores do homicídio *Torregiani*, havendo o mesmo efetuado o transporte de tais presos da Questura ao cárcere de San Vittore.

A decisão de matar *Campagna* foi assumida, como emergeu (sic) do proseguimento (sic) das investigações, principalmente por *Battisti*, por *Claudio Lavazza*, *Pietro Mutti* e *Bergamin Luigi*, pois que o *Campagna* tinha partecipado (sic) a prisão de alguns presuntos autores do homicídio de *Torregiani*.

A iniciativa mais importante seja na escolha do objetivo, seja na fase successiva (sic) de preparação do atentado, foi assunta pelo mesmo *Battisti*, que controlou por um período os movimentos e hábitos do *Campagna*.

Além disto foi o próprio *Battisti* que cometeu materialmente o homicídio explodindo cinco tiros na direção do policial, enquanto uma segunda pessoa o esperava a bordo de um Fiat 127 roubado e utilizado para a fuga.

Crimes políticos, na lição de Hungria, são aqueles "dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais" (In *Comentários ao Código Penal*, v. I, p. 187).

A doutrina divide os crimes políticos em puros e relativos, estes compreendendo os crimes políticos complexos ou mistos e os crimes comuns conexos a crimes políticos.

Crimes políticos puros são aqueles perpetrados diretamente contra a ordem política do Estado, *e.g.*, os crimes de traição e espionagem.

Já os crimes políticos complexos ou mistos ofendem tanto a ordem político-social como o direito comum.

Por fim, os crimes conexos aos crimes políticos que são os crimes comuns praticados com motivação política e para a consecução de um fim político.

Ao enfrentar o tema, esta Suprema Corte deiniu os delitos políticos como aqueles cometidos contra as instituições políticas e sociais do Estado democrático, atentando contra o regime político vigente e contra os órgãos componentes da estrutura estatal (RE 160.841/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 22-9-1995; Ext 347, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ* de 9-6-1978; e Ext 794/República do Paraguai, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 24-5-2002).

Entendo que os fatos imputados ao extraditando, ao contrário do que pretende a defesa, não se caracterizam como crimes políticos, ainda que na modalidade de delitos políticos relativos.

Segundo João Marcello de Araújo Júnior:

> Os crimes políticos relativos caracterizam-se pela motivação e pelo objetivo político do autor, porém são praticados através da violência, no contexto de uma guerra civil, de uma revolução ou de um movimento de libertação nacional. *Caso a violência não atinja a pessoas inocentes, nem os fatos constituam, principalmente, uma infração penal comum, o entendimento dominante é no sentido de que em relação a eles, também, não deva ser deferida a extradição. Entretanto, se a ação violenta for dirigida contra terceiros não envolvidos no conflito (inocentes) ou os fatos constitutivos da infração caracterizarem, fundamentalmente, um crime comum, o delito perderá a sua conotação política principal e, por isso, a extradição deverá ser concedida*.
> (In *Revista Forense*, v. 326, p. 69 – Grifou-se.)

Esta é justamente a hipótese dos autos.

O extraditando foi condenado pelos homicídios perpetrados contra *Antonio Santoro*; *Pierluigi Torregiani*; *Lino Sabbadin*; e *Andrea Campagna*. Tais crimes não foram cometidos "no contexto de uma guerra civil, de uma revolução", ou, durante uma manifestação política. Ao contrário, pelo que consta dos autos, os homicídios foram praticados de forma premeditada e contra pessoas inocentes, cabendo ressaltar, que *Lino Sabbadin* era açougueiro e *Pierluigi Torregiani* era joalheiro.

No julgamento da Ext 694/Itália, o Supremo Tribunal Federal, ao negar o pedido extradicional, deixou claro que não se pode considerar de natureza política os delitos imputados ao extraditando, quando praticados contra a vida ou à incolumidade física das pessoas. Transcrevo a ementa do referido julgado, de Relatoria do eminente Ministro Sydney Sanches:

> *Extradição executória de penas. Prescrição. Crimes políticos: critério da preponderância*. 1. O extraditando foi condenado pela Justiça Italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão: a) – a primeira, de 1 ano, 8 meses e 20

dias; b) – a segunda, de 5 anos e 6 meses; e c) – a terceira, de 6 anos e 10 meses. 2. Quanto à primeira, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com a lei brasileira. E até a prescrição da pretensão executória da pena, seja pela lei brasileira, seja pela italiana. 3. No que concerne às duas outras, não se consumou qualquer espécie de prescrição, por uma ou outra leis. 4. Mas, *já na primeira condenação, atingida pela prescrição, ficara evidenciado o caráter político dos delitos, consistentes em explosões realizadas na via pública, para assustar adversários políticos, nas proximidades das sedes de suas entidades,* **sem danos pessoais***, porque realizadas de madrugada, em local desabitado e não frequentado, na ocasião, por qualquer pessoa, fatos ocorridos em 1974*. 5. A segunda condenação imposta ao extraditando foi, também, por crime político, consistente em participação simples em bando armado, de roubo de armas contra empresa que as comercializava, de roubo de armas e de dinheiro, contra entidade bancária, fatos ocorridos em 12-10-1978. Tudo, "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do Estado, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática". *Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou à incolumidade física das pessoas*. E o texto é omisso quanto às condutas que justificaram a condenação dos demais agentes, de sorte que não se pode aferir quais foram os fatos globalmente considerados. E não há dúvida de que se tratava de insubmissão à ordem econômica e social do Estado italiano, por razões políticas, inspiradas na militância do paciente e de seu grupo. Trata-se pois, também, nesse caso, de crime político, hipótese em que a concessão da extradição está expressamente afastada pelo inciso LII do art. 5º da Constituição Federal, *verbis*: "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião". 6. Na terceira condenação – por roubo contra banco, agravado pelo uso de armas e pluralidade de agentes – o julgado não diz que o delito tenha sido praticado "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano", como ocorreu na segunda condenação. Não há dúvida, porém, de que os fatos resultaram de um mesmo contexto de militância política, ocorridos que foram poucos meses antes, ou seja, "em época anterior e próxima a 9-2-1978", envolvendo, inclusive, alguns agentes do mesmo grupo. 7. *Igualmente nesse caso (terceira condenação), não se apontam, com relação ao paciente, fatos concretos característicos de prática de terrorismo, ou de atentados contra a vida ou a liberdade das pessoas*. 8. Diante de todas essas circunstâncias, não é o caso de o STF valer-se do § 3º do art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, para, mesmo admitindo tratar-se de crimes políticos, deferir a extradição. 9. O § 1º desse mesmo artigo (77) também não justifica, no caso, esse deferimento, pois é evidente a preponderância do caráter político dos delitos, em relação aos crimes comuns. 10. E a Corte tem levado em conta o critério da preponderância para afastar a extradição, ou seja, nos crimes preponderantemente políticos (*RTJ* 108/18; Ext 412 – *DJ* de 8-3-1985; e *RTJ* 132/62). 11. Com maior razão, hão de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos, os praticados pelo extraditando, de muito menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade. 12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, seja pela italiana, no que concerne à primeira condenação (1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão) e caracterizados crimes políticos,

> quanto às duas outras, o pedido de extradição, nas circunstâncias do caso, não comporta deferimento. 13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime.
> (Grifou-se.)

Mesmo considerando a atividade política do extraditando – que pertencia a um grupo extremista –, há nas condutas imputadas no pedido extradicional evidente preponderância das infrações penais comuns, o que afasta a alegação de crime político.

O fato do extraditando ter pertencido ao grupo extremista "Proletários Armados para o Comunismo", que tinha como objetivo político "subverter a ordem do Estado, para que o proletariado tomasse o poder", não é capaz, só por si, de transformar todas as eventuais ações criminosas por ele praticadas em delitos políticos.

A participação em movimentos políticos insurrecionais não pode servir de escudo para evitar a aplicação da lei penal, mormente, quando da prática de crimes graves contra pessoas inocentes.

Dos autos do presente pedido extradicional, não se extrai nenhum caráter político dos quatro homicídios imputados ao extraditando, nem que este tenha sido condenado em razão de suas opiniões políticas.

Registro, neste ponto, a precisa lição do eminente Ministro Fracisco Rezek:

> (...) o que jaz por trás desta expressão "crime de natureza política", o que nos deve guiar em decisões dessa natureza, é a consideração do intento do Estado requerente. Está esse Estado visando a aplicar a justiça criminal no seu aspecto ordinário ou não? Em caso de resposta negativa, o elemento político impede a extradição; em caso de resposta afirmativa, concedê-la-emos.
> (*RTJ* 108/26-27.)

No caso concreto, os documentos acostados aos autos não permitem concluir que a República Italiana pretenda se valer do presente pedido de extradição para perseguir politicamente o extraditando.

O extraditando foi julgado pela Corte de Assise de Milão (juízo natural para a causa), tendo a sentença condenatória de 13 de dezembro de 1988 sido confirmada em segundo grau pelas decisões da Corte de Assise de Apelação de Milão, proferidas em 16 de fevereiro de 1990 e 31 de março de 1993. Os julgamentos se deram perante tribunais ordinários, previamente constituídos e competentes, o que afasta, por completo, a possibilidade de julgamento por tribunal de exceção.

Vale mencionar, outrossim, que, nesta época, a Itália não estava vivendo um regime ditatorial e, portanto, havia o regular funcionamento de suas instituições.

Após a queda do regime fascista e o final da Segunda Guerra Mundial, foi instaurado na Itália o regime republicano, por meio do referendo de 2 de junho de 1946, tendo, nesta mesma data, sido eleita a Assembleia Constituinte, respon-

sável pela Constituição de 1º de janeiro de 1948. Portanto, desde 1948 a Itália é uma República democrática, com instituições regularmente constituídas.

A tramitação do processo criminal instaurado contra o extraditando levou vários anos e atravessou diversos governos, todos democraticamente eleitos.

Não há nos autos nenhuma prova de parcialidade dos tribunais responsáveis pelo julgamento do extraditando, sendo oportuno destacar que suas alegações no sentido de que não teve direito a um processo justo, por ter sido condenado à revelia, sem ter tido a oportunidade de apresentar de maneira eficaz sua defesa, foram rechaçadas pela Justiça francesa, por ocasião do julgamento de seu pedido de extradição, assim como, não foram acolhidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos (fls. 2523/2533).

De fato, o Governo italiano requereu a extradição de *Cesare Battisti* ao Governo francês pelos mesmos homicídios descritos no presente feito, tendo sido o pedido deferido pelo Tribunal de Recursos de Paris e confirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Estado da França (fls. 2442/2514).

Inconformado com as decisões das três instâncias da Justiça francesa o extraditando interpôs recurso perante a Corte Europeia de Direitos Humanos em 3 de agosto de 2005, alegando, em síntese, que não teve direito a um processo justo na Justiça italiana. Tal apelo, no entanto, foi rejeitado, à unanimidade, pela Corte europeia, em 12 de dezembro de 2006 (fls. 2516/2533).

Observo que a República Italiana requereu a extradição de *Cesare Battisti* ao Governo francês por duas vezes, sendo que o primeiro pedido foi apresentado em 1991 e somente recebeu parecer desfavorável, porque não poderia ser deferido com base em mandados de prisão expedidos em 1982 e 1983, quando, após estes, foram proferidas decisões condenatórias contra o extraditando (fl. 2525).

O que se constata, portanto, não é uma perseguição política ao extraditando pelo Governo italiano, mas, sim, o legítimo exercício do seu direito de executar a pena imposta a um criminoso foragido, da qual este tenta escapar há mais de vinte anos.

Para acolher as alegações da defesa, teríamos que acreditar na existência de um verdadeiro complô internacional contra o extraditando, com o envolvimento não só dos Governos da Itália e da França, mas dos sistemas judiciários dos dois países e da própria Corte Europeia de Direitos Humanos o que, convenhamos, não se revela plausível, nem encontra amparo no conjunto probatório dos autos.

Da leitura dos julgamentos realizados pela Justiça francesa e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, constata-se que o extraditando, em momento algum, nas razões de seus recursos, alegou ter sofrido perseguição, em razão de suas opiniões políticas, pela Itália.

Após fugir da prisão na Itália, o extraditando morou por nove anos no México e por quatorze anos na França, sendo que não consta dos autos que tenha pedido asilo ou refúgio a esses países por motivo de perseguição política.

Mesmo ao chegar ao Brasil, em setembro de 2004 (fl. 3076), o extraditando não requereu refúgio político, permanecendo de forma clandestina e irregular no País até o momento de sua prisão para fim de extradição decretada pelo Supremo Tribunal Federal e efetivada em março de 2007.

Portanto, da análise dos autos, conclui-se que o "fundado temor de perseguição política" somente surgiu para o extraditando, **27 anos** após sua fuga do presídio de Frosinone, na Itália, quando veio, então, requerer o reconhecimento da condição de refugiado ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), em 27 de junho de 2008.

Ora, se o extraditando temia estar sendo perseguido por suas opiniões políticas pela Itália, por que razão não solicitou asilo ou refúgio político no México e na França? Por que não requereu ao Governo brasileiro o reconhecimento da sua condição de refugiado por ocasião de sua entrada no país em 2004, deixando para fazê-lo somente em junho de 2008, no curso do processo de extradição, pelo qual estava preso desde março de 2007?

Repise-se, que em nenhum dos recursos apresentados perante a Justiça francesa e a Corte Europeia de Direitos Humanos, o extraditando alegou que suas condenações foram fruto de perseguição política por parte da República Italiana. A principal alegação do extraditando para tentar obstar o pedido de extradição feito pelo Governo italiano ao Governo francês foi a de que não teve direito a um processo justo, por ter sido julgado à revelia.

Tal argumento foi repelido em todas as instâncias da Justiça francesa e pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

O julgamento à revelia não impede o exercício do direito de defesa, nem implica supressão do devido processo legal.

O fato do extraditando ter sido condenado à revelia não impede, só por si, o deferimento da extradição.

Aliás, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que "a decretação da revelia do extraditando, por órgão competente do Estado requerente, não constitui, só por si, motivo bastante para justificar a recusa de extradição. O fato de o extraditando haver sido julgado *in absentia* por seu juiz natural, em processo no qual lhe foram asseguradas as garantias básicas que assistem a qualquer acusado, não atua como causa obstativa do deferimento do pedido extradicional" (Ext 917/França – Rel. Min. Celso de Mello – *DJ* de 11-11-2005).

No caso concreto, o extraditando foi julgado à revelia por estar foragido da Justiça italiana, eis que fugiu da penitenciária Frosinone, em 5 de outubro de 1981.

Por outro lado, consta dos autos que o extraditando, mesmo foragido, constituiu, por meio de duas cartas manuscritas, em 10 de maio e 12 de julho de 1982, dois advogados para defendê-lo nos processo em curso na Justiça italiana, tendo ainda em fevereiro de 1990, por meio de carta datilografada e assinada, confir-

mado a escolha de advogado como seu defensor, outorgando-lhe procuração para apresentar recurso em seu favor.

Deste modo, constata-se que apesar de revel o extraditando foi defendido por dois advogados por ele indicados, tendo, assim, seus direitos básicos de defesa assegurados.

As alegações de negativa de autoria dos delitos, de fragilidade probatória e de eventual falsidade das procurações outorgadas, ultrapassam os limites do juízo de delibação típico do processo extradicional que, pelo sistema belga ao qual se filia o brasileiro, impede o exame da procedência das acusações que pesam sobre o extraditando, inviabilizando a apreciação dos fatos e dos fundamentos embasadores das acusações e do mérito das sentenças que sustentam o pedido de extradição (Ext 703, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e Ext 762, Rel. Min. Moreira Alves).

Destarte, após analisar detidamente todo o acervo probatório dos autos, constato que o extraditando não foi julgado por tribunal de exceção, mas, sim, por tribunais regular e previamente constituídos, quais sejam, a Corte da Assise de Milão e a Corte de Assise de Apelação de Milão. A Itália não vivia período de ditadura à época dos julgamentos, pois se consolidou como um Estado Democrático de Direito, desde a Constituição de 1948. Não há nenhuma prova no sentido de que não se tenha observado a imparcialidade nos julgamentos ou os direitos básicos de defesa do extraditando. A alegação do extraditando de que não teve direito a um processo justo foi analisada e rejeitada pela Justiça francesa – quando do julgamento do pedido de extradição formulado pela República Italiana ao Governo francês – e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O extraditando não solicitou asilo ou refúgio político no México (onde morou por nove anos), ou, na França (onde viveu por quatorze anos), vindo a requerê-lo somente no Brasil, mais de três anos após seu ingresso no País e quando já se encontrava preso em razão do presente processo de extradição.

Assim, ao meu sentir, com a devida vênia, não há respaldo nos autos para sustentar a alegação de que haveria, por parte do extraditando, um fundado temor de perseguição por motivo político, o que afasta, portanto, a hipótese de concessão de refúgio, com base no art. 1º, I, da Lei 9.474/1997.

Essa também foi a conclusão do Conare ao apreciar o pedido de refúgio formulado pelo extraditando:

> (...) não há que se falar na existência de nexo causal entre a perseguição alegada e a solicitação de refúgio. Se for feita uma análise real da situação do Senhor Cesare Battisti, verifica-se que o mesmo foge da condenação desde 1981 quando escapou das prisões italianas.
>
> O ora solicitante também foi procurado pelo Governo italiano, em território francês, em 1991, em 2003 e agora no Brasil, sempre pelos mesmos crimes e por vários Governos.
>
> Assim, não há como enquadrar o pedido nos preceitos de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474/97, eis que não se vislumbra a existência de fundado temor

de perseguição pelos motivos ali elencados, assim como não há que se falar em generalizada violação de direitos humanos na Itália.
(Fl. 3077.)

Outra questão, que no meu entendimento, veda o reconhecimento da condição de refugiado do extraditando é a sua condenação pela prática de homicídios qualificados.

Ao menos em relação aos homicídios de *Antonio Santoro* e *Pierluigi Torregiani*, consta da Nota Verbal, expressamente (fls. 121 e 68), que os crimes foram cometidos de emboscada, o que, de acordo com o nosso Código Penal configura forma qualificada de homicídio (art. 121, § 2º, IV).

Como é cediço, o homicídio qualificado é considerado crime hediondo, nos termos do disposto no art. 1º, I, da Lei 8.072/1990.

Ora, o art. 3º, III, da Lei 9.474/1997 veda o reconhecimento da condição de refugiado ao indivíduo que tenha cometido crime hediondo, *verbis*:

> Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:
> (...)
> III – tenham cometido crime contra a paz, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

Tal vedação se justifica diante do caráter eminentemente humanitário do instituto do refúgio que visa, precipuamente, à proteção de pessoas pacíficas que estejam sofrendo perseguição.

O reconhecimento da condição de refugiado de indivíduo condenado pela prática de crime qualificado como hediondo, como no caso em tela, desvirtua a natureza do refúgio e garante impunidade ao criminoso comum.

A concessão do refúgio deve observar, de forma criteriosa, não só os requisitos legais, mas, primordialmente, a essência humanitária e o escopo do instituto, que busca proteger o indivíduo de índole pacífica que esteja sendo perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, sob pena de beneficiar o criminoso comum, que pretende escapar da aplicação da lei.

Deste modo, pelos motivos expostos, entendo que o extraditando não faz jus ao *status* de refugiado, afastando, assim, eventual óbice ao prosseguimento do pedido de extradição formulado pela República Italiana.

Passo a analisar o pedido extradicional.

Inicialmente, alega a defesa do extraditando, em preliminar, o vício de forma dos documentos apresentados pelo Estado requerente. Argumenta que as sentenças acostadas não estão na íntegra, bem como que as respectivas traduções não coincidem com os textos da língua italiana, além de não terem sido feitas por tradutor juramentado no Brasil.

Não merece acolhida a preliminar suscitada pela defesa.

O pedido extradicional atende aos requisitos do art. 80 da Lei 6.815/1980, trazendo cópia da sentença condenatória e documentos que indicam, de modo

preciso, os locais, as datas, a natureza, as circunstâncias dos delitos e a identidade do extraditando, além de textos legais sobre os crimes, as penas e a prescrição.

A Lei 6.815/1980 não exige cópia integral da sentença condenatória, eis que faculta ao Estado requerente a juntada de simples certidão (art. 80).

Ademais, os documentos mencionados no art. 80 visam instruir o processo de extradição e possibilitar o exame da legalidade do pedido, mormente quanto à competência jurisdicional do Estado requerente em relação aos crimes imputados ao extraditando, assim como a existência de sentença condenatória definitiva, ou, de prisão, devidamente autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente (art. 78, I e II, da Lei 6.815/1980).

Tais formalidades foram devidamente cumpridas pela República Italiana.

Quanto à alegação de falhas na tradução, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme "no sentido de que a deficiência na tradução, desde que permita a compreensão do pedido extradicional e autorize a percepção do conteúdo das peças documentais que o instruem, não se qualifica como obstáculo ao acolhimento da postulação deduzido pelo Estado requerente" (Ext 822/Itália, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 28-3-2003).

Por fim, na dicção do art. 80, § 1º, da Lei 6.815/1980, o fato da tradução não ter sido feita por tradutor juramentado no Brasil, não retira a autenticidade dos documentos, eis que o pedido extradicional foi encaminhado por via diplomática.

Pretende, ainda, a defesa discutir a prova que teria embasado a condenação do extraditando. Tal pretensão se mostra de todo inviável, visto que, diante do sistema de delibação adotado pelo Brasil, não cabe ao Supremo Tribunal Federal reexaminar o mérito da causa ou emitir juízo acerca de eventuais vícios que tenham maculado o processo no Estado requerente.

Em respeito à soberania da Justiça do Estado requerente, não cabe ao Supremo Tribunal Federal atuar como instância recursal para revisar a sentença condenatória imposta pela Justiça italiana ao extraditando.

Com efeito, a jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que "o Supremo Tribunal Federal, no sistema de contenciosidade limitada adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, não dispõe de poderes para proceder, em sede de extradição passiva, a qualquer tipo de indagação probatória destinada a demonstrar a improcedência da acusação penal ou a constatar eventual injustiça da condenação criminal emanadas de autoridades competentes do Estado estrangeiro que formulou o pedido extradicional" (Ext 678/Itália, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 6-9-1996).

No mesmo sentido, me permito colacionar os seguintes acórdãos:

> Extradição. Governo da Itália. Presença dos requisitos do art. 80 da Lei 6.815/1980 e do art. XI, 1 e 2, do Tratado de Extradição firmado entre a Itália e o Brasil em 17-10-1989. Alegações da defesa repelidas. O fato de o extraditando estar respondendo a processos no Brasil não é causa impeditiva da extradição, apenas tendo o condão de diferir o prazo de sua entrega ao país requerente, ressalvada a

hipótese do art. 67 da Lei 6.815/1980. A negativa da prática dos crimes ultrapassa os limites do juízo de delibação típico do processo extradicional, nos termos do sistema belga ao qual se filia o brasileiro, impedindo o exame da procedência das acusações e do mérito das sentenças que sustentam o pedido (Precedentes: Ext 703 e Ext 762). Correspondência dos crimes verificada. Ocorrência da prescrição, pela legislação brasileira, quanto ao crime de homicídio culposo constante da Sentença 1. Exclusão do crime de porte ilegal de arma de fogo (considerado, pela nossa legislação, na época dos fatos, como simples contravenção) e do crime de posse de munições (anistiado) constantes da Sentença 3. Exclusão do crime de disparo de arma de fogo (anistiado) e do crime de posse e porte ilegal de armas (simples contravenção na época), incluídos na Sentença 4. Quanto aos demais crimes previstos nas Sentenças 2, 3, 4, 5 e 6, não se consumou a prescrição, tanto pela legislação brasileira quanto pela italiana. Pedido deferido parcialmente para excluir o crime de homicídio culposo da Sentença 1, os crimes de detenção e porte ilegais de armas e posse de munições, previstos na Sentença 3 e os crimes de disparo de arma de fogo e de posse e porte ilegal de armas, objeto da Sentença 4. Observância do disposto no art. 89, *caput*, da referida lei e no art. XV do aludido tratado, tendo em vista as penas objeto de cumprimento perante a Vara de Execuções Penais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, tendo sido concedido ao extraditando livramento condicional até 18-2-2003.
(Ext 774/Itália, minha Relatoria, *DJ* de 14-12-2001.)

I – Extradição: no sistema belga – ao qual filiada a lei extradicional brasileira, não afetada pelo Tratado com a Itália – o papel da autoridade judiciária do Estado requerido se limita a um juízo de legalidade extrínseca do pedido, sem penetrar no exame de mérito sobre a procedência, à luz das provas, da acusação formulada no Estado requerente contra o extraditando: a rara e eventual delibação acerca da substância da imputação faz-se na estrita necessidade de decisão de questões como as da dúplice incriminação, da qualificação política do crime ou da prescrição, sempre, porém, a partir da versão de fatos acolhidos, no Estado requerente, conforme a peça de acusação ou a decisão judicial que suportar o pedido. II – Extradição: delitos de associação criminosa: desnecessidade de individualização da conduta do extraditando nos crimes atribuídos ao bando, na medida em que não se visa à persecução do extraditando a título de autoria ou coautoria deles.
(Ext 703/Itália, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 20-2-1998.)

Extradição instrutória – Tráfico internacional de entorpecentes – Pressupostos de extraditabilidade atendidos – Condições legais preenchidas – Aplicação extraterritorial da lei penal austríaca aos fatos ensejadores da extradição (importação de cocaína da Colômbia para o Brasil, com o objetivo de introduzi-la em território austríaco) – Possibilidade – Incidência, no caso, do princípio da personalidade ativa (a nacionalidade austríaca do extraditando como elemento de conexão) – Ausência, no Brasil, de procedimento de persecução penal instaurado, contra o extraditando, em razão dos mesmos fatos – Afastamento, em tal hipótese, do caráter prevalente da jurisdição penal brasileira – Consequente inexistência de concurso de jurisdições penais entre o Brasil e a Áustria – Viabilidade de acolhimento, em tal situação, do pleito extradicional – Convenção única de Nova York, na versão do Protocolo de Revisão de Genebra (1972) – Legitimidade de sua invocação pelo Estado austríaco – Princípio da justiça universal – A necessidade de efetiva cooperação internacional

na repressão ao crime de tráfico de entorpecentes – Modelo extradicional vigente no Brasil – Sistema de contenciosidade limitada – Impossibilidade de revisão ou de reapreciação do mérito da acusação penal ou da condenação criminal emanadas do Estado estrangeiro – Extradição deferida.
(Ext 658/Áustria, Rel. Min. Celso de Mello, *DJE* 216.)

A condenação do extraditando à revelia pelo Estado requerente, como já ressaltado, não impede, só por si, a extradição. Aliás, o próprio Tratado bilateral dispõe, em seu artigo V, *a*, que tal circunstância não constitui motivo para recusa do pedido extradicional.

A alegação de que o extraditando teria cometido crime político foi devidamente analisada no início do voto, motivo pelo qual deixo de repetir os argumentos utilizados para afastá-la.

Não houve prescrição dos delitos, como bem observou o ilustre Procurador-Geral da República no parecer de fls. 2318/2331, do qual extraio o seguinte trecho:

> Ao se examinar a pena aplicada e a prescrição a ela correspondente verifica-se que ainda não ocorreu a extinção da punibilidade. Conforme mencionado, o extraditando foi condenado à prisão perpétua, tendo as decisões condenatórias transitado em julgado em 08 de abril de 1991 e 10 de abril de 1993 (fls. 03). De acordo com a lei italiana, a prescrição não extingue os crimes para os quais a lei prevê a pena de prisão perpétua, mesmo como efeito da aplicação de circunstâncias agravantes (fls. 96). Por outro lado, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, pelo fato de não ser admissível a pena de prisão perpétua, há que se analisar a prescrição da pretensão executória com base na pena máxima possível de ser aplicada, qual seja, 30 anos. Nos termos do art. 109, I, do Código Penal, tal pena é extinta em 20 (vinte) anos, o que somente ocorreria em 2011 e 2013.
> (Fl. 2323.)

O requisito da dupla tipicidade também restou atendido, eis que a tipificação do homicídio no art. 575 do Código Penal italiano (fl. 83) corresponde ao art. 121 do Código Penal brasileiro.

Por fim, considerando que o extraditando foi condenado à pena de prisão perpétua, deve ser aplicada a jurisprudência desta Corte no sentido de que "a extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira" (Ext 855/Chile, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1º-7-2005).

Desse modo, faz-se necessário que a República Italiana assuma, formalmente, o compromisso de comutar a pena de prisão perpétua imposta ao

extraditando por pena privativa de liberdade não superior a trinta anos de reclusão, nos termos do art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal.

Além disso, deve igualmente o Estado requerente assumir o compromisso de computar o tempo de prisão cumprido pelo extraditando por força da custódia cautelar decretada no presente pedido extradicional, consoante o disposto no art. 91, II, da Lei 6.815/1980 e no art. 9º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália.

Ante o exposto, voto no sentido de **deferir** o pedido de extradição, com a exigência de comutação da pena de prisão perpétua por pena privativa de liberdade não superior a trinta anos, bem como assegurada a detração do tempo que o extraditando permaneceu preso preventivamente no Brasil.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, agradeço a gentileza da referência do Ministro Carlos Britto. Lembro-me, e para mim parece que foi ontem, que eu ocupava aquela cadeira 11 em que tinha a grave responsabilidade, mas também o privilégio de poder dizer alguma coisa de novo ao Tribunal.

Aqui estamos o Ministro Marco Aurélio, eu e o Ministro Celso de Mello, já na ponta da mesa, inviabilizados, praticamente, de dizer qualquer novidade, tão bem fundamentados foram todos os votos que nos precederam.

Quando o Ministro Ricardo Lewandowski, embora já tivesse votado em sessão anterior, pediu vênia a Vossa Excelência para registrar o voto que não havia lido, eu quase me encorajei, Ministro Ricardo Lewandowski, a também fazer a leitura deste enorme caderno que reflete as minhas ponderações sobre este caso e que eu, que amo a concisão e a objetividade, em sessão anterior, resumi oralmente. Mas não vou fazê-lo. Não vou tomar mais tempo do Tribunal e apenas faço algumas considerações quanto a este último ponto que estamos abordando.

É muito curioso que nós tenhamos nos debruçado sobre a matéria durante tanto tempo sobre uma aparente divergência.

Nunca houve qualquer hipótese de desatenção pelo Senhor Presidente da República de decisão que este Tribunal tenha tomado em matéria extradicional; nunca houve, por conta disso, também, necessidade de qualquer debate a respeito da matéria. Nós temos duzentos anos de existência desta Corte, e, pelo menos, desde a República o Tribunal cuida das extradições, e nunca a matéria se colocou. Por que será que ela surge, e com tanto interesse, neste caso concreto? Também verifico que não há divergência no Tribunal. Nós todos, neste caso concreto, estamos de acordo em que o processo de extradição segue o modelo belga, o modelo de delibação, em que há uma cooperação entre Poder Executivo e Poder Judiciário. O Poder executivo recebe a nota diplomática do Estado estrangeiro, verifica sumariamente as suas condições de procedibilidade, encaminha a esta Corte, que tem a obrigação constitucional de verificar se estão presentes os

pressupostos que autorizam a extradição. O Poder Executivo – isso já foi dito por todos – não pode extraditar sem ouvir esta Corte. Não pode. E nunca deixou de executá-la quando esta Corte entendeu cabível a extradição.

Portanto, causa-me espécie a necessidade tão grande de se criar polêmica onde ela não há. E eu vejo que, neste caso concreto, ao que me parece, pelas tentativas estratégicas da defesa, que busca, quem sabe, mudar a posição da Corte, o que se procura agora é criar uma situação de constrangimento de ordem política ao Senhor Presidente da República. Nada mais justifica tanto empenho da nobre defesa em fazer surgir uma questão que aparentemente não existe e que veio tomar tanto tempo do Tribunal.

O Tribunal, Senhor Presidente, segundo me parece, não faz manifestações graciosas. Nós não temos tempo para estar aqui a redigir e a recitar votos tão extensos e ilustrados para que nada aconteça, para que não haja consequências. Há consequências sim nas decisões e nas manifestações do Supremo Tribunal Federal. Quando ele se manifesta, como no caso, pela legitimidade do pedido encaminhado pelo Estado estrangeiro, comunica isso ao Presidente da República; e o Presidente da República, como representante da nação brasileira no concerto das Nações, cumpre, executando os atos de entrega. Sua Excelência tem restritíssimas hipóteses previstas nas quais pode ou postergar a execução dessa entrega, ou mesmo recusar a execução dessa entrega.

Esses casos são restritíssmos, os Colegas já os referiram, não vou repetir, mas vou simplesmente retornar à letra do Tratado de Extradição Brasil e Itália, cujo art. 3º foi invocado no voto do Ministro Eros Grau, para retomar um bordão de Sua Excelência, de que a lei – Sua Excelência – a Constituição não se interpreta por tiras; também o tratado não se interpreta por tiras. Diz o art. 14 do mesmo Tratado:

> Artigo XIV
> Decisão e Entrega
> 1. A parte requerida informará sem demora à parte requerente sua decisão quanto ao pedido de extradição. A recusa, mesmo parcial, deverá ser motivada.

Por aquelas poucas restritas hipóteses em que pode haver recusa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, de qualquer forma, pelo visto, sobrará alguma coisa para o Presidente da República.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Sim, ele poderá, por exemplo, adiar a entrega da pessoa extraditanda – consta do tratado – quando, devido a enfermidade grave, o transporte da pessoa puder causar-lhe perigo de vida; quando houver razões humanitárias etc. São motivos muito restritos. Aqui. Na verdade, quem executa a extradição é o Poder Executivo. Todos os atos executórios são do Poder Executivo. Diz-se, talvez com uma falta de técnica, que o Supremo Tribunal concede a extradição. É, como todos nos já afirmamos, uma decisão declaratória. Se a extradição for concedida, portanto – diz a letra do tratado –, a parte requerida informará – não diz que poderá informar; informará, o verbo indica

obrigatoriedade – a parte requerente, especificando o lugar da entrega e a data a partir da qual esta poderá ter lugar, dando também informações precisas sobre as limitações da liberdade pessoal que a pessoa reclamada tiver sofrido em decorrência da extradição. Isso para aquelas finalidades de detração da pena.

Então, Senhor Presidente, com essas brevíssimas considerações, eu acredito que afinal, quanto ao que interessa, quanto ao que importa, que é a real extensão da competência deste Tribunal, estamos todos de acordo. Eu acompanho, também nesse passo, o voto do eminente Relator.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, tenho a impressão de que ninguém está diminuindo o importante papel desempenhado pelo Executivo. Na própria lei, mesmos nos casos em que não há tratado bilateral, nós temos uma pletora de normas que confere ao Executivo poderes específicos que são reconhecidos, inclusive as hipóteses de recusa mencionadas no art. 91. Nos tratados, eles ganham colorações específicas como aqui já foi destacado. De modo que, assim como se informa e se destaca a importância da decisão da Corte, claro que, tanto nos tratados quanto nas leis, há todo um plexo normativo que destaca a importância do papel do Executivo e toda simbologia que isso representa.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, foi formada uma maioria de cinco votos – é e preciso que isso fique bem explícito – no sentido de que Sua Excelência o Senhor Presidente da República não está compelido pelo Supremo a implementar a extradição. Creio, até mesmo, que a Ministra Ellen Gracie pronunciou-se nesse sentido, muito embora acompanhando o Relator, porque na dicção de Sua Excelência o Relator, teríamos a prolação de uma decisão que viria a obrigar Sua Excelência o Presidente da República.

Prevaleceu a óptica segundo a qual a definição se dará, quanto à entrega, ou não, do extraditando ao Governo da Itália, no campo da política internacional. E esta incumbe, sob o ângulo da condução, ao Presidente da República.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não, não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, sim, sim. Não diga que não, porque observei a maioria de cinco a quatro quanto ao deferimento da extradição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A discricionariedade é do Presidente da República.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E agora não podemos simplesmente dar o dito pelo não dito e entender que esta Corte, em que pese cinco votos em sentido contrário, está a compelir o Presidente da República a proceder à entrega.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se Vossa Excelência estiver usando "autorizando" como diferente de "não determinando". Está autorizando, mas não determinando.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas foi expressamente votado por mim, pelo Ministro Joaquim, que era discricionariedade.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Foi. Vossa Excelência pronunciou "determinando".

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tem um voto do Ministro Eros autorizando, nos termos da Lei 6.815/1980 e do Tratado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, Ministro, não há uma ampla discricionariedade por parte do Presidente da República.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não foi isso que nós votamos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Acho que não. A Corte deliberou por maioria que o Presidente da República dá a última palavra em matéria de entrega do extraditando ao país estrangeiro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Presidente, vamos observar a premissa básica do Colegiado. A decisão não é de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, não é.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A decisão é do Colegiado. Cinco votos se fizeram ao mundo jurídico no sentido de que Sua Excelência o Presidente da República não está compelido a proceder à extradição. Pegando um gancho no que Sua Excelência veiculou no estrangeiro, disse mesmo que sobrará alguma coisa para ele decidir.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Que a natureza do ato do Presidente seria discricionária, e não vinculada. Eu votei assim – o Ministro Joaquim também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, ficamos numa situação de insegurança jurídica total. Caso estabelecida a óptica da maioria, venha a proclamação a ser invertida, ou seja, venha a palavra da minoria a prevalecer.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Vamos colher os votos, então?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque inclusive, Ministra Ellen, quando, hoje, no reinício do julgamento – o Ministro Joaquim Barbosa, que aqui não está presente –, foi lido pelo Presidente que ele, tal como da primeira eu também tinha me manifestado, tínhamos votado no sentido de que esta matéria é atribuição do Presidente da República, com base no art. 84, VII, discricionariamente, para fazer essa entrega.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Foram dois votos nesse sentido.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Dois votos nesse sentido. Estou reafirmando. Acho que o Ministro Marco Aurélio foi nesse sentido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Se Vossa Excelência me permite – cada Ministro confirmará ou me desmentirá. A Ministra Cármen Lúcia, o

Ministro Joaquim, antecipadamente, o Ministro Carlos Britto e o Ministro Marco Aurélio reconhecem pura discricionariedade ao Presidente da República.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Salvo quando o juízo do Supremo é negativo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): O voto do Ministro Eros Grau, que, segundo entendi, submeteu a execução da extradição ao Direito Internacional convencional, significa...

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Com base no Tratado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não. É diferente do voto de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ouvi que Sua Excelência me acompanhava no voto proferido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ele autoriza a extradição, nos termos da lei e do tratado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto ao indeferimento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, de ponta a ponta. Mas Sua Excelência está presente e pode esclarecer o alcance do voto.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É saber se o Presidente tem ampla discricionariedade, uma discricionariedade limitada pelo Tratado que o Estado brasileiro assinou com a Itália.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ontem, o Ministro Eros inclusive afirmou que estava votando em consonância com o Tratado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vamos ouvir Sua Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos ouvir o Ministro Eros Grau, vamos ouvir Sua Excelência quanto ao alcance do voto proferido.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Eros Grau: Na raiz disso nós temos um problema de palavras. Deem-me tempo para explicar agora, sem ansiedade, porque já estamos há muito tempo debatendo a matéria.

O que a Ministra Cármen Lúcia chama de "discricionariedade" e uma corrente muito grande do Direito Público chama de "discricionariedade" eu chamo de "interpretação". Então, quando a Ministra fala em "discricionariedade", ela seguramente não quer dizer "arbítrio".

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exato.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas ela quer dizer interpretação e preenchimento dos tais conceitos indeterminados.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ela, não. Ela é pela discricionariedade mesmo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um aparte? Perguntaria se essa discricionariedade se sujeita apenas a critério de conveniência e oportunidade do Presidente da República, ou se essa discricionariedade é exercida dentro dos lindes do Tratado?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Existe discricionariedade fora da lei. Estou falando em discricionariedade mesmo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Foi o que Vossa Excelência disse.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu tenho a impressão que Vossa Excelência afirmou isso e também o eminente Ministro Carlos Britto. Inclusive o Ministro Carlos Britto fez uma exegese de artigos do Tratado, para caracterizar que a discricionariedade do Presidente da República se insere dentro dos lindes dos limites do Tratado que o Estado brasileiro assinou com a Itália.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se Vossa Excelência me permite, eu fiz a interpretação do dispositivo para tentar dizer que o Ministro Eros Grau – e o Ministro Eros Grau não discordou – estava a assentar o caráter político do próprio Tratado, que habilitava os chefes de Estado dos países pactuantes, por um juízo de ponderabilidade, que é eminentemente subjetivo, cumprir ou descumprir a decisão do Poder Judiciário.

Mas eu vou além: Se o Presidente da República quiser, por exemplo, denunciar o tratado, se o Presidente da República quiser descumprir o tratado, não nos cabe policiar ou condenar o Presidente da República ou receber reclamações de que nossa decisão foi descumprida. Não! O Presidente da República vai responder pelo descumprimento do tratado perante a comunidade internacional e, no limite, perante o próprio Poder Legislativo.

Isso é uma matéria política aberta à atuação dos órgãos políticos do País. Há dois órgãos políticos no País: o Legislativo e o Executivo. Não há espaço de atuação para o Poder Judiciário uma vez autorizada – como fizemos aqui – a extradição. Não estamos determinando a extradição; estamos autorizando o Presidente da República.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Também não estamos proibindo, não é verdade?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não estamos proibindo, não.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Bem, mas estamos autorizando à luz do tratado e da legislação aplicável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se proibíssemos, a esta altura, a corrente minoritária prevaleceria. Seria uma honra para mim, mas não pretenderia que se chegasse – principalmente o Supremo – a esse ponto, como também apontei que não podemos adotar dois pesos e duas medidas e entender que a corrente

minoritária, quanto à obrigação de o Presidente cumprir a decisão do Supremo, seria a prevalecente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Ministro Eros Grau, quanto à segunda parte, destacou a vinculatividade do tratado, inclusive citando o art. 3º, alínea *f*.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não é exatamente assim, Ministro. Acho que a pessoa mais indicada para dizer o eu disse sou eu.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sem nenhuma dúvida.

O Sr. Ministro Eros Grau: Começamos toda essa discussão – pelo menos foi o que se disse em um determinado momento – em torno da seguinte questão: se o Presidente da República está obrigado ou não a cumprir a decisão.

O que trouxe no meu voto foi a observação de que não é essa a questão. Fiz uma referência ao voto do Ministro Victor Nunes Leal e disse que, na verdade, é autorizada, e não determinada, a extradição (ficou muito claro; aliás, quem diz isso é o Ministro Victor Nunes Leal), cabe ao Presidente da República tomar a decisão pela sua execução, ou não.

No caso, existindo um tratado, o que afirmei foi que o Presidente da República há de fazê-lo no quadro do tratado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E o que Vossa Excelência disse eu citei da mesma forma.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Presidente da República não necessita de aconselhamento. Será que precisa? É pupilo do Supremo?

O Sr. Ministro Eros Grau: Não entendi, Ministro Marco Aurélio, a sua observação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não fiz a observação em relação a Vossa Excelência. Comungamos neste caso, muito embora Vossa Excelência esteja à direita do Presidente, e eu, à esquerda.

O Sr. Ministro Eros Grau: Há sempre uma inversão de posições no mundo físico.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Isso, geograficamente, apenas geograficamente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vou deixar bem claro, Ministro Gilmar Mendes. Vou resumir o meu voto para que não haja nem necessidade posterior de embargos de declaração.

Eu voto com os quatro Ministros que entenderam que a decisão do Supremo não vincula o Presidente; ao Presidente cabe decidir pela execução da extradição ou não.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nos lides do tratado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Essa é toda a questão.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: É o tratado que embasa o pedido. Se não houvesse o tratado, não haveria o pedido de extradição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos esperar o mandado de segurança contra o ato de Sua Excelência.

O Sr. Ministro Eros Grau: Evidentemente que ele há de decidir no quadro do tratado, a não ser que ele denuncie o tratado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim, estou de acordo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Aí, sim.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu me referi especificamente ao art. 3º.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Foi Vossa Excelência que citou o art. 3º.

O Sr. Ministro Eros Grau: E é nesse sentido que voto. Eu faço parte da maioria que entende que a decisão do Supremo não é vinculatória para o Presidente da República.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Nem no quadro do tratado?

O Sr. Ministro Eros Grau: A decisão não é vinculatória.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O que estávamos discutindo era isso, a natureza dessa decisão; ela não vincula.

O Sr. Ministro Eros Grau: O Tribunal única e exclusivamente examina os requisitos. Quem vai decidir a respeito da extradição é o Presidente da República.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas, veja: quando o Supremo defere uma extradição, ele indaga, além daqueles outros pressupostos todos, quais sejam, da dupla atipicidade, da existência ou não da prescrição e outros aspectos formais extrínsecos, se há um compromisso de reciprocidade, se há um tratado de extradição, e decide exatamente a extradição à luz desses dados objetivos. Então, não é algo que nós decidimos no ar.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Porque pode ser deferida a extradição mesmo que não exista tratado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nesse caso, nós decidimos deferir a extradição à luz do estatuto do estrangeiro e do tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Quais foram os parâmetros, Ministro Eros, para deferir?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Creio que, a essa altura, não cabe partir para especulações. Houve uma decisão do Tribunal.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Tudo fica mais fácil, em termos de técnica de decidibilidade, se o Ministro Eros responder à seguinte pergunta: Vossa Excelência acompanha ou não o voto da Ministra Cármen?

O Sr. Ministro Eros Grau: Acompanho o voto da Ministra Cármen.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, desculpe. Nós precisamos estabelecer claramente os limites de atuação do Presidente da República. Nós estamos aqui a esclarecer o seguinte: pode, ou não, o Presidente da República desconsiderar a decisão do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade e a observância do que se dispõe no tratado?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a corrente minoritária quer conduzir a maioria a mudar de entendimento, quer tornar prevalecente a voz que exteriorizou neste Plenário.

O Sr. Ministro Eros Grau: Todo mundo falando ao mesmo tempo não é possível.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nós queremos esclarecer isto.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, Vossa Excelência me assegura a palavra?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos observar o sistema colegiado, a decisão da maioria.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vamos! Queremos entender o conteúdo do voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência entenderá quando proceder à leitura do acórdão devidamente formalizado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministra Ellen Gracie.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Eu só teria uma consulta muito objetiva à Ministra Cármen Lúcia. Ministra Cármen: Vossa Excelência afasta a vigência do Tratado de Extradição Brasil/Itália?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não é que eu afaste nem não afaste; isso não foi o objeto do meu voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ninguém afastou a vigência do Tratado.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Bem, o tratado é a base do pedido de extradição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, Ministra, o que eu votei, o que foi posto em votação, objetivamente – o núcleo foi o seguinte: terminado, deferida a extradição, porque verificados os elementos extrínsecos válidos nos termos do voto vencedor, que foi o voto do Ministro Relator.

Pôs-se a segunda questão: esta decisão vincula o Presidente, vale dizer, comunica-se a ele e ele entrega, neste ou em qualquer outro caso, ou não. Foi isso que foi posto em votação, foi isso que eu votei. Na minha compreensão, o ato do Presidente da República é discricionário neste sentido, de que ele, a partir do que decidido, deferido pelo Supremo no sentido posto por nós, ele entrega, aí, a partir do exame de conveniência e oportunidade que, obviamente, no estado democrático de direito, tem que ser segundo o Direito, mas eu não examinei tratado.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Poderá inclusive ser levado em consideração o texto do tratado?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Poderá ser examinado o ordenamento jurídico, porque o Presidente da República não fala nada arbitrariamente.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: O texto do tratado não é estranho ao pedido de extradição?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas não votei sobre este tratado pela singela circunstância de que isso não estava em pauta. O que estava em pauta era a natureza dos efeitos produzidos pela decisão do Supremo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, eu acho que a questão que deve ser posta aos Ministros é simplesmente a seguinte indagação – vamos nos perder nos outros qualificativos, outras palavras. O que a Corte precisa deixar esclarecido é se o Presidente da República está autorizado a não extraditar, descumprindo a lei ou o tratado. É só isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não é assim. Isso não foi posto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A maioria assim não decidiu.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Presidente descumprir a lei, descumprir o tratado, há modos e meios de cobrar a responsabilidade do Presidente da República, mas esses modos e meios não passam pelo Supremo Tribunal Federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Torno a frisar que prevalece a óptica dos cinco Ministros que votaram como votaram, e não a voz vencida dos quatro que formaram na corrente minoritária.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É ato de soberania.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Noutras palavras – vou usar as palavras do Ministro Eros: se ele, para decidir sobre a entrega, precisa observar a lei e o tratado, ou não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas ainda não estamos julgando ato do Presidente da República. Sua Excelência ainda não se pronunciou a respeito. Estamos partindo para um aconselhamento como se esta Corte fosse o Tribunal Superior Eleitoral e respondesse consulta que, por sinal, não está na Mesa, a não ser que a minoria a coloque!

O Sr. Ministro Eros Grau: Assegure-me a palavra por um minuto, não mais que isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu só queria lembrar, Ministro Eros, que Vossa Excelência inclusive citou, como eu já havia citado, a passagem de Victor Nunes Leal em que Vossa Excelência dizia que estava decidindo desta forma: "a decisão favorável do Supremo é, sem dúvida, condição prévia sem a qual não se pode dar a extradição, mas o Supremo também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais, por ventura, assumidos pelo Brasil". E aí Vossa Excelência também citou a segunda parte e depois Vossa Excelência dizia que estava seguindo Victor Nunes Leal: "mesmo que o Tribunal consinta na

extradição, por ser regular e legal o pedido, surge outro problema que interessa particularmente ao Executivo".

O Sr. Ministro Eros Grau: Isso é outra coisa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é outra coisa não: saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que esta obrigação só existe nos limites do direito convencional.

E se isso é verdadeiro, esta posição não coincide com a posição da Ministra Cármen Lúcia.

O Sr. Ministro Eros Grau: A questão se resume única e exclusivamente ao seguinte: o que está sob julgamento é a vinculação do Presidente da República, sim ou não, pela decisão, pela decisão do Tribunal...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não é isso não, Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É Exatamente Isso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Simplesmente, se eu não conseguir terminar o meu raciocínio.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Se o Plenário não precisa mais examinar previamente se existe compromisso de reciprocidade ou se existe tratado, não vamos mais mencionar esses fatos.

O Sr. Ministro Eros Grau: Apesar da dificuldade em concluir o raciocínio, eu vou ser bem claro: voto acompanhando o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E, também, o Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Eros Grau: Perfeito. Ou seja: a decisão a respeito da extradição, ou não, é do Presidente da República. Eu explicaria as minhas razões, se houvesse condições. Mas parece que não há condições no Tribunal de um ouvir o outro, dada a paixão que tem presidido o julgamento deste caso que, para mim, não é diferente de qualquer outro, mas que tem de ser julgado racionalmente.

Eu não posso projetar, no futuro, se o Presidente da República vai ou não romper com o Governo italiano. Não é isto que está em jogo.

Sendo bem objetivo, o meu voto é no sentido de que a questão colocada tem que ser resolvida nos seguintes termos: o Tribunal autoriza e quem executa, ou não, – e há de prestar contas às leis, aos tratados, aos compromissos internacionais – é o Presidente da República.

A questão de ser discricionário ou não é uma questão de palavras. Como eu disse à Ministra Cármen Lúcia, trata-se de se filiar a uma ou a outra corrente.

Então, para ser claro e não perdermos mais tempo, faço a maioria com o Ministro Marco Aurélio, Ministro Carlos Britto, Ministra Cármen Lúcia – e falta alguém mais – e com o Ministro Joaquim Barbosa.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, portanto, deferida a extradição e manifestado, a partir do voto da Ministra Cármen Lúcia, o caráter discricionário para aplicação da...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, vamos complicar ainda mais a proclamação do resultado?

Então teremos que adiar e fazer outra sessão, talvez até um simpósio para se discutir como proclamar a decisão, como proclamar a óptica da maioria.

Creio que não cabe. Simplesmente, houve o deferimento, e o Tribunal assentou, por cinco votos a quatro, primeiro: a legitimidade do pedido. Por cinco votos a quatro, invertendo-se a corrente, que Sua Excelência o Presidente da República não está compelido a extraditar.

Foi o que decidiu a Corte.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.085/República Italiana — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governo da Itália (Advogado: Antônio Nabor Areias Bulhões). Extraditando: Cesare Battisti (Advogados: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros, Suzana Angélica Paim Figuerêdo, Georghio Alessando Tomelin, Rosa Maria Assef Gargiulo, Luís Roberto Barroso e Renata Saraiva).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, reajustou o voto proferido anteriormente o Ministro Marco Aurélio, sobre a prescrição executória da pena. para acompanhar o Relator. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de extradição, vencidos a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República de execução da extradição, vencidos os Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, por haverem declarado suspeição na Ext 1.085, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 18 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, antes que Vossa Excelência anuncie o primeiro feito, suscito uma questão de ordem. Ontem, pelo adiantado da hora, acabamos não deixando claro quem seria o Relator do acórdão da Extradição.

Gostaria de saber o que, enfim, o Tribunal deliberou, quem ficaria com a relatoria do acórdão na Extradição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Acho que não há nenhuma dúvida de que é Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Eu também suponho que sim, mas gostaria que o Tribunal confirmasse. O meu voto foi vencedor em duas questões e ficou vencido noutra, que não diria secundária, mas que, enfim, diz respeito à execução.

Neste caso, Senhor Presidente, se o Tribunal confirmar, eu sugeriria que a ementa respeitante à questão da execução fosse elaborada pela Ministra Cármen Lúcia. Eu, realmente, não tenho condições intelectuais de, sequer, resumir, e com inteira fidelidade, o raciocínio da douta maioria.

De modo que consignarei, expressamente, no acórdão, que a ementa a respeito desse tema foi redigido pela Ministra Cármen Lúcia, que foi a primeira a manifestar voto nesse sentido.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, havendo pronunciamento do Plenário e presente, especialmente, a colocação do relator, de início, concluiria que Sua Excelência ficaria com a redação do acórdão como um grande todo e, compondo esse acórdão, como regimentalmente está previsto, os votos prolatados na assentada.

Agora, Sua Excelência acaba propondo uma divisão na redação do acórdão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, não, no acórdão, não, só na ementa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na ementa, perdoe-me. É que a ementa, para mim, não é simples penduricalho do acórdão. Compõe o grande todo que é o acórdão, na forma prevista no Código de Processo Civil. Agora, se, realmente, partir-se para essa divisão que tenho como imprópria, entendo que deva redigir o acórdão aquele que integrou as duas correntes majoritárias. No primeiro tema e no segundo. Quem o fez foi o Ministro Carlos Ayres Britto. Que Sua Excelência então redija o acórdão.

Eu me pronuncio nesse sentido, Presidente, com todo respeito, mas, de início, entendo que Sua Excelência o Relator deve redigir a ementa como um todo e saberá, evidentemente, respeitar a óptica da sempre ilustrada maioria – como costumo dizer – nos dois pontos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Eu não tenho nada a opor à redação do acórdão, eu só não quero ser infiel ao pensamento exato da maioria quanto à questão da execução.

De modo que não vejo nenhum inconveniente em que a Ministra Cármen Lúcia resuma o ponto de vista da maioria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministra Cármen Lúcia.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acho que o Ministro Relator poderia redigir, talvez eu aportar alguma achega, se fosse o caso, mas só isso e a relatoria manter com Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim, tudo bem. Vossa Excelência pode fazer sugestão à ementa. Sem problema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, encaminhamos nesse sentido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É que não consigo, Presidente, ante o que fizemos até aqui, imaginar o acórdão a quatro mãos. Daí ter colocado que – havendo no Colegiado alguém que tenha integrado, nas duas matérias, vamos falar assim, nas duas grandes matérias, as correntes majoritárias – ele, então, para não se dividir a confecção do acórdão, deve ficar com a redação. É um ponto de vista.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu acho a proposição do Ministro Marco Aurélio bastante razoável, é muito melhor do que essa cisão que rompe completamente com a tradição do Tribunal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Vamos colher os votos então, Presidente, já é uma questão que não merece maior tempo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Eu redijo a ementa, mas gostaria que a Ministra Cármen Lúcia me subsidiasse.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: O Ministro redigirá o acórdão. Ele foi o Relator e, nessa condição, tendo apenas um item. Não vejo problema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Foi a minha colocação primeira, o acórdão ficaria com o relator de sorteio. Redigiria o acórdão o Ministro Cezar Peluso, mas, a partir do momento em que se cogita da divisão da redação do acórdão, pronuncio-me no sentido de deixar-se essa redação com aquele que pode redigir o acórdão como um grande todo já que integrou as correntes majoritárias – o Ministro Carlos Ayres Britto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não há divisão do acórdão, é só sugestão de redação.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Há duas propostas. Vamos colher os votos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Dias Toffoli.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu não voto nessa questão, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Acho que Vossa Excelência vota, é só uma questão de ordem, não há nenhum problema.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É melhor dispensar.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não participou, não pode votar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, as propostas não estão bem claras. Existe uma proposta do eminente Relator no sentido de que o acórdão seja redigido a quatro mãos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não, nada disso, eu redijo o acórdão. Só estou pedindo o auxílio da Ministra Cármen Lúcia para ser absolutamente fiel ao pensamento da maioria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A relatoria é do Ministro Relator.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É só um cuidado, para que amanhã ou depois não se diga que, na hora em que redigi a ementa, fui, de algum modo, infiel aos fundamentos da douta maioria.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: A Ministra Cármen Lúcia está de acordo, de modo que realmente nós podíamos passar ao exame da pauta.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: São três as teses. Uma relativamente à extradição. Outra, a natureza do ato praticado pelo Ministro da Justiça quando concedeu o refúgio. Por fim, a terceira grande questão discutida ontem, na extradição, é a da discricionariedade ou não do Presidente da República na concessão da extradição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, eu redijo o acórdão e me entendo com a Ministra Cármen Lúcia a respeito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Então, está resolvida a questão nesse sentido. O Ministro Cezar Peluso fará a articulação com a Ministra Cármen Lúcia a propósito dessa discricionariedade do Presidente da República.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.085/República Italiana — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governo da Itália (Advogado: Antônio Nabor Areias Bulhões). Extraditando: Cesare Battisti (Advogados: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros, Suzana Angélica Paim Figuerêdo, Georghio Alessando Tomelin, Rosa Maria Assef Gargiulo, Luís Roberto Barroso e Renata Saraiva).

Decisão: Sucitada questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

Brasília, 19 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, a República Italiana apresentou uma petição em caráter de urgência expondo dúvida sobre

o resultado do julgamento e, em especial, sobre a ata do julgamento, conforme cópia. Estou pedindo que a distribuam a Vossas Excelências.

Essa petição já é de conhecimento do Ministro Eros Grau, a quem particularmente o pedido de esclarecimento é dirigido.

Como se trata de matéria que não diz respeito exatamente à competência exclusiva do Relator, mas ao resultado do julgamento, estou trazendo a questão de ordem e sugeriria fosse ouvido o Ministro Eros Grau.

Estou submetendo a questão à Corte, mas sugerindo que o Ministro Eros Grau se manifeste, porque basicamente a petição é dirigida ao teor do voto de Sua Excelência.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, eu examinei a manifestação.

O meu voto foi muito claro. Eu disse que acompanhava a jurisprudência anterior, o voto do Ministro Victor Nunes Leal e afirmei que o ato do Presidente da República é ato a ser praticado nos limites do direito convencional.

Não se trata, portanto, de ato discricionário, porém, de ato regrado, ato vinculado ao que dispõe o Tratado.

Fiz breve exposição que vou pedir que seja juntada aos autos. Mas o meu voto foi neste sentido, de que não se trata, portanto, de ato discricionário, porém, de ato regrado, ato vinculado ao que dispõe o Tratado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Essa matéria não deveria vir em embargos de declaração, em vez de questão de ordem?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É porque não é dirigida ao acórdão, que não está pronto; é dirigida à ata que consignou o resultado do julgamento, suscitando dúvida sobre o resultado do julgamento, não sobre o teor do acórdão, que ainda não foi lavrado.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a preocupação do Ministro Carlos Ayres Britto é minha. Tenho sustentado no Plenário que, após a proclamação, não se pode reabrir o julgamento, ainda que haja conflito entre fundamentos e dispositivo. Esse fato gera embargos declaratórios, considerada possível omissão, obscuridade ou contradição.

A segurança jurídica é básica num Estado Democrático de Direito. E a segurança jurídica quanto aos pronunciamentos do Judiciário está na proclamação do resultado do julgamento como algo definitivo.

Lembro-me de que, em certa feita, revimos uma decisão. Não me lembro se a uma só voz, ou com discrepância de votos. Então, um grande processualista da Cidade Maravilhosa publicou artigo no qual afirmara que o precedente devia ser amarrado a uma pedra muito pesada e jogado na parte mais funda do Lago Paranoá.

Realmente, não podemos ficar – depois de um julgamento em que se discutiu, inclusive, a proclamação – reabrindo, em sessões subsequentes, o que assentado de forma correta, ou não, pelo Plenário.

Daí colocar a segunda questão de ordem. A primeira foi suscitada não pelo Relator. O Relator suscitou dúvida quanto à redação da ementa, que foi dirimida: quem redigiria, em si, o acórdão?

Suscito uma segunda questão de ordem – a primeira foi suscitada pelo Governo da Itália, pelo Governo requerente da extradição – no sentido de que se deve aguardar a formalização do acórdão para, se for o caso, a parte interpor embargos declaratórios objetivando quer a integração, quer o esclarecimento desse mesmo acórdão.

É como me pronuncio, Presidente.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, a manifestação é apenas a respeito do esclarecimento?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Retomar votos a esta altura? Retomar o voto do Ministro Eros Grau?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Qual é o encaminhamento da questão de ordem?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Estou suscitando porque acho que a matéria não deveria vir em questão de ordem, mas aguardar a publicação do acórdão para, se for o caso, apreciarmos os embargos de declaração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A organicidade do Direito, a sugerir segurança jurídica para as partes, para os jurisdicionados, estará comprometida.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu, a despeito das observações, peço vênia aos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, pois, como a questão de ordem está sendo levantada exatamente sobre o que foi proclamado – para que a redação da ementa, então, venha se dar –, meu voto é no sentido de acolher a questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, fiquei impressionado.

Acolho a argumentação do eminente Ministro Cezar Peluso no sentido de que, como o acórdão não foi publicado ainda, a única via de suscitar eventual dúvida e solvê-la em relação ao que foi decidido, e pelo próprio emissor do voto, é a questão de ordem.

Portanto, acolho a questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permitir, entendo que, de qualquer forma, o Ministro Cezar Peluso fica esclarecido com relação ao sentido do meu voto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sim, mas, se a Corte não o declara, será excesso da minha parte introduzir no acórdão uma questão que não foi resolvida pelo Plenário. Eu não tenho competência para fazê-lo. Se o Plenário declara que isso deve ser feito, aí, sim, adapto o acórdão ao que o Plenário declare.

O Sr. Ministro Eros Grau: Meu voto é nesse sentido. E só peço a Vossa Excelência que leia as notas taquigráficas, pois verá que é exatamente isso que está retratado no meu voto.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, ficarei com o meu entendimento de que deveríamos aguardar eventual manejo de embargos declaratórios.

Os arts. 88 e 89 do Regimento Interno estabelecem:

> Art. 88. As atas serão submetidas a aprovação na sessão seguinte.
> Art. 89. Contra erro contido em ata, poderá o interessado reclamar, dentro de quarenta e oito horas, em petição dirigida ao Presidente do Tribunal ou da Turma, conforme o caso.

Como esse tempo já passou...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que se reclama partindo-se de premissa que entendo errônea. Qual é a premissa? Um voto obscuro, mas o voto do Ministro Eros Grau não foi obscuro!

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Tenho a impressão de que o fundamento do Estado requerente é exatamente este: a retificação de ata.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos ver qual será a consequência dessa questão de ordem: se ao fim prevalecerá a óptica da minoria!

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, não vejo qualquer dificuldade em atendermos a proposta do eminente Relator, e, uma vez que o Ministro Eros Grau reporta-se ao voto escrito que trouxe ao Plenário, creio que o eminente Relator poderá utilizá-lo para a redação da ementa.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também não vejo dificuldade.

Temos precedentes, alguns até prosaicos, de erros materiais que se verificam na proclamação e, depois, fazemos a inversão. Claro que este é um caso mais complexo, por conta de toda a discussão que se travou em torno do assunto, mas temos uma série de casos em que se faz o ajuste, quando necessário, antes mesmo dos embargos de declaração.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, Vossa Excelência me permite?

Contra o que sustento – porque acredito que entre os brasileiros haja aqueles que se antecipam no cumprimento de ônus processual –, o Supremo não admite sequer recurso. Considero o recurso inoportuno quando não haja ocorrido a publicação do acórdão no *Diário da Justiça*, ou seja, não admite que a parte, tomando conhecimento do acórdão, se antecipe, por exemplo, no balcão da Secretaria, vindo a protocolar, sem deixar para a última hora, o recurso.

Agora, vamos admitir, de uma das partes, uma questão de ordem que, todos sabemos, é direcionada a certo resultado, antes de formalizado o acórdão, antes de ter-se devidamente formalizado o voto que se diz ou se aponta a merecer esclarecimento. É um passo que não dou, Presidente, por ser demasiadamente largo.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Presidente, não vejo nenhum óbice. O requerimento, segundo consta, foi protocolado tempestivamente nos termos regimentais.

Acho que a Corte tem de admitir a retificação, se for o caso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É que essa retificação há de ser feita em quarenta e oito horas – segundo li aqui – no máximo; e esse tempo já passou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Mas foi publicado no dia 10; a petição é do dia 12.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Arts. 88 e 89 do Regimento Interno:

> **Art. 88**. As atas serão submetidas a aprovação na sessão seguinte.
> **Art. 89**. Contra erro contido em ata, poderá o interessado reclamar, dentro de quarenta e oito horas, em petição dirigida ao Presidente do Tribunal ou da Turma, conforme o caso.

É o art. 89 do Regimento Interno.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas o Relator está esclarecendo que houve a publicação da ata e, em seguida, houve a petição pedindo a retificação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É exatamente isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Publicação no dia 10 e pedido de retificação no dia 12.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Bem, eu fico vencido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ele só está dizendo que a norma regimental está sendo atendida.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Só para esclarecer.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Bem, não sei como Vossas Excelências vão... Isso gera uma consequência de ordem prática quanto ao resultado do julgamento, que a Corte tem de definir. Porque, ao que parece, a declaração do eminente Ministro Eros Grau não se acomoda a nenhum dos dois grupos que votaram, a menos que isso suscitasse nova indagação.

Mas, enfim, não quero entrar nisso, porque Sua Excelência está afastando a discricionariedade e, portanto, não comunga dos termos do voto que até então teria sido o voto da maioria; e, também, não chega ao extremo oposto dos votos que me acompanharam, os quais não reconhecem tampouco nenhuma discricionariedade, mas se limitam simplesmente a remeter às hipóteses da lei que permitem ao Presidente da República não proceder à entrega, como, por exemplo, se o Estado requerente não aceite a comutação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, há um detalhe. Temos que observar a espinha dorsal do devido processo: o contraditório. Não sei se a defesa do extraditando está ciente da questão de ordem levantada pelo Governo requerente. Além disso, o *quorum* hoje é outro.

A Sra. Renata Saraiva (Advogada): Senhor Presidente, eu aproveito a oportunidade do Ministro ter comentado – eu falo em nome da defesa –, nós não tivemos oportunidade de ter vista desta questão de ordem, em se tratando do que Vossas Excelências estão discutindo. Eu acho que é importante o extraditando poder ter vista.

Obrigada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, entendo que a solução da questão de ordem poderá ser atacada, eventualmente, pelos meios processuais adequados que estão ao alcance da defesa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que aguardemos, pelo menos, o *quorum* de julgamento. O Ministro Joaquim Barbosa não está presente. Ele formou na corrente majoritária, no escore muito apertado de cinco votos a quatro.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vou deixar claro, Ministro, que o meu voto, a minha manifestação aqui não tem a ver com o que foi discutido no plano principal. Nesse plano principal, eu acompanhei os quatro votos que divergiam do Ministro Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, Vossa Excelência me permite? O que surge é quase um mandado de segurança preventivo implícito quanto a possível ato do Presidente da República.

O Sr. Ministro Eros Grau: Se Vossa Excelência me permitir, o que ocorre é o seguinte. Eu acompanhei Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Parece que hoje já não está acompanhando.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Eros, por favor.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu aguardo os comentários do Ministro Marco Aurélio e depois continuarei a minha fala.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Por favor, vossa Excelência tem a palavra.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não fique alterado, Ministro!

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas imagine se eu ia ficar alterado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estou apenas ponderando. Para mim, com pureza d'alma, digo que estou percebendo um outro voto proferido por Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não é verdade, eu estou acabando de afirmar...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, é equívoco de minha parte. Ninguém melhor para interpretar o próprio voto do que o autor.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não é verdade. Eu estou apenas observando...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não é mentira também, talvez um equívoco.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não é verdade, eu apenas estou...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Um equívoco, Excelência, não uma mentira!

O Sr. Ministro Eros Grau: Ninguém está mentindo, mas não é verdade. Eu apenas estou observando que não acompanhei o voto da Ministra Cármen Lúcia a respeito da discricionariedade. Formei a maioria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, o resultado seria outro, não cinco a quatro no sentido de que o Presidente da República tem a possibilidade de entregar, ou não, o extraditando.

O Sr. Ministro Eros Grau: O Presidente da República tem a possibilidade de entregar ou não o extraditando, nesse ponto eu acompanhei a divergência do Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu também.

O Sr. Ministro Eros Grau: Em suma, no sentido de que o Presidente pode ou não determinar a extradição. O único ponto que precisava ser esclarecido, no meu entender, ao contrário do que foi afirmado pela Ministra Cármen Lúcia, é o seguinte: o ato não é discricionário. Há de ser praticado nos termos do direito convencional.

Isso está dito inúmeras vezes no meu voto. Está muito claro que eu acompanhei a divergência e está muito claro, para quem souber ler, e mesmo para quem não o queira, que o meu voto se alinha, desde o primeiro momento, à afirmação feita pelo Ministro Victor Nunes Leal. Não me recordo agora qual é o voto, mas é simples, é só observar meu voto escrito e as notas taquigráficas.

De modo que, para que não haja confusão, o resultado principal é exatamente aquele. Eu acompanhei, quanto à questão da não vinculação do Presidente da República à decisão do Tribunal, a divergência. Mas com relação à discricionariedade ou não do seu ato: esse ato não é discricionário, porque é regrado pelas disposições do Tratado.

Está claro, Ministro Peluso?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Para mim está.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É que eu perguntei a Vossa Excelência: Mas Vossa Excelência acompanha ou não o voto da Ministra Cármen Lúcia? E Vossa Excelência disse: acompanho o voto da Ministra Cármen Lúcia.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu disse que acompanhava o voto da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Joaquim Barbosa – até me recordo bem que, no momento, nem me lembrava que tinha sido ele – e do Ministro Marco Aurélio no que tange à decisão da não vinculação do Presidente da República pela decisão do Supremo Tribunal. O Supremo Tribunal autoriza e o Presidente da República pratica os atos que lhe incumbem como parte requerida na extradição, nos termos do Tratado. Foi isso, nada mais do que isso.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu me lembro de que – quando da discussão que nós travamos, eu tinha ressaltado esse aspecto, que era a citação do voto do Ministro Victor Nunes –, que Sua Excelência o Ministro Eros citava, dizendo que:

> Mesmo [estou lendo a transcrição do voto] que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular o pedido –, surge outro problema, [dizia Victor Nunes] que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele está obrigado a efetivá-la.

E aí ele mesmo dizia:

> (...)
> Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional, porque não há, como diz Mercier, "um direito internacional geral de extradição".

E aí dizia o Ministro Eros Grau:

> Tem-se bem claro, aí, que o Supremo Tribunal Federal autoriza, ou não, a extradição. Há de fazê-lo, para autorizar ou não autorizar a extradição, observadas as regras do tratado e as leis. Mas quem defere ou recusa a extradição é o Presidente da República, a quem incumbe manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII, da Constituição), presentando a soberania nacional (...)

E aí cita o Tratado:

Quando não é assim, o Tratado "se refere sempre a autoridade judiciária".

O Sr. Ministro Eros Grau: Está claro isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Agora, se o Presidente da República não cumprir o Tratado, cabe reclamação para o Supremo Tribunal Federal?

O Sr. Ministro Eros Grau: Ministro Carlos Britto, vou lhe fazer a seguinte pergunta: se, em 2013, um deputado agredir o Vice-Presidente da República, o que fará? Eu não posso dizer nada sobre o futuro. E contra isso eu me insurgi aqui. Ora, o Presidente da República que proceda como ele quiser. Cabe a ele cumprir ou não cumprir o Tratado. As consequências disso virão depois. Não estamos fazendo nenhum julgamento do futuro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Mas aí é importante, porque quem dá a última palavra é o Presidente, ou o Supremo Tribunal Federal?

O Sr. Ministro Eros Grau: É o Presidente da República. Só que ele tem que obedecer, respeitar o Tratado. Isso ficou mais do que claro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E se ele descumprir o Tratado?

O Sr. Ministro Eros Grau: É outro problema.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Cabe ao Supremo, ou não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Isso discutiremos oportunamente, se ocorrer.

O Sr. Ministro Eros Grau: Se ocorrer isso, discutiremos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Estou me lembrando de uma resposta que o jurista, consagrado, reconhecido, Manuel Alceu Afonso Ferreira deu a propósito de quem dá a última palavra em matéria de extradição. É o Supremo ou o Presidente da República? E Manuel Alceu Afonso Ferreira disse: "Se não, não; se sim, talvez". Ou seja, se o Supremo diz não, é não. Não há extraditabilidade, não se pode extraditar ninguém. Mas, se o Supremo diz que o caso é de extraditabilidade, talvez haja a entrega do extraditando ao país de origem porque a última

palavra é do Presidente da República. Com Tratado ou sem Tratado. Deveríamos, então, esclarecer o voto de Vossa Excelência.

A Sra. Renata Saraiva (Advogada): Senhor Presidente, questão de ordem. Volto em nome da defesa. Gostaríamos de entender, deixar bem claro, se é exatamente isto: se o Ministro Eros Grau mantém o voto como ele proferiu na última sessão, com algumas particularidades que só vamos ter acesso quando o acórdão for proferido?

O Sr. Ministro Eros Grau: Não existe a menor dúvida com relação a esse ponto. Acho que não será necessário que eu repita, mais uma vez, que votei com o Ministro Marco Aurélio, com o Ministro Joaquim Barbosa, com a Ministra Cármen Lúcia e com o Ministro Carlos Britto. Que a decisão do Supremo autoriza e quem vai executar, ou não, é o Presidente da República. Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal apenas autoriza, diz que é extraditável. Não há absolutamente nenhuma afetação em relação a esse ponto. O que se discutia depois é se essa decisão do Presidente da República é discricionária; ele pode fazer qualquer coisa – e discricionário, pra mim, significa juiz de conveniência, juiz de oportunidade – ou se ele deve respeitar o Tratado e proceder nos termos do Tratado. Apenas esse ponto estaria agora em discussão.

Eu fiz longas considerações naquela ocasião a respeito do conceito de discricionariedade, interpretação, conceitos indeterminados, tudo isso está no meu voto. Resumindo: não alterei uma linha no meu voto. O único ponto que me pareceu oportuno esclarecer, depois que tomei conhecimento pelo Ministro Peluso de que existia essa dúvida, é o que diz respeito a essa caracterização, ou não, do ato do Presidente da República, que é dele; é ele quem vai decidir. Isso está muito claro – torno a insistir – no meu voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, não há espaço para a questão de ordem suscitada pelo Governo requerente, porque não me consta que o Presidente da República precise de aconselhamento e que seja o Supremo órgão consultivo.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não, não. Se Vossa Excelência me permitir, o Supremo cumpre um papel muito importante porque, se não for extraditável, aí, sim, o Presidente da República não poderá extraditar.

Mas essa é a própria teoria do processo de extradição, que Vossa Excelência conhece muito melhor do que eu, porque Vossa Excelência está aqui há muito mais tempo do que eu.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Penso que essa questão, quanto a ato futuro do Presidente da República, não se fez em jogo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, esse ato se fez.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não apreciamos mandado de segurança impetrado contra ato, comissivo ou omissivo, do Presidente da República.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, esse ato se fez em jogo a partir do voto do Relator, tanto é que isso foi objeto de destaque na discussão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora estamos com um *quorum* que não é o do julgamento e poderemos chegar a uma conclusão diversa da assentada na última sessão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas a questão foi objeto, sim, de discussão e é importante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não Sei, Presidente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nós temos um Ministro licenciado, não é?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Temos um Ministro licenciado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, só quero retomar aqui.

Estou dando razão no que concerne, vamos dizer, à imutabilidade do teor do voto do Ministro Eros Grau. Está aqui textualmente, e Vossas Excelências têm cópia da transcrição de páginas 3455 em diante.

Diz ele:

> Há de ser postulada no quadro do Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, Tratado aprovado pelo Decreto 863/1993, que há de ser interpretado à luz da Constituição.
>
> (...)
>
> Daí que o Presidente da República está ou não obrigado a deferir extradição autorizada pelo tribunal nos termos do Tratado.

E aí conclui, fl. 3457:

> Nesses limites, nos termos do Tratado, o Presidente da República deferirá, ou não – isto é, nos termos do Tratado –, a extradição autorizada pelo tribunal, sem que com isso se esteja a desafiar a sua decisão.

Esse é o voto do Ministro.

> Voto nesse sentido. O que obriga o Presidente da República é o Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, aprovado pelo Decreto 863/1993. Retorno ao voto de Victor Nunes Leal: "Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular o pedido –," a obrigação, do Executivo, de efetivá-la só existe nos limites do direito convencional.

Isto é, nos limites do direito do Tratado.

Então, está muito claro que esse foi o voto de Sua Excelência. Ele admitiu um ato regrado e, portanto, ele não pode somar-se aos votos que deram caráter discricionário, porque é muito claro o voto dele.

Se o Presidente da República está vinculado aos termos do Tratado, ao quadro do Tratado, ou, como diz, aos limites do direito convencional – que são fórmulas diferentes para dizer a mesma coisa –, significa que não tem discricionariedade. Ele precisa ater-se aos termos do Tratado para saber se pode deixar

de extraditar. Coisa que não coincide com meu voto, porque para mim a solução é diferente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Matéria que não estava em mesa para julgamento, que ficou como simples opinião daquele que sobre ela se pronunciou.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É um voto.

O Sr. Ministro Eros Grau: É o voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, ficou como uma opinião, porque o objeto do processo mostrou-se único: declarar-se a legitimidade, ou não, a legalidade, ou não, do pedido formulado pelo Governo requerente. Agora, toda e qualquer consideração versada, principalmente sinalizando ao Presidente da República, fica como opinião do integrante do Tribunal. Isso é muito comum em acórdãos. Foi o que colocou o Ministro Carlos Ayres Britto. Adentraremos essa matéria para, sem ouvir Sua Excelência o dirigente maior do país, assentar uma decisão que o obrigará? Obrigará a quê? A cumprir o Tratado. Essa decisão desafiará, se não houver a observância pelo Presidente da República, a reclamação. Daí ter dito ser imprópria a colocação do Governo requerente, que pretende uma virada de mesa.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vossa Excelência me permite, até para que não surja nenhuma dúvida com relação ao que se votou antes?

Votou-se mais de uma coisa.

Se cabia ou não cabia a extradição. Votei no sentido de que não cabia a Extradição.

Depois, o que se votou foi se a decisão do Tribunal vinculava o Presidente da República. Eu disse com todas as letras, com mais quatro Colegas, que não vincula. Então, não há alteração, absolutamente nenhuma, de voto aí.

É o que está sendo mantido – e eu nem precisava mantê-lo porque está escrito. Depois, na decisão, teria saído que, por maioria, entendeu-se que o ato é discricionário. Afirmo que o ato não é discricionário porque o Presidente da República procederá – e eu não estou aconselhando o Presidente da República a fazer ou não fazer isso – observado o Tratado. O que vier a acontecer será objeto de outro processo ou não.

Vamos deixar bem claro que o esclarecimento que prestei inicialmente resume-se única e exclusivamente à circunstância de que eu não entendo que seja discricionário, porém regrado pelo Tratado, o ato que o Presidente da República exercerá na sua plena competência.

Fica claro, Ministro Marco Aurélio?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Teremos um acórdão que desafiará embargos declaratórios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu gostaria de ressaltar, portanto, que essa questão foi objeto de discussão na proclamação – e inclusive objeto de impugnação pelo Ministro Marco Aurélio – quando dizia:

Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República de execução de extradição. Vencidos os Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e o Presidente.

O que o Ministro Eros está a esclarecer é que, exatamente porque ele faz um *distinguishing* entre o caráter autorizativo da decisão, ele diz, se houver a obrigatoriedade, ela decorre do Tratado. É isso o que ele está a dizer.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Daí ter dito que a situação concreta, ante possível descompasso, desafiaria embargos declaratórios, inclusive com pedido de eficácia modificativa, ouvindo-se a parte contrária – a defesa –, já que o processo envolve um cidadão italiano que está preso, um cidadão sob a custódia do Estado.

Vamos aguardar os embargos declaratórios.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?

Em termos técnicos, Senhor Presidente, temos um problema: nesse julgamento, como foi atípico sob muitos pontos de vista, perdeu-se a dinâmica dos julgamentos de qualquer corte – não apenas a deste Tribunal –, e que é aquela que se faz a partir do voto do Relator. O voto do Relator é o ponto de referência para as tomadas de decisões.

O meu voto foi muito claro ao enfatizar que a decisão do Supremo vincula o Presidente da República, e, portanto, o Presidente só pode recusar a entrega nos termos em que a lei, reconhecida no meu voto, o permita. Por exemplo: se o Estado requerente não aceita a comutação, ou quando prefira deferir a entrega após o processo pendente aqui no Brasil. Então, o meu voto é nesses termos.

Em relação a esse voto, houve duas decisões diferentes: uma, de quatro votos, que reconheceram que "não vincula; que pode agir discricionariamente"; mas houve outra posição, a do Ministro Eros Grau, que decidiu que "não vincula, mas tem que agir nos termos do Tratado". Portanto, são três decisões diferentes.

A decisão do Ministro Eros Grau não se soma à dos outros quatro que afirmam o caráter discricionário e tampouco se ajunta à minha, que não reconhece esse poder perante o Tratado, pois, do meu ponto de vista, estão previstas no Tratado as causas que poderiam impedir a extradição e tinham também que impedi-lo de requerer a extradição. Então, o meu ponto de vista é diferente.

Temos três posturas, e essas três posturas é que têm que constar da decisão. Portanto, temos aí um problema de deslocamento da tônica do julgamento.

Não se pode dizer mais que, nos termos da ata, não vincula e que o Presidente pode agir discricionariamente, porque essa postura recebe só quatro votos.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vossa Excelência me permite? O que tem que ser dito é que não vincula.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): São três decisões.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não vincula, foi isso o que foi decidido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Mas é isso que eu estou falando, Ministro. Uma que vincula...

O Sr. Ministro Eros Grau: A questão de ser discricionariamente ou não já é uma questão subsequente à não vinculação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Nós temos três decisões, estou recapitulando: uma que diz que vincula.

O Sr. Ministro Eros Grau: E a outra diz que não vincula. E essa que não vincula se subdivide.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não vincula, porque há discrição. E há uma terceira: não vincula, mas não há discrição, há ato regrado.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não vincula à decisão, mas vincula ao Tratado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): E o Tratado vincula. Exatamente isso.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Vincula ao Tratado, não é isso?

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas, meu Deus do céu! Estamos misturando as coisas e isso pode inclusive me causar grande constrangimento. Porque amanhã ou depois poderá ser levantada a dúvida a respeito da mudança ou não do meu voto. Então, vamos deixar claro o seguinte: quatro votos disseram que a decisão do Supremo Tribunal vincula, e cinco votos, inclusive o meu, disseram que a decisão não vincula. Perdoem-me, essa é a proclamação. Agora, a questão da sujeição ou não do Presidente da República ao Tratado fica em quatro votos a um, e já não tem mais nada a ver com a primeira.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente, é isso o que eu estou dizendo. São três posições diferentes.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não, são duas posições diferentes, Ministro. Vincula e não vincula. Agora, a não vinculação apresenta caráter diferente para quatro Ministros, dizem que trata-se de um ato discricionário, e para um outro Ministro que diz não; desde o princípio eu digo isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, mas é isso que nós estamos dizendo: que está havendo um equívoco na proclamação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): É exatamente isso, Ministro.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas aí quando Vossa Excelência diz que são três posições, causa até a impressão de que eu estaria abandonando a minha posição inicial. Não vincula.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A decisão do Supremo é que não vincula o Presidente da República.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Estou reconhecendo que o voto de Vossa Excelência ... Exatamente. Cinco votos contra quatro dizem que não vincula. Em que termos? É a segunda questão. Discricionariamente, ou de acordo com o

Tratado? Discricionariamente: 4 votos. De acordo com o Tratado: 1. É isso o que tem que constar. É exatamente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não muda absolutamente nada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Mudar, muda, mas não é hora de saber as consequências da mudança.

A Sra. Renata Saraiva (Advogada): Excelência, eu gostaria de perguntar: isso está sendo esclarecimento de voto? Isso é matéria de embargos de declaração. A defesa gostaria de deixar isso registrado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Senhor Presidente, mais uma vez, nós estamos retificando uma ata. Não há ainda nada para ser objeto de embargos de declaração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Acho que estamos indo além. Não estamos só a discutir aqui a ata, porque ela, realmente, foi publicada, mas a reabrir os votos. Isso é perigosíssimo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Nós admitimos a retificação. Nós admitimos a possibilidade.

O Sr. Nabor Bulhões (Advogado): Só um brevíssimo esclarecimento sobre o sentido da questão de ordem bem absorvida pelo eminente Relator e suficientemente esclarecida pela manifestação do eminente Ministro Eros Grau.

Na realidade, a questão de ordem foi suscitada com base estritamente no que dispõe o Regimento do Tribunal: art. 96, § 2º. Houve perplexidade não só com relação à proclamação do resultado, mas com relação ao que seria a lavratura do acórdão; isso ocorreu em sessão pública. Então, portanto, a República Italiana me pediu que fossem juntadas aos autos as notas taquigráficas ou as degravações correspondentes, porque elas evidenciavam, como haverão de evidenciar, pelo que eu colhi na degravação que fiz, que verdadeiramente não existia manifestação majoritária do Tribunal no sentido...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Teremos até a sustentação da tribuna.

O Sr. Nabor Bulhões (Advogado): Eminente Ministro, trata-se de esclarecimento quanto ao conteúdo da questão de ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, Excelência, é o tipo da coisa! Presidente, estamos reabrindo o julgamento.

O Sr. Nabor Bulhões (Advogado): Exato. Só gostaria de esclarecer isso. Então, não há a pretensão de alteração, nem houve alteração de voto, mas apenas a consideração de que a proclamação não teria traduzido materialmente o que aqui decidido pelo Tribunal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente. Não pode constar da ata que a decisão da maioria foi de que não autoriza discricionariamente; nesse sentido, há quatro votos.

O Sr. Ministro Eros Grau: Se Vossa Excelência me permitir, com muita franqueza. Eu acho que, se houve alguma imprecisão, terá sido na proclamação. É só tirar o "discricionário".

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente, é isso que eu estou propondo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas é por isso que nós estamos discutindo.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu acho que isso é de uma clareza meridiana. Se Vossa Excelência me permitir: como é que foi a proclamação? Vossa Excelência poderia relembrar?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu estou relembrando: Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República de execução da extradição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não houve isso. Não há maioria nisso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De execução da extradição.

O Sr. Ministro Eros Grau: Por maioria?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República de execução da extradição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Isso não pode constar. É isso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Isso é a parte final? E a parte anterior?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Está correta.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Então, melhor seria proclamar o resultado dizendo que não vincula o Presidente. Pronto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, em matéria de extradição, se for pela extraditabilidade, não vincula o Presidente da República. Pronto, ficaremos aí.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, o problema não é esse.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Porque aí é a fiel reprodução do voto do Ministro Eros.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Ministro, com licença, não é isso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Em havendo o Tratado, ele deve ser cumprido nos seus termos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, mas se não for cumprido, já não diz respeito ao Supremo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Vossa Excelência me permite?

O Sr. Ministro Eros Grau: Já não tem mais nada a ver conosco este processo; poderá ter no futuro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Se Vossa Excelência me permite, o que tem que ser retirado da ata é a seguinte expressão:

> (...) Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República (...).

Noutras palavras, não havia maioria que assentasse isso, por isso tem que ser retirado.

O Sr. Ministro Eros Grau: O que está dito antes na ata? Nós precisamos saber.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Em relação a esta questão, apenas isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Isso, não houve mais nada. Agora, sim, vai constar corretamente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vai constar corretamente que o Tribunal decidiu, por cinco votos a quatro, que a decisão não vincula o Presidente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Nos termos dos votos da maioria.

O Sr. Ministro Eros Grau: Perfeito. Ministro Marco Aurélio, isso é razoável, não?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente. Só isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Dos votos que compuseram a maioria que reconheceu a não vinculação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Muito bem. Não se fala em discricionariedade?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não se fala em discricionariedade.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas em vinculabilidade da decisão do Supremo perante o Presidente da República.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente. Mas aí vai ficar muito bem claro que quatro votos reconhecem discricionariedade e um voto não reconhece discricionariedade. É isso. As consequências disso são outro capítulo. É só para retirar este "por maioria, o Tribunal assentou caráter discricionário". Quer dizer, o Tribunal, por maioria...

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Ministro Eros Grau disse o seguinte: "(...) eu faço parte da maioria que entende que a decisão do Supremo não vincula o Presidente da República".

O Sr. Ministro Eros Grau: É isto: por maioria, o Tribunal decidiu que a decisão não vincula.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Pronto. Acabou. O que tem de ser retirado é apenas a referência a uma decisão que o Tribunal não tomou,

por maioria, porque não há maioria, sobre o caráter discricionário do ato do Presidente. Só.

O Sr. Ministro Eros Grau: Ministro Peluso, perdoe-me, aí fica nada. O que está lá na decisão é:

> Em seguida, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de extradição, vencidos a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio (...).

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Por maioria, o Tribunal reconheceu que a decisão do Supremo não é vinculativa ao Presidente da República, nos termos dos votos...

O Sr. Ministro Eros Grau: Ah, perfeito. Estou de pleno acordo com isso. Perdoe-me, Ministro Marco Aurélio, e está claro isso para Vossa Excelência? Porque, enquanto não ficar claro para Vossa Excelência, para mim não estará também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não lancei qualquer mentira. Vossa Excelência admite que não lancei qualquer mentira.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas é óbvio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Talvez, possa ter cometido até mesmo um equívoco.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu diria que nem equívoco Vossa Excelência comete. Pode cometer um pequeno engano.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas rogo a Vossa Excelência que consigne que fiquei vencido quanto à reabertura da discussão da matéria.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu também, disso faço questão.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas jamais diria que Vossa Excelência... Ah, era só o que faltava!

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Excelência, eu sugiro – e submeto ao Tribunal – esta redação em seguida:

> Por maioria, o Tribunal decidiu que a decisão não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos (...)

E aí repetem-se todos os votos, põem-se os nomes de todos. E aí se vai recorrer aos fundamentos desses votos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): O Tribunal reconheceu que a decisão não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos dos Ministros tais, tais e tais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Os cinco votos, inclusive o do Ministro Eros.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Exatamente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Da Ministra Cármen Lúcia, do Ministro Joaquim Barbosa, do Ministro Britto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Eros Grau, que continuam compondo a maioria nesse item.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): No item da vinculatividade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): De cada voto de cada um.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto à possibilidade ou não de uma correção da proclamação, vencidos os Ministros Britto e Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E eu também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para ressaltar algo que é de sabença geral: os votos integram o acórdão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Por isso mesmo que está se fazendo referência: nos termos dos votos tais, tais e tais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente, estou apenas fazendo a proclamação nos termos do voto, isso vai, de qualquer forma, fundamentar a lavratura do acórdão e poderá dar ensejo, aí sim, a embargos de declaração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A rigor, a rigor, estamos nos antecipando e nos pronunciando quanto a possíveis embargos declaratórios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Se for o caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Uma vez aprovada essa retificação, Senhor Presidente, eu não tenho nenhuma dúvida em consignar, no acórdão, que os Ministros tais, tais, os cinco Ministros afirmaram a desvinculação, que quatro Ministros afirmaram que o Presidente da República tem discricionariedade, e um declarou que não tem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E o fazendo sem o contraditório?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu acho que essa questão da discricionariedade está superada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu queria assentar exatamente esse aspecto. Votei no sentido de que houve uma mera retificação da proclamação. Isso é feito, cotidianamente, até por iniciativa do próprio juiz, todos os dias, nas Turmas, no Plenário "peço uma retificação". Isso não se trata de embargos, não se cuida de embargos. Porque não houve, a meu sentir, com toda a vênia, uma rediscussão da matéria. Houve, apenas, uma reproclamação do resultado, por iniciativa que poderia ter sido de um juiz da Corte, mas foi por uma das partes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Uma hora tomada apenas para retificar-se a ata.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas isso acontece, dada a dificuldade que o caso já tinha ocasionado em relação a todo o desenvolvimento do tema.

EXTRATO DA ATA

Ext 1.085/República Italiana — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governo da Itália (Advogado: Antônio Nabor Areias Bulhões). Extraditando: Cesare Battisti (Advogados: Luiz Eduardo Greenhalgh e outros, Suzana Angélica Paim Figuerêdo, Georghio Alessando Tomelin, Rosa Maria Assef Gargiulo, Luís Roberto Barroso e Renata Saraiva).

Decisão: Suscitada pelo Relator questão de ordem no sentido de retificar a proclamação da decisão, quanto à vinculação do Presidente da República ao deferimento da extradição, o Tribunal, por maioria, acolheu-a, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. O Tribunal, por unanimidade, retificou-a, para constar que, por maioria, o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau. Ficaram vencidos quanto a este capítulo decisório os Ministros Cezar Peluso (Relator), Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes (Presidente). Não votou o Ministro Celso de Mello por ter declarado suspeição. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 16 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.127 — DF
(ADI 1.127-MC na *RTJ* 178/67)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional — Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Dispositivos impugnados pela AMB. Prejudicado o pedido quanto à expressão "juizados especiais", em razão da superveniência da Lei 9.099/1995. Ação direta conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente.

I – O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais.

II – A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público.

III – A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional.

IV – A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma.

V – A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público.

VI – A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado.

VII – A sustentação oral pelo advogado, após o voto do relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes.

VIII – A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional.

IX – O múnus constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável.

X – O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da administração forense.

XI – A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça Eleitoral estabelecida na Constituição.

XII – A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo.

XIII – Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, examinando os dispositivos impugnados na Lei 8.906, de 4 de julho de 1994: a) por unanimidade, em relação ao inciso I do art. 1º, julgar prejudicada a alegação de inconstitucionalidade relativamente à expressão "juizados especiais", e, por maioria, quanto à expressão "qualquer", julgar procedente a ação direta, vencidos os Ministros Relator e Carlos Britto; b) por unanimidade, julgar improcedente a ação direta, quanto ao § 3º do art. 2º, nos termos do voto do Relator; c) por maioria, julgar parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "ou desacato", contida no § 2º do art. 7º, vencidos os Ministros Relator e Ricardo Lewandowski; d) por unanimidade, julgar improcedente a ação direta, quanto ao inciso II do art. 7º, nos termos do voto do Relator; e) por unanimidade, julgar improcedente a ação direta, quanto ao inciso IV do art. 7º, nos termos do voto do Relator; f) por maioria, entender não estar prejudicada a ação relativamente ao inciso V do art. 7º, vencido os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. No mérito, também por maioria, declarar a inconstitucionalidade da expressão "assim reconhecidas pela OAB", vencidos os Ministros Relator, Eros Grau e Carlos Britto; g) por maioria, declarar a inconstitucionalidade relativamente ao inciso IX do art. 7º, vencidos os Ministros Relator e Sepúlveda Pertence; h) por unanimidade, julgar improcedente a ação direta quanto ao § 3º do art. 7º; i) por votação majoritária, dar pela procedência parcial da ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "e controle", contida no § 4º do art. 7º, vencidos os Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, sendo que este último também declarava a inconstitucionalidade da expressão "e presídios", no que foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello; j) por maioria, julgar parcialmente procedente a ação, quanto ao inciso II do art. 28, para excluir apenas

os juízes eleitorais e seus suplentes, vencido o Ministro Marco Aurélio; k) e, por votação majoritária, quanto ao art. 50, julgar parcialmente procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação conforme ao dispositivo, de modo a fazer compreender a palavra "requisitar" como dependente de motivação, compatibilização com as finalidades da lei e atendimento de custos desta requisição. Ficam ressalvados, desde já, os documentos cobertos por sigilo. Vencidos os Ministros Relator, Eros Grau, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 17 de maio de 2006 — Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Valho-me do relatório de fls. 136 a 147, formalizado quando ocorreu a apreciação do pedido de concessão de liminar:

> O Sr. Ministro Paulo Brossard: A Associação dos Magistrados Brasileiros, com fundamento nos arts. 103, XI, 2ª parte, e 102, I, *a*, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei federal 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).
>
> 2. A ação foi me distribuída por dependência da ADI 1.105-7, onde se pleiteia a inconstitucionalidade do inciso IX, do art. 7º, que é reiterada na presente arguição.
>
> 3. Invocando a sua legitimidade e a relação de pertinência temática da ação com os objetivos e interesses específicos da classe que representa, a requerente passa a questionar a constitucionalidade dos dispositivos que, um a um, transcreverei, sintetizando as razões que serviram de fundamentação ao pedido:
>
> *Inciso I do art. 1º*
>
> Estabelece o inciso, dentre as atividades que o *caput* reputa privativas de advocacia:
>
> > "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais"
>
> Essa norma, além de sujeitar a validade do processo judicial à capacidade postulatória consubstanciada no binômio parte-advogado, contraria os incisos I e II do art. 98 da Constituição. Cria um pressuposto processual incompatível com a singeleza que essas normas quiseram emprestar aos Juizados Especiais e à justiça de paz, cujas atividades são voltadas para causas regidas pelos princípios da simplicidade, da informalidade, da oralidade e da celeridade, permitindo a pronta tutela de interesses de pouca expressão.
>
> Exigindo a representação da parte por advogado, a norma impugnada compromete a efetividade das normas constitucionais apontadas, afrontando os seus desígnios quando impõe essa obrigatoriedade ao jurisdicionado para postular diante dos Juizados Especiais, que são providos por juízes "togados, ou togados e leigos", e da justiça de paz, que se constitui por cidadãos eleitos. A intenção desses dispositivos constitucionais foi visivelmente permitir que, naquelas hipóteses, possam obter a jurisdição de modo mais direto e eficaz. A presença de conciliadores e juízes leigos, não necessariamente bacharéis, nesses Juizados Especiais e na justiça de paz,

faz com que a presença obrigatória do advogado se torne incompatível com aqueles, que são desprovidos de conhecimentos técnicos para apreender a postulação.

Essas considerações, entende a requerente, rompendo com tradição vitoriosa, alcançam também a necessidade de representação do reclamante perante a Justiça do Trabalho de primeira instância, esses também compostos por maioria de juízes classistas e leigos, conforme o art. 116 da Constituição, que também o dispositivo arguido contrariou.

Também ofendem o dispositivo questionado os incisos XXXIV, *a,* e XXXV, do art. 5º da Constituição porque, no tocante aos órgãos trabalhistas de primeira instância, aos Juizados Especiais não penais e à justiça de paz, criou condição restritiva do direito de petição e de acesso à Justiça, ao instituir pressupostos processuais incompatíveis com a estrutura constitucional daqueles órgãos.

Conclui a requerente, em relação à norma impugnada: "Se a opção política, contida na regra impugnada, é censurável porque se destina, claramente, apenas a ampliar o mercado de trabalho da nobre classe dos advogados, sem outras preocupações, que a realidade brasileira torna impositivas, aquele preceito não resiste ao confronto com os arts. 98, I e II, 116 e 5º, XXXIV, *a*, e XXXV da Constituição Federal, tornando-se indispensável a declaração de sua inconstitucionalidade."

§ 2º do art. 1º

Esse dispositivo, ao dispor que:

> "os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados"

buscou ampliar a atuação dos inscritos na OAB. Não se pode distinguir outro empenho na referida norma, já que existem outros instrumentos de atos e negócios jurídicos, de relevância igual ou superior aos nela referidos, que dependeriam também do visto de um advogado.

O dispositivo impugnado – a que a própria autora, suas filiadas e seus membros ficarão agora sujeitos, quando quiserem constituir pessoas jurídicas – agride a garantia constitucional da igualdade, inciso I, do art. 5º da Constituição, já que outros atos jurídicos e contratos da mesma ou de maior significação jurídica daquele ficam dispensados de semelhante requisito. Essa diversidade de tratamento a pessoas jurídicas que se encontram em situação ontologicamente idêntica mais se salienta, quando se considera que o preceito em causa restringe a liberdade de associação garantida nos incisos XVII e XVIII do art. 5º da Constituição, estimulando a criação de entidades sem personalidade jurídica, cuja situação irregular propicia a violação de preceitos jurídicos trabalhistas, fiscais, previdenciários e contratuais que irão, inevitavelmente, sobrecarregar os órgãos jurisdicionais.

§ 3º do art. 2º e § 2º do art. 7º

O parágrafo 3º, do art. 2º, dispõe que:

> "No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei."

Ao passo que o § 2º do art. 7º estabelece:

> "O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer."

Argui-se a inconstitucionalidade conjunta desses dois dispositivos porque, entrelaçados, convertem-se numa carta de indenidade. Enquanto o primeiro estatui

que "no exercício da profissão o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei", o segundo preceitua que "o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer".

Quando as disposições permitem ao advogado a injúria, a difamação e o desacato, delitos pelos quais será punido apenas por sua corporação – convertendo-a em órgão judicante, com exclusão do Judiciário – afronta o art. 92 da Constituição, que atribui a jurisdição aos segmentos ali enumerados, e ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição, que assegura o acesso, a esse Poder, às pessoas cujos direitos foram violados pelas referidas agressões à sua honra e imagem, cuja incolumidade o inciso X, do mesmo dispositivo constitucional, preserva em termos absolutos.

É verdade que o art. 133 da Constituição declara o advogado "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei", mas as normas impugnadas vão, entretanto, além dos parâmetros desse artigo, porque não criam condições para a responsabilidade civil ou penal do advogado, simplesmente o isentam de responsabilidade, pondo a sua conduta fora de qualquer norma limitadora. Viola assim o próprio art. 133 da Constituição.

Ademais, diz a requerente, as referidas normas põem em posição de desigualdade pessoas que se encontram em posição idêntica, violando o *caput* do art. 5º e seu inciso I, *verbis*: "o advogado pode, no exercício da profissão, injuriar, difamar e desacatar, livremente, enquanto se sujeitam a sanções penais, como é correto, as pessoas que lhe agridem a honra. O visível desequilíbrio não se harmoniza com o sistema de garantias, expresso nas normas constitucionais apontadas, dentre as quais avulta o inciso X do art. 5º da Constituição".

Inciso II do art. 7º

Inclui o referido inciso, entre os direitos do advogado:

> "ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB."

A inconstitucionalidade do dispositivo reside nas expressões: "e acompanhada de representante da OAB". Essa exigência transforma a corporação num órgão jurisdicional, na medida que faz depender dela a execução da ordem judicial de busca e apreensão, determinada por magistrado, a qual pode ser por ela impedida ou retardada.

A busca ou apreensão, ordenadas por magistrado, configuram, inequivocamente, atos de jurisdição, destinados a prevenir ou a reparar lesão de direitos (art. 5º, XXXV, CF.). Se o art. 92 da lei suprema atribui aos juízes o exercício da jurisdição, não podem eles ficar na dependência de outros órgãos, senão quando a ação destes for por eles solicitada.

Inciso IV do art. 7º

Ainda, entre os direitos do advogado, estabelece esse inciso:

> "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB."

Argui a inconstitucionalidade, tão somente, das expressões "ter a presença de representante da OAB", desse inciso, pelas mesmas razões de inconstitucionalidade, que fundamentam o inciso anterior.

Inciso V do art. 7º

Desse dispositivo que estabelece, entre os direitos do advogado:

> "não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falha, em prisão domiciliar."

Impugna-se como inconstitucional as expressões "assim reconhecidas pela OAB", pelas mesmas razões que se impugnaram os incisos precedentes.

Entregando a OAB o juízo sobre as instalações e comodidades onde será recolhido preso o advogado, além de atribuir-lhe funções jurisdicionais, privativas dos juízes, de conformidade com o inciso XXXV do art. 5º, também contraria o *caput* e o inciso I desse artigo, quando põe a OAB em situação de vantajosa desigualdade frente a outras corporações, cujos integrantes, também, gozam do benefício da prisão especial.

Inciso IX do art. 7º

Argui a inconstitucionalidade desse inciso, na parte que pospõe a sustentação oral ao voto do relator, pelas mesmas razões expendidas pelo Procurador-Geral da República na ADI 1.105.

§ 3º do art. 7º:

> "o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo."

Além de incidir na mesma inconstitucionalidade do inciso IV do art. 7º, também contraria o inciso LXI do art. 5º da Constituição, que permite a prisão em flagrante delito, sem a restringir aos crimes inafiançáveis, e o seu *caput* e inciso I, quando cria patente desigualdade, privilegiando, sem justificativa, os advogados em relação a outras pessoas.

§ 4º do art. 7º:

> "O Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados com uso e controle assegurados à OAB"

Ao assegurar o controle de salas integrantes das dependências dos juizados, fóruns e tribunais, a norma transgride o art. 99 da Constituição, que outorga autonomia administrativa ao Poder Judiciário, e o seu art. 96, inciso I, na parte em que atribui competência privativa aos tribunais para a disciplina do funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, o que envolve o controle de suas instalações físicas. Diz: "Se se admite a disciplina, pela OAB, do uso interno das salas que lhe forem destinadas, não se pode dar àquela instituição o controle de dependências do Judiciário, submetidas, exclusivamente, aos desígnios desse Poder, que administra todos os edifícios judiciários, como decorrência da autonomia do art. 99 da Constituição."

Inciso II do art. 28

A norma estabelece que a advocacia é incompatível com as seguintes atividades:

> "membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos Juizados Especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional."

Ao tornar a advocacia incompatível com as atividades de "membros dos órgãos do Poder Judiciário", sem qualquer exceção, o mencionado inciso atenta contra os arts. 119, inciso II, e 120, § 1º, III, da Constituição Federal, e ao declarar a incompatibilidade dos integrantes dos Juizados Especiais e da justiça de paz, contraria os dispositivos do art. 98, I e II, da Carta.

Os juízes eleitorais não exercem funções que os absorvem de modo permanente, com dedicação exclusiva, nem lhes propiciam meios razoáveis de subsistência. Se o propósito das normas constitucionais supracitadas é integrar as Cortes Eleitorais de advogados, condição que só a inscrição nos quadros da OAB confere (art. 3º da Lei 8.906/1994), o dispositivo questionado, ao criar a incompatibilidade, impede a concretização da vontade da Constituição.

Também a disposição atacada cria gravíssimo entrave à efetivação dos comandos do art. 98, I e II, da Constituição, ao estabelecer incompatibilidade entre a advocacia e as atividades dos membros dos Juizados Especiais e da justiça de paz, impedindo que sejam recrutados "entre profissionais que podem dedicar parcela do seu tempo para exercer, sem remuneração, ou mediante retribuição minguada, funções que melhor se desempenham por pessoas afeiçoadas às normas e princípios jurídicos".

Artigo 50

"Para os fins desta Lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da Administração Pública direta, indireta e fundacional."

Entende a requerente que esse dispositivo afronta a independência do Judiciário, assegurada no sistema do "Título – IV" da Constituição e, particularmente, no seu art. 2º, na medida em que submete os órgãos jurisdicionais e seus integrantes aos desígnios de entidade que não integra esse Poder (Constituição, art. 92).

O poder de requisição de cópias de peças de autos e documentos aos cartórios, serventias do Judiciário, viola também o art. 96, I, *b, da Constituição,* que outorga competência privativa aos tribunais para organizar suas secretarias e serviços auxiliares, assim como os dos juízes que lhes forem vinculados, não possibilitando a sujeição desses a entidade estranha ao Judiciário.

Acrescento que veio a ser prolatado, às fls. 282 e 283, o acórdão que tem o seguinte teor:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator, reconhecer a prevenção da competência do Ministro *Paulo Brossard,* como Relator, vencido o Ministro *Marco Aurélio,* que negava a existência dessa prevenção. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (autora), e também a preliminar de falta de legitimidade ativa por impertinência objetiva, vencido o Ministro: *Marco Aurélio,* suscitante. Examinando o inciso I do art. 1º da Lei 8.906, de 4-7-1994, por maioria de votos, deferir, em parte, o pedido da medida liminar, para suspender a eficácia do dispositivo, no que não disser respeito aos Juizados Especiais, previstos no inciso I do art. 98 da Constituição Federal, excluindo, portanto, a aplicação do dispositivo, até a decisão final da ação, em relação aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de paz, vencidos, em parte, os Ministros: *Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches* e *Moreira Alves*, que interpretavam

o dispositivo no sentido de suspender a execução apenas no tocante ao Juizado de Pequenas Causas, e o Ministro *Marco Aurélio*, que indeferia o pedido de medida liminar. Por maioria de votos, deferir, em parte, o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão "ou desacato", contida no § 2º do art. 7º da Lei 8.906, de 4-7-1994, vencidos, em parte, o Ministro: *Carlos Velloso*, que também deferia o pedido de medida liminar para suspender a expressão "ou fora dele", e os Ministros: *Sydney Sanches, Moreira Alves* e o Presidente (Ministro *Octávio Gallotti*), que também deferiam a medida liminar para suspender toda a expressão impugnada. Por maioria de votos, deferir, ainda, em parte, o pedido de medida liminar para dar ao § 3º do art. 7º a interpretação de que o dispositivo não abrange a hipótese de crime de desacato à autoridade judiciária, vencidos os Ministros: *Marco Aurélio* e *Celso de Mello*, que indeferiam a medida liminar. Por maioria de votos, também deferir o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão "controle", contida no § 4º do art. 7º, vencidos os Ministros: *Marco Aurélio* e *Sepúlveda Pertence*, que indeferiam a liminar; da expressão "e acompanhada de representante da OAB", contida no inciso II do art. 7º, vencidos os Ministros: *Marco Aurélio* e *Sepúlveda Pertence*, que indeferiam o pedido; da expressão "ter a presença de representante da OAB", quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade", contida no inciso IV do art. 7º, vencidos, em parte, os Ministros: *Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence* e *Néri da Silveira*, que suspendiam apenas a expressão "sob pena de nulidade". Rejeitar a preliminar de pertinência objetiva em relação ao inciso V do art. 7º, vencido o Ministro *Marco Aurélio*, suscitante. No mérito, por unanimidade de votos, deferir o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão "assim reconhecidas pela OAB", contida nesse mesmo inciso (V do art. 7º). Ainda por unanimidade de votos, não conhecer da ação por falta de pertinência temática em relação ao § 2º do art. 1º; indeferir, por unanimidade de votos, a medida liminar de suspensão do § 3º do art. 2º; e por unanimidade de votos, julgar prejudicado o pedido de medida liminar com relação ao inciso IX do art. 7º. Por unanimidade de votos, deferir, em parte, o pedido de medida liminar quanto ao inciso II do art. 28, da Lei 8.906, de 4-7-1994, para dar ao dispositivo a interpretação de que da sua abrangência estão excluídos os Membros da Justiça Eleitoral e os Juízes Suplentes não remunerados. E, por maioria de votos, deferir, em parte, o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão "Tribunal, Magistrado, Cartório e", contida no art. 50, vencidos, em parte, os Ministros Relator e Francisco Rezek, que suspendiam todo o dispositivo e, também, em parte, os Ministros: *Ilmar Galvão, Marco Aurélio* e *Sepúlveda Pertence*, que indeferiam a medida liminar.

O Ministro Maurício Corrêa, a quem sucedi na relatoria deste processo, abriu vista sucessivamente ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República (fl. 289). Em 28 de junho de 2003, despachei, determinando fosse instada a Advocacia-Geral da União a devolver o processo. Mediante a peça de fls. 291 a 301, o Advogado-Geral da União preconiza o julgamento para tornar-se definitiva a óptica do Tribunal quando da apreciação das medidas cautelares, reportando-se aos pronunciamentos alusivos às ADI 1.616/PE, 2.101/MS e 2.681/RJ, em que pese ao disposto no § 3º do art. 103 da Constituição Federal.

À fl. 313, determinei o cumprimento da segunda parte do despacho de fl. 289, ou seja, a remessa do processo ao Procurador-Geral da República. Daí o parecer de fls. 327 a 338, assim sintetizado:

> *Ação direta de inconstitucionalidade.*
> *Dispositivos da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.*
> *Parecer pela procedência parcial da ação* para ser declarada a inconstitucionalidade das expressões "controle" contida no § 4º do art. 7º; "e acompanhada de representante da OAB" contida no inciso II do art. 7º; "ter a presença de representante da OAB", constante do inciso IV do art. 7º; "assim reconhecida pela OAB", contida no inciso V do art. 7º; "qualquer tribunal, magistrado, cartório e", contida no art. 50, todos da Lei 8.906/1994. Inaplicabilidade do inciso I do art. 1º da Lei 8.906/1994 aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz; e interpretação de conformidade a afastar da abrangência do inciso II do art. 28 da mesma lei os membros da Justiça Eleitoral, os juízes suplentes não remunerados e os integrantes da Justiça de paz.

À fl. 342, indeferi pleito de juntada de documento formulado por terceiro. Às fls. 345 e 346, neguei acolhida ao pedido de intervenção formulado pela 36ª e a 46ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de São Paulo. Consigno que não houve impugnação a tais pronunciamentos.

É o relatório.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhora Presidente, apenas esclareço que, na ADI 1.105-7/DF, houve a interposição de embargos declaratórios pelo Conselho, que não foram conhecidos.

Subscrevo a observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido na questão de ordem:

> Senhor Presidente, estou de acordo quanto à ilegitimidade para os embargos.
> Apenas anoto crer que nem o Relator nem o Tribunal negariam à Ordem, neste caso, com base na Lei 9.868, a possibilidade de manifestar-se durante o processamento da ação direta, que ainda não teve julgamento de mérito.

Portanto, admito.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Inicialmente, consigno que à exceção, sob o ângulo da pertinência temática, do art. 1º, § 2º, da Lei 8.906/1994, o Plenário assentou a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, aludindo, inclusive, à problemática, no tocante aos demais preceitos da mencionada lei atacados, da pertinência objetiva. Confira-se com o que se contém no relatório e, mais precisamente, com a parte dispositiva do acórdão resultante da apreciação

da medida acauteladora, que se encontra a fls. 136 a 283. Com a proclamação, as matérias tornaram-se preclusas, não cabendo o reexame. É que, no particular, o pronunciamento do Colegiado não se fez precário e efêmero, como ocorre em relação à suspensão de textos, mas definitivo.

Passo à análise das normas legais impugnadas, com exclusão, portanto, do art. 1º, § 2º, referido.

a) *inciso I do art. 1º*

Por ocasião do julgamento da medida liminar, proferi o seguinte voto:

> Senhor Presidente, entendo que o inciso I do art. 98 da Constituição Federal, ao aludir a "Juizados Especiais", refere-se, para mim, ao gênero, do qual é espécie o Juizado de Pequenas Causas. Tal expressão está contida, inclusive, na Lei federal 7.244/1984 – art. 1º.
>
> É certo que a Carta Política assegura o acesso ao Judiciário, mas não menos correto é que o faz dentro de um grande sistema, nela encerrado.
>
> No art. 133 temos a previsão de que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da Lei". Esse dispositivo não inviabiliza o acesso ao Judiciário. Ao contrário, torna-o seguro, porquanto o Direito é uma ciência e, enquanto tal, os institutos, as expressões, os vocábulos têm sentido próprio, devendo ser articulados por profissional da advocacia. Tanto é assim que no rol das garantias constitucionais constatamos que o Estado está compelido a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – inciso LXXIV, do art. 5º da Carta Política de 1988.
>
> Tenho uma experiência no âmbito da Justiça do Trabalho de quinze anos. Defrontei-me inúmeras vezes com hipóteses em que, frente ao disposto no art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregado, o mais fraco economicamente na relação jurídica do trabalho, comparecia à Junta de Conciliação e Julgamento sem estar acompanhado do profissional da advocacia. Então, nesses casos, o Presidente da Junta, notando o desequilíbrio quanto às defesas de início apresentadas, e numa visão prognóstica relativamente ao desenrolar do processo, ou abandonava a equidistância almejada, olvidando que o protecionismo advém da lei e não do órgão investido do ofício judicante, ou simplesmente, sem base legal, suspendia a audiência, encaminhando o reclamante ao sindicato que congregava a categoria profissional.
>
> Fico a imaginar, por exemplo, Senhor Presidente, o subscritor da inicial desta ação direta de inconstitucionalidade – Dr. Sérgio Bermudes – prestando assistência a uma grande empresa e, do lado contrário, a defender-se um autor de uma ação concernente a uma causa de pequeno valor, sem a representação processual por advogado, acionando, portanto, a capacidade postulatória direta. O massacre técnico seria fatal. É um engodo pensar-se que o afastamento do advogado, por si só, implica a celeridade almejada nos procedimentos judiciais. Se a Justiça é morosa, Senhor Presidente, há outras pessoas, também, responsáveis por essa morosidade. Nunca tive, na participação dos advogados, um entrave ao bom andamento dos processos nos quais atuei.
>
> A lei federal a que me referi, ao disciplinar as pequenas causas, tem dispositivos sobre os honorários advocatícios. De um lado, notamos que não há, na primeira instância, condenação em honorários advocatícios, a não ser na hipótese de

restar configurada a litigância de má-fé. Em Segundo Grau, a lei já dispõe de forma oposta, ao consignar que o recorrente vencido – e eu não posso tomar isso como um obstáculo ao acesso ao Judiciário – pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez e vinte por cento do valor da condenação ou, não havendo condenação, do valor da causa devidamente corrigido. Vejam o que se tem no art. 54: não se instituirá juizado de pequenas causas sem a correspondente implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária, preceito certamente inspirado no estatuto anterior dos advogados – na Lei 4.215/1963 – no que já previa, como indispensável à administração da justiça, a participação do advogado.

Por outro, Senhor Presidente, entendo que, na espécie, não há o conflito da regra do art. 1º, inciso I, da Lei federal 8.906, de 4 de julho de 1994, com a Constituição Federal. Inexiste nesta qualquer dispositivo conducente a concluir-se que, em se tratando de pequena causa, de litígio revelado em pequena causa, prescindível é a presença do advogado. Ao cogitar da indispensabilidade do advogado, isto para que se tenha boa administração da justiça, o art. 133 não contempla exceção.

Caminho no sentido de indeferir a liminar, preservando a eficácia do preceito.

Impugnam-se, no art. 1º, inciso I, as expressões "qualquer" e "Juizados Especiais". Transcrevo, para efeito de documentação, o artigo e a íntegra do inciso:

> Art. 1º São atividades privativas de advocacia:
> I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

Quanto aos Juizados Especiais, de acordo com o inciso I do art. 98 da Carta da República, serão criados pela União – no Distrito Federal e nos Territórios – e pelos Estados. O teor do inciso versa sobre o provimento por juízes togados ou togados eleitos, a competência para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Nada se dispôs a respeito da capacidade postulatória. Então, é dado concluir pela incidência da regra linear do art. 133 da Constituição Federal:

> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Em suma, o texto constitucional consagra a necessidade de observação da capacidade postulatória, de a parte estar representada por profissional da advocacia, o que se coaduna até mesmo com o fato de se lidar, no processo, com o Direito, no que possui institutos, expressões e vocábulos com sentido técnico, a escaparem do domínio dos leigos. Assim, voto pela improcedência do pedido formulado, mantendo, portanto, o inciso I do art. 1º da Lei 8.906/1994 tal como se contém, ou seja, revelando incumbir ao advogado, privativamente, a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais.

b) *§ 2º do art. 1º*

Quanto a este dispositivo, foi afastada a legitimidade da requerente, descabendo, assim, examiná-lo. Transcrevo-o tão somente para efeito de documentação:

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

c) *§ 3º do art. 2º e § 2º do art. 7º*

Quando da apreciação da medida liminar, assim me pronunciei:

Senhor Presidente, o Ministro Francisco Rezek lembrou que a norma básica de regência está no art. 133 da Carta de 1988. Lendo-se o dispositivo, chega-se à conclusão de que se assentou, como regra, a inviolabilidade do advogado, considerados os atos e manifestações no exercício da profissão, aludindo-se a limites estabelecidos na lei. Potencializou-se, penso, o desempenho profissional voltado à cidadania, à defesa dos direitos dos cidadãos, obstaculizando-se qualquer enfoque que, de alguma forma, pudesse inibir a atuação do causídico. Indaga-se: podemos ver – e creio que agora estamos nos defrontando com a norma mais importante do Estatuto – o § 2º do art. 7º, no que disciplina a matéria no âmbito da conveniência, um conflito com a Carta da República? Não se tem nessa regra justamente a fixação dos limites que se deixou a cargo do legislador ordinário? A meu ver, sim. O § 2º do art. 7º, ao preceituar que o advogado tem imunidade profissional, repete, nessa parte, o que está no art. 133 da própria Constituição, e a seguir delimita, como previsto nesse artigo, essa inviolabilidade, ao afastar a hipótese de se cogitar de injúria, difamação ou desacato, por parte do advogado, em atitude que venha a assumir no exercício da atividade, em juízo ou fora dele, ou seja, no desempenho profissional.

A lei, no campo da conveniência, mitigou a imunidade profissional, ao contrário do que se tem no art. 53 da Carta quanto aos parlamentares, para admitir a submissão daquele que exceda os limites do razoável, na defesa dos interesses do respectivo constituinte, às sanções disciplinares perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

Senhor Presidente, continuo convencido de que não podemos, na apreciação de uma ação direta de inconstitucionalidade, partir para o campo que considero ambíguo: o da subjetividade, o da indagação sobre a conveniência, ou não, do preceito. Resta-nos, apenas, questionar se, tal como se contém, o dispositivo conflita, ou não, com o texto constitucional; e não vejo esse confronto, mesmo em face ao que ressaltado pelo Ministro Relator quanto à isonomia. O advogado está em pé de igualdade com os magistrados e com os membros do Ministério Público.

Não tenho notícia de demandas penais contra magistrados que, de alguma maneira, em provimento judicial, tenham lançado expressões que pudessem ser consideradas injuriosas ou difamatórias em relação a qualquer das partes, ao Ministério Público ou ao advogado da causa, ainda que reformado o provimento judicial.

Peço vênia, Senhor Presidente, para entender que o preceito, neste primeiro exame, tal como veio à balha, harmoniza-se com o teor do art. 133 da Carta. Indefiro a liminar e mantenho, portanto, a eficácia do dispositivo.

(...)

Senhor Presidente, desejo reajustar o meu voto para, no caso, caminhar no sentido de deferir a liminar quanto à alusão, em si, ao desacato. No tocante à manifestação, em juízo e fora dele, no exercício de sua atividade, empresto o sentido que foi ressaltado pelo Ministro Relator, ou seja, a inviolabilidade está jungida à atuação profissional como advogado.

Eis o teor dos preceitos atacados:

> § 3º (do art. 2º): No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.
>
> § 2º (do art. 7º): O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Ataca-se, no primeiro dispositivo, a expressão "nos limites desta lei" e, no segundo, o trecho "não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele".

Colho do art. 133 da Constituição Federal, como regra, a inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão de advogado. A exceção corre à conta da lei, no que o texto constitucional contém a cláusula "nos limites da lei". Pois bem, estes vieram à balha com a Lei 8.906/1994, com o Estatuto dos Advogados. Então, considerado até mesmo o poder de polícia exercido pelo juiz, a possibilidade de haver o corte da palavra e a riscadura de expressões que sejam tidas como injuriosas em seu sentido largo – art. 15 do Código de Processo Civil –, na lei em comento dispôs-se sobre a imunidade – buscando, acima de tudo, afastar o cerceio ao exercício da profissão, deixando os profissionais da advocacia, em um primeiro passo, como senhores da atividade a ser desenvolvida – e previram-se sanções disciplinares por excessos. Não vejo como concluir, tendo em vista o art. 133 da Constituição Federal, pela pecha de inconstitucionalidade. Julgo improcedente o pedido formulado.

d) *inciso II do art. 7º*

Na oportunidade do julgamento da medida liminar, prolatei o seguinte voto:

> Senhor Presidente, entendo que o inciso II do art. 7º concerne à própria inviolabilidade da atuação do profissional da advocacia. Não vejo, neste exame preliminar, como se possa ter a exigência de que o oficial seja acompanhado do representante da Ordem dos Advogados do Brasil como contrária à Carta. A presença do representante daquele Órgão está ligada – repito – à inviolabilidade no exercício da profissão.
>
> Peço vênia ao nobre Ministro Relator para, no tocante ao inciso II do art. 7º, indeferir a liminar.

Eis o teor do preceito arguido como inconstitucional:

> Art. 7º São direitos do advogado:
>
> (...)
>
> II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB;

O inconformismo, aqui, diz com o trecho "e acompanhada de representante da OAB".

Cumpre sopesar os valores em jogo, presente a atuação profissional e a regra da inviolabilidade. O dispositivo excepciona a ordem judicial, mas o faz sem clareza suficiente, a apanhar o sigilo de dados e de comunicações telefônicas ou afins. A regra, sob o ângulo constitucional, direciona ao sigilo – inciso XII do art. 5º da Carta Federal, contemplada a possibilidade de se ter ordem judicial a partir de investigação criminal ou instrução processual penal. Então, há de se dar ao inciso II do art. 7º interpretação conforme a Carta da República, entendendo-se que a previsão em torno da necessidade de haver ordem emanada de magistrado abrange todo o teor do inciso II do art. 7º. De início, portanto, confiro ao texto legal interpretação conforme o Diploma Máximo, assentando inconstitucional aquela que limite a viabilidade da quebra do sigilo à busca ou apreensão.

Resta o exame quanto a jungir-se a diligência ao acompanhamento de representante da Ordem dos Advogados do Brasil. Presume-se o que normalmente ocorre, ou seja, a postura fidedigna aos ditames legais. Faz-se em jogo exceção que, a ser implementada, direciona à observância de certas cautelas. A hipótese é de implemento de busca e apreensão de documentos e máquinas – computadores – que se encontrem no escritório de advocacia ou na residência do profissional. Estando ligados ao exercício da profissão, tudo recomenda que a busca e a apreensão se realizem com a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, ainda que seja preciso proceder sem divulgação maior. O ato ficará restrito, de qualquer forma, ao conhecimento dos envolvidos, exceção aberta, obviamente, ao investigado. O desvio de conduta a alcançar a informação, o aviso, por parte do representante da Ordem, ao profissional que vier a sofrer o ato de constrangimento, resolve-se não no campo da inconstitucionalidade, mas da legalidade, responsabilizando-se quem de direito. Exija-se da Ordem dos Advogados do Brasil o procedimento que, em última análise, dela se espera e que tem sido adotado no dia-a-dia da vida em sociedade. A formalidade estará suplantada a partir do momento em que a Ordem, instada em caráter confidencial a indicar o profissional que acompanhará a diligência, deixar de fazê-lo, quando então, sem ela, será realizada a diligência com as cautelas necessárias para que não seja frustrada. Julgo improcedente o pedido formulado.

e) *inciso IV do art. 7º*

Transcrevo o teor do meu voto quando do julgamento do pedido concessão da liminar:

> Quanto ao inciso IV do art. 7º – presença de representante da Ordem quando preso em flagrante advogado por motivo ligado ao exercício da advocacia, mais uma vez temos a homenagem à inviolabilidade da atuação profissional.
>
> Vejam que o preceito diz respeito apenas àqueles casos concretos em que a prisão em flagrante decorre de um ato praticado, realmente, *a latere* da ordem jurídica, no exercício da advocacia. Para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade nas demais hipóteses, há comunicação expressa à seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. É certo que precisaríamos ter campo para uma interpretação dos casos concretos. Eu caminharia no sentido de tirar a cominação.

> Senhor Presidente, porque o dispositivo relaciona-se, de qualquer forma, com ato praticado no exercício da advocacia, com a prisão em flagrante em decorrência de tal procedimento, neste exame preliminar, defiro a liminar apenas quanto à expressão "sob pena de nulidade".

O inciso revela ser direito do advogado "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade" – esta a parte impugnada – "e, nos demais casos, a comunicação expressa à Seccional da OAB". Também aqui não é dado vislumbrar conflito com a Carta da República. Preso em flagrante o advogado, nada contraindica a ciência à OAB e a presença de representante desta, uma vez em questão ato ligado ao exercício da advocacia, isso para lavrar-se o auto respectivo. A cominação é uma exigência ínsita à concretude da formalidade, à observância do que previsto. Julgo, improcedente o pedido formulado, consignando a valia de prisão em flagrante caso a Ordem, devidamente comunicada, não se faça presente em tempo razoável.

f) *inciso V do art. 7º*

Este dispositivo revela que é direito do advogado "não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar". Impugna-se a expressão "assim reconhecidas pela OAB". Tenho que o preceito não conflita com a Carta da República. Reconheça-se a envergadura, como órgão de classe, como autarquia corporativista, da Ordem dos Advogados do Brasil e tenha-se presente, de início, a inviolabilidade consagrada pelo texto constitucional como regra. Ora, tudo recomenda que o ato extremo revelador da prisão antes do trânsito em julgado do título executivo se faça de forma acautelada, respeitando-se os parâmetros próprios ao dever do Estado de manter a integridade física e moral do preso, ainda que condenado em definitivo. Os abusos notados no dia a dia da atividade policial, as precárias situações de delegacias, penitenciárias e demais dependências públicas, direcionam ao crivo da OAB, cabendo perceber que a cláusula "assim reconhecidas pela OAB" está ligada a instalações e comodidades que a norma quer condignas e que são inerentes a uma sala realmente passível de ser enquadrada como de Estado Maior. Julgo improcedente o pedido formulado.

g) *inciso IX do art. 7º*

Valho-me do voto que proferi no julgamento da medida acauteladora na ADI 1.105-7/DF:

> Senhor Presidente, na espécie, não estamos a apreciar uma ação direta de inconstitucionalidade dirigida contra o art. 554 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo preceitua que, na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo Relator, o Presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze minutos, para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso e, portanto, sustentarem o existente.

Senhor Presidente, nesta ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não está sendo convocado a pronunciar-se sobre a transgressão, pela norma que acabei de ler, ao devido processo legal. Mesmo porque, a teor do disposto no inciso LV do rol das garantias constitucionais, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório são norteados pelos meios e recursos a eles inerentes, que encontramos na legislação instrumental comum.

Senhor Presidente, não está em questão o art. 554. Não nos é cobrada uma definição quanto à ofensa ao princípio do devido processo legal, no que tal preceito disciplina, de forma toda própria, a passagem da palavra aos advogados constituídos no processo. O Supremo Tribunal Federal é convocado para dizer da harmonia do teor do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, com a Carta de 1988, no que revela, inclusive, que a advocacia é essencial à administração da Justiça, repetindo uma norma que veio à balha com a Lei 4.215 – o Estatuto dos Advogados.

Senhor Presidente, como surgiu esse dispositivo? Como surgiu a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994? Surgiu mediante a confecção de um anteprojeto que mereceu a seguinte justificativa: "O projeto é desaguadouro de um longo trabalho coletivo, repositório da contribuição dos conselheiros federais, dos conselhos seccionais, subseções, e seus respectivos presidentes, dos membros das caixas de assistência, dos militantes das comissões da ordem. Enfim, dos advogados de todos os recantos do País".

Senhor Presidente, o anteprojeto foi subscrito por setenta e quatro parlamentares, liderados pelo saudoso Deputado Federal Ulysses Guimarães. Tramitou nas duas Casas, passou pelas Comissões pertinentes dessas Casas e mereceu a sanção do Presidente da República.

Homenageio o ilustre Procurador-Geral da República no que se antecipou e ajuizou esta ação direta de inconstitucionalidade, no início deste semestre judiciário, viabilizando o exame da matéria no controle concentrado, evitando, até mesmo, que se repetisse, para não se mostrar escoteiro – se é que viria a se repetir – o que ocorreu em 1956, no âmbito deste Colegiado: um exame em abstrato – *stricto sensu* – porque no controle concentrado temos essa espécie apreciação; uma apreciação, sem processo, de uma norma semelhante à atacada nesta ação direta de inconstitucionalidade.

O Código de Processo Civil abrange, no Título IX, matéria que disciplina o processo nos tribunais. Nesse Título temos uma seção dedicada à ordem dos processos, havendo o preceito a que me referi no início do voto, revelado pelo art. 554. Jamais se colocou em dúvida a constitucionalidade desse artigo, ou se ousou dizer que o legislador do Código de Processo Civil de 1973, na esteira do que acontecera com o Código de 1939, adentrara campo reservado à disciplina, mediante dispositivo do regimento interno. Não vejo como se possa transmudar uma norma de índole nitidamente processual em regimental. Já se disse, até mesmo quando da análise do caso suscitado pela Lei Castilho Cabral, de 1956, editada com dispositivo semelhante ao da Lei 8.906 ora em exame, que somente há campo propício para o ferimento da matéria mediante preceito regimental quando silente a legislação processual. Excluo, por completo, a possibilidade de conferir ao que se contém no inciso IX do art. 7º da Lei 8.906, de 1994, contornos próprios a uma disciplina via regimento interno. Em não se admitindo assim, não teríamos, sequer, – e aqui é indispensável a igualação – a uniformidade de procedimento. Cada tribunal do País poderia dispor, no âmbito da conveniência e da oportunidade reinantes, isoladas e

momentâneas, sobre a melhor ocasião para se passar a palavra ao advogado constituinte, ao defensor da parte. E poderia, até mesmo, determinar de maneira toda própria no que tange ao tempo a ser conferido. Assim não é. Lembro que o direito processual é uno e que a norma referente à sustentação da tribuna objetiva algo que não diz respeito, em si, e propriamente, à atuação do advogado, à atividade por ele desenvolvida, ao engrandecimento dessa atividade, mas a certa disposição da Carta, consubstanciadora do direito de defesa. Os advogados assomam a tribuna almejando tornar prevalente o interesse do respectivo cliente.

Dir-se-á que não temos, realmente, o defeito de forma, como entendo que não temos. Dir-se-á que, no caso, o defeito é de fundo. Como vislumbrar sequer defeito de fundo numa norma processual que amplia o direito de defesa?

Atuo em colegiado há dezesseis anos e já conheci quatro Colegiados mediante participação direta. Iniciei o ofício judicante no Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. Cheguei em 1981 ao Tribunal Superior do Trabalho e em 1990 – já conto quatro anos nesta Casa – ao Supremo Tribunal Federal, atuando hoje concomitantemente no Tribunal Superior Eleitoral. Esses anos revelaram-me um certo mistério no julgamento em colegiado. Ensinaram-me, como ressaltou o Ministro Francisco Rezek, que dificilmente o voto do relator deixa de frutificar. Se fizermos um levantamento, e excluída a participação daqueles que têm espírito irrequieto, vamos constatar que assim o é. Por vezes, prolatado o voto do relator, os demais integrantes do órgão o acompanham até mesmo sem discorrerem sobre a espécie. É a dinâmica dos julgamentos. Por isso, a fala do advogado exsurge com a maior importância, servindo ao esclarecimento de aspectos que possam ter passado despercebidos ao relator.

Outro dado que não pode ser desconhecido é o relativo à elegância com que os advogados chegam à tribuna e sustentam as razões recursais ou as contrarrazões. Os advogados o fazem, é certo, sem o receio de desagradar a este ou àquele magistrado. Todavia, jamais presenciei uma postura de profissional da advocacia agressiva ao julgador. Atritos, mesmo superficiais, não ocorrem – muito menos com profundidade – entre magistrados e advogados. Às vezes, as discussões se fazem entre os próprios integrantes da Corte e, encerrada a sessão, é como se essas discussões não tivessem existido. De qualquer forma, o presidente do órgão julgador tem o poder de polícia, podendo, a teor do disposto no parágrafo único do art. 15 do Código de Processo Civil, advertir o advogado para que não use expressões injuriosas, sob pena de ter cassada a palavra.

Por mais que me esforce, por mais que compreenda a suscetibilidade de determinados Colegas, não posso entender que esse dispositivo contrarie a Lei Básica da República. Há Colegas que veem nos embargos declaratórios uma crítica ao ofício judicante quando os mesmos deveriam ser tomados como colaboração à entrega da prestação jurisdicional, de modo completo, satisfatório e convincente, como requer a Carta de 1988. Revela uma norma heterotópica, porque inserida em um diploma que disciplina uma atividade profissional, e é, na verdade, uma norma processual, a alcançar a revogação do art. 554 do Código de Processo Civil.

Senhor Presidente, vejo com simpatia a possibilidade de o advogado falar após o voto do relator. Não receio qualquer atrito, qualquer incidente considerado esse fato. Muito menos posso dizer que se atrai para o contraditório a participação do juiz, porque na relação processual ele ocupa espaço próprio, distinto daquele reservado às partes e aos representantes processuais. Que diferença faz a concessão da palavra, logo após o relatório e antes do voto do relator ou após este último, além de

elastecer o campo reservado ao exercício do direito de defesa? Em qualquer hipótese, o advogado falará uma vez iniciado o julgamento com a efetivação do pregão e a prática de ato por integrante do Colegiado. Não vejo diferença maior nem, muito menos, empecilho constitucional no deslocamento da oportunidade conferida para sustentação das razões recursais e das contrarrazões. Por mais que me esforce, não consigo distinguir entre a situação homenageante da oralidade e aquela da palavra escrita revelada na interposição de um recurso, no que voltado não a infirmar o voto isolado de um integrante do órgão, mas o provimento por este formalizado. Indaga-se: a protocolação de um recurso, a manifestação de inconformismo diante de uma sentença exsurgem como consubstanciadoras de crítica imprópria ao autor do ato atacado? A resposta é, desenganadamente, negativa. Como, então, dizer que a palavra falada, com as peias da inibição da presença, o é?

Vem-me à memória prática que adotei há muitos anos, em 1978, para fazer frente ao grande número de processos em pauta na Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. Apregoado o processo e feito o relatório, indagava da presença dos advogados e, estando no recinto apenas um deles, consultava o Relator sobre a conclusão do voto e, sendo este harmônico com os interesses a serem sustentados, perguntava ao profissional sobre a concordância em falar após o primeiro voto contrário. Jamais me passou pela cabeça a colocação em risco da majestade colada ao ofício judicante. Nunca um Colega insurgiu-se contra esse procedimento. Ganhávamos tempo e a parte tinha o direito de defesa elastecido, uma vez necessária diante de um voto contrário. Repeti a prática no Tribunal Superior do Trabalho, com grande êxito, e informo que o fiz sem ter ciência do episódio, para mim de triste memória, de 1956.

Tenho o preceito como salutar e, por isso, peço vênia aos Senhores Ministros Relator, Francisco Rezek e ao Ministro Ilmar Galvão para indeferir a liminar pleiteada. Que ocorra, pelo menos, a experiência; que tenhamos, pelo menos, o dia a dia forense sob a égide da norma para, então, adentrar o exame respectivo em face à ambiguidade, das normas desarrazoáveis, a ponto de, com base nessa óptica, chegar à declaração de conflito com a Carta e fulminar o dispositivo que encerra, a meu ver, o robustecimento do devido processual legal, dos meios relativos à defesa tão próprios ao devido processo legal.

Indefiro a liminar.

O inciso prevê o direito do advogado de "sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido". O pedido formulado refere-se à oportunidade da sustentação – após o voto do relator. Reitero o que já tive oportunidade de exteriorizar a respeito, considerada a prática que adotava, inclusive, quando presidia a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Presente apenas o advogado de uma das partes, do recorrente ou do recorrido, costumava indagar se se importava de falar depois do primeiro voto divergente. Não há dispositivo constitucional que revele a incompatibilidade da previsão de a sustentação da tribuna seguir-se ao voto do relator. O tratamento se fará com a isonomia costumeira, falando os representantes do autor e do réu, do recorrente e do recorrido, após ouvirem o voto do relator e terem ideia, em si, do tratamento da matéria, podendo externar não uma crítica ao que veiculado, mas razões que talvez mesmo levem a

uma evolução. Com a grande carga de processos, por vezes os relatórios não são minuciosos e o profissional da advocacia acaba surpreendido com o resumo feito. Como o voto do relator é, na maioria das vezes, o condutor do julgamento, tem-se que a audição dos advogados, para colher os dos demais integrantes do órgão, mostra-se até mesmo salutar. Julgo improcedente o pleito formulado, esclarecendo que, na apreciação da medida acauteladora, apenas se declarou o prejuízo desta última e não da própria ação direta de inconstitucionalidade.

h) *§ 3º do art. 7º*

Eis como votei, em relação a essa parte do pedido:

> Senhor Presidente, peço vênia ao nobre Relator para manter o dispositivo com plena eficácia.
>
> Entendo que, em se tratando de magistrado, em caso de desacato, tem ele meios para afastar, até mesmo do recinto, o profissional da advocacia, não sendo necessário, portanto, chegar à prisão em flagrante, relativamente a um delito afiançável.
>
> Indefiro a liminar.

O pedido diz respeito à íntegra do teor do § 3º:

> § 3º O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

Mais uma vez, consigne-se que a prisão temporã demonstra exceção, encerrando a Carta da República o princípio da não culpabilidade até haver decreto condenatório precluso na via recursal. Ora, o dispositivo atacado se coaduna com o arcabouço normativo em vigor, no que restringe a prisão em flagrante aos casos reveladores da prática de crime inafiançável e determina que, então, deva haver a comunicação prevista no inciso IV do art. 7º à OAB e a lavratura do auto, presente representante da classe. Julgo improcedente o pedido formulado.

i) *§ 4º do art. 7º*

No julgamento do pedido de concessão de liminar, assim me manifestei:

> Senhor Presidente, penso que a matéria está circunscrita apenas ao campo da conveniência. Não vejo conflito com a Carta.
>
> Indefiro a liminar.

Também aqui o pleito alcança todo o parágrafo:

> § 4º O Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados, com uso e controle assegurados à OAB.

Trata-se de prática já observada e que tem como escopo viabilizar eficaz assistência jurídica e judicial aos constituintes dos profissionais. O controle assegurado à OAB está restrito ao uso. Se este ocorre, tudo recomenda que haja

disciplina e esta há de vir, sob o ângulo da responsabilidade, do órgão de classe. Julgo improcedente o pedido.

j) *inciso II do art. 28*

A cabeça do artigo consigna que a advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as atividades enumeradas nos diversos incisos e, aí, no inciso II, estão arrolados os membros de órgão do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos Juizados Especiais, da Justiça de Paz, os juízes classistas bem como todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta. Atacam-se as expressões "membros de órgãos do Poder Judiciário"; "dos Juizados Especiais"; "da Justiça de Paz". A proibição segue a ordem natural das coisas. Tudo recomenda que membros de órgãos do Poder Judiciário, dos Juizados Especiais e da Justiça de Paz não advoguem, não exerçam atividade própria dos advogados. A possibilidade de fazê-lo conflita com a preservação do próprio Judiciário, no que há de ser instituição acatada pelos cidadãos em geral. Afigura-se apropriado o princípio do terceiro excluído, tão caro à problemática da verdade, em seu sentido maior, à teoria do conhecimento. Em síntese, ninguém deve concentrar a qualidade de membro dos órgãos referidos e, mesmo assim, atuar como profissional da advocacia, ainda que em causa própria. Julgo improcedente o pedido formulado.

l) *artigo 50*

Também em relação a esse aspecto, assim me pronunciei:

> Senhor Presidente, o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou que tivemos, durante trinta e um anos, preceito idêntico em pleno vigor, e jamais se articulou a inconstitucionalidade em relação a ele. Continuo muito preocupado com o conflito que surge entre magistrados e advogados. Penso, de qualquer forma, que não se faz presente um dos pressupostos da concessão da liminar.
>
> Não vejo risco em manter-se com plena eficácia o ato normativo até que a Corte aprecie a ação direta de inconstitucionalidade no julgamento final.
>
> Peço vênia ao nobre Relator para indeferir a liminar.

Eis o teor do artigo:

> Art. 50. Para os fins desta lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da administração pública direta, indireta e fundacional.

Impugna-se a expressão "cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório". O direito de petição está consagrado na Carta da República. No caso, cogita-se de requisição pelo fato de a Ordem dos Advogados do Brasil ser uma autarquia corporativista, integrando a administração indireta. Entendo que o preceito não alcance peças cobertas pelo sigilo constitucional. Julgo improcedente o pedido.

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, observo o seguinte: quanto aos Juizados Especiais, esta norma do Estatuto está revogada, porque lhe são posteriores. Quanto ao art. 9º da Lei 9.099, foi declarado constitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não alcancei a observação. Pediria a Vossa Excelência apenas um pouco de paciência para explicar-me a razão.

O estatuto é de 1994 e a Lei, de 1995.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Foi declarado constitucional o art. 9º da Lei dos Juizados Especiais.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Que dispensa a presença dos advogados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: No caso da Lei 10.059, que é de 2001, mais recente ainda.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Quanto a esta, diz-se que há uma ação direta de inconstitucionalidade, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Dar-se-ia a inversão, abandonando-se a ordem natural das coisas. Já não pode sequer haver a inversão porque foi declarada constitucional em processo objetivo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: E a ADI 1.539, Relator Ministro Maurício Corrêa, de 24-4-2003, *DJ* de 5-12-2003.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, percebo a observação e não posso deixar de reconhecer a plena procedência.

No caso, houve um diploma posterior, a Lei 8.906, de 1994, dispondo em sentido diverso ao contido nessa lei, e ocorreu a revogação tácita. O Tribunal, em processo objetivo, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, proclamou a constitucionalidade. Fiquei vencido?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Juizado Especial. Leio a ementa:

> 1. Juizado Especial. Lei 9.099/1995, art. 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes.

Na ata consta: ausente o Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Fui salvo pelo gongo, mas quase sempre primo pela coerência, já que o computador é único.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): De fato, também no julgamento anterior, Vossa Excelência tinha se manifestado exatamente na mesma linha.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator):Temos, realmente, o prejuízo, Excelência.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Então, prejudicado com relação aos Juizados Especiais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: De qualquer sorte, Senhora Presidente, observo que esta cláusula que diz que o advogado é imprescindível à justiça é uma típica garantia institucional, e assim compreendida ao longo do tempo, tanto que é secular o reconhecimento da possibilidade de impetração de *habeas corpus*, a questão da revisão criminal, sem a participação do advogado.

De modo que não me parece – aí seria uma involução – consagrar essa orientação. É claro, evidente, necessário que haja essa participação sempre que possível, mas veja que há o bom exemplo da Justiça Trabalhista neste sentido de permitir-se, sim, e oxalá, que haja essa participação livre, ou condições de prover também a participação de advogados, especialmente no caso da assistência judiciária reclamada. Parece-me que esse é um modelo, especialmente dos Juizados Especiais e, agora, dos Juizados Especiais federais, exitoso, e também informam os observadores da cena judiciária que aqui também está havendo, sim, uma participação efetiva dos advogados. Na verdade, os advogados estão tendo uma participação, só que não é compulsória.

Essa lei é marcada por este aspecto, quando a lemos em todo o contexto, com as vênias devidas ao ilustre Advogado José Guilherme Vilela que aqui esteve, é uma dessas leis.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Gilmar Mendes, não há necessidade de refutar o voto que proferi, porque está em segundo plano, está prejudicada a matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não estou refutando o voto de Vossa Excelência. A consideração é muito mais ampla. Se tivesse que refutar, refutaria. Vossa Excelência sabe disso!

Mas é uma das leis infelizes, no sentido de uma lei de perfil corporativo de querer criar – já discutimos esse outro aspecto aqui – reservas de mercado, não é necessário. O que está a ver, hoje, nos Juizados Especiais federais é uma participação ampla dos advogados a despeito de a lei não impor essa participação.

É importante frisar que, aqui, diante dessa exigência do texto constitucional, que tem de ser valorada, estamos diante de uma garantia institucional que pode ser modelada.

Temos a feliz história do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. Recentemente, julgamos uma revisão – salvo engano – de crime hediondo provocado por um preso. Ora, isso mostra a importância dessa construção nessa modelagem institucional.

Por isso que me parece que esse experimentalismo institucional que se faz, a partir da própria atividade legislativa, é extremamente positiva. Agora, mesmo quando – vamos ressaltar bem – o legislador dispensa a participação do

advogado, ele tem tido uma participação muito ativa como indicam os testemunhos aqui da experiência no âmbito dos Juizados Especiais federais.

Portanto, independentemente da prejudicialidade da questão em relação aos Juizados Especiais, gostaria de frisar essa natureza institucional que permite, sim, ao legislador essa construção.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Minha dúvida seria se as leis dos Juizados Especiais também tivessem dispensado o advogado no processo criminal condenatório. Mas, não dispensou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O mais interessante é que a lei posterior, que cuidou dos Juizados federais, tem o seguinte dispositivo:

> Art. 8º As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP (aviso de recebimento em mão própria).
>
> § 1º As demais intimações das partes serão feitas na pessoa dos advogados ou dos Procuradores que oficiem nos respectivos autos, pessoalmente ou por via postal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Daqueles que oficiem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Daqueles que oficiem.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vierem a oficiar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): "Procuradores que oficiem", e aqui se colou uma especificidade a essa referência, a procuradores, em se tratando, portanto, de pessoas jurídicas de direito público.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, quero filiar-me às ponderações do Ministro Gilmar Mendes e dizer que todas essas considerações, muito justas já do ponto de vista metajurídico, também encontram suporte na interpretação do próprio art. 133, porque o alcance da cláusula final "nos limites da lei", a meu ver, não pode ser restringido apenas ao segundo membro da oração, isto é, não diz respeito apenas à inviolabilidade, mas também à indispensabilidade e, pois, às duas qualidades: tanto a indispensabilidade quanto a inviolabilidade devem ser observadas nos limites da lei. Tal norma retira da Constituição a competência legislativa subalterna para estabelecer esses limites.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Antes que o faça o advogado que está na tribuna, segue-se o art. 10 da Lei a que me referi:

> As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Marco Aurélio, penso na linha do voto originário de Vossa Excelência, sem a ressalva.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E a convicção permanece.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Penso que a Constituição fez da advocacia uma função – na linguagem dela, Constituição – essencial à justiça que, evidentemente, aí, não é Poder Judiciário, também não é valor filosófico ou valor

da justiça. Justiça aí é, no rigor dos termos, jurisdição, prestação jurisdicional, capacidade de dizer o direito. Coerentemente com essa essencialidade da advocacia no plano da função jurisdicional, disse o art. 133, de modo absolutamente coerente, que o advogado seria indispensável à administração da justiça. Ainda uma vez o substantivo "justiça" como perfeito sinônimo de jurisdição.

De maneira que a ressalva que se contém na parte final do art. 133, "nos limites da lei", peço vênia ao Ministro Cezar Peluso para dizer que se refere exclusivamente ao tema da inviolabilidade. Sem extensão, portanto, à primeira oração que versa o tema da indispensabilidade da presença do advogado no mister estatal genuinamente jurisdicional. É por isso que o advogado, no seu *munus* privado – todos nós dizemos isso –, presta uma função pública. Se a jurisdição é função pública genuína, virginal e depuradamente pública, e o advogado é essencial à prestação dessa atividade estatal, é porque ele coexerce uma função pública. E a dignidade da advocacia está exatamente nessa adjutória coparticipação. Daí por que a Constituição fala quatorze vezes de advogado, parece que três vezes de advocacia, numerosas vezes de Conselho Federal da Ordem. Nenhum outro conselho federal mereceu, da Constituição, uma única menção.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não pode ser esse o critério hermenêutico para discutir o tema.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas é evidente que estou extraindo da própria Constituição Federal esse apreço pela Ordem dos Advogados, pela advocacia, e isso há de pautar os nossos critérios interpretativos. Como não?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Presidente, parece que estamos todos de acordo que, quanto aos Juizados Especiais, a ação direta de inconstitucionalidade está prejudicada.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Agora, aí, sim, concordo com Vossa Excelência, aliás, o Ministro Relator também já concordou.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Precisa-se saber se, retirada essa expressão "qualquer", o que restaria?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Esse "qualquer" inclui a Corregedoria. Ninguém poderá dirigir-se à Corregedoria da Justiça sem advogado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas é evidente que o sentido é jurisdição, no plano da jurisdição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Qualquer órgão do Poder Judiciário. Nem precisa ser jurisdicional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Qualquer órgão. O direito de petição tem de ser exercido perante o Judiciário.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Levado ao pé da letra, nem para a secretaria pode. Não pode chegar ninguém lá para pedir uma certidão!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Dá-se uma interpretação conforme para deixar claro que isso é prestação jurisdicional; é no plano da jurisdição, apenas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Refere-se ao Judiciário, enquanto, evidentemente, investido do ofício judicante, não a órgão administrativo desse Poder. Devemos considerar também a referência à postulação, que aqui tem ligação íntima com o próprio processo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O Ministro Marco Aurélio já votou quanto à impugnação a "qualquer"?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sim. No tocante ao vocábulo "qualquer", mantenho intangível o preceito, esclarecendo que o tomo no sentido compreendido pela norma – de se dirigir, pleiteando, ao próprio órgão, enquanto investido e enquanto representante de parte.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, estaremos superando, então, o entendimento hoje vigente para a Justiça do Trabalho, para o próprio *habeas corpus*, para a própria revisão criminal, porque tudo isso passará a ter a necessidade da capacidade postulatória específica. Parece-me que isso, além de ser extremamente grave, é um brutal retrocesso diante de uma norma de garantia institucional típica.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Quanto ao *habeas corpus*, o Plenário decidiu, no HC 67.390, que o seu caráter, que tende a uma ação popular, não foi afetado pela Constituição. E também quanto à revisão, HC 72.981.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Também quanto ao art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Qual é a ação direta de inconstitucionalidade?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não me lembro do número da ação direta de inconstitucionalidade, mas recordo que fiquei vencido, no Plenário, quando o Tribunal concluiu pela constitucionalidade e pela recepção.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Há um dado lógico a excepcionar a obrigatoriedade da presença do advogado em processo de *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro Sepúlveda Pertence, Vossa Excelência fez referência à ADI 1.539?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: ADI 1.539.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Penso que o Tribunal afirmou, textualmente, que esta indispensabilidade não é absoluta.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Por isso, declarou constitucional o art. 9º.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Teve que firmar a premissa de que não seria absoluta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente sob o fundamento de que essa norma constitucional do art. 133 não tem caráter absoluto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Exatamente como consequência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A inviolabilidade não tem caráter absoluto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas a norma que está sendo impugnada retira este caráter relativo da indispensabilidade.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Creio que a solução dada na cautelar resolve o problema: foi a interpretação conforme para excluir do campo de aplicação da norma pequenas causas, Justiça do Trabalho, Justiça de Paz – acrescentaria –, *habeas corpus* e revisão criminal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E as postulações administrativas todas que hoje se multiplicam.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Postulações administrativas, parece claro que não foram atingidas: assim, o direito de o funcionário requerer férias ou o caso dos corregedores, aventado pelo Ministro Cezar Peluso. Neste caso, é direito de representação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Diante do espírito normativo que norteou esse texto.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Entendo que, em matéria de *habeas corpus*, a questão não se põe por um dado lógico: como o *habeas corpus* se destina a garantir a liberdade de locomoção, o caso concreto se pode dar num contexto em que a parte não tinha, sequer, condições de se deslocar para contatar um advogado.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas, Ministro Carlos Britto, da forma como está redigida a lei, está revogado o dispositivo do Código de Processo Penal. Qualquer postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário, incluindo o *habeas corpus*.

VOTO
(Sobre o inciso I do art. 1º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, a minha primeira intenção seria pedir vista das duas ações diretas de inconstitucionalidade, porque a matéria é complexa, estou chegando, agora, ao Tribunal e isso demandaria, realmente, uma análise um pouco mais aprofundada. Mas não há tempo.

Com relação a essa primeira questão, parece-me que já se vislumbra uma certa prejudicialidade, pelo menos no que diz respeito aos Juizados Especiais. Este é um ponto com relação ao qual não há possibilidade de retrocesso.

Data venia, já tenho uma posição acerca dessa questão: em primeiro lugar, comungo com o eminente Ministro Carlos Britto no sentido de reconhecer que a indispensabilidade do advogado no que diz respeito à administração da Justiça é de caráter absoluto, ou seja, não se pode restringir a presença do advogado em qualquer ato judicial. É uma garantia institucional, como disse o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Quer me parecer, porém, eminente Ministro Cezar Peluso, que apenas a inviolabilidade "por seus atos e manifestações no exercício da profissão," – última frase depois da vírgula do art. 133 – é que está limitada pela lei, e que pode, eventualmente, sofrer uma limitação por parte do legislador ordinário.

Entretanto, Senhor Presidente, não vou tão longe a ponto de exigir, de obrigar a presença do advogado em todos os atos jurisdicionais. Até porque, como foi aventado, aqui, existem precedentes importantes que são historicamente relevantes: o pleito direto do reclamante na Justiça do Trabalho, o *habeas corpus* e a revisão criminal, nos quais também é possível a postulação direta do interessado. Existem, pois, precedentes importantes, que permitem ao legislador ordinário, em benefício da celeridade, da informalidade e da oralidade, restringir ou até dispensar a presença do advogado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência diz, então, que o preceito é de caráter relativo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida, relativo no seguinte sentido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, porque, senão, todas essas normas perderam o fundamento de validez.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eminente Ministro Cezar Peluso, o que não é possível é proibir a presença do advogado, impedir, obstaculizar. É preciso deixar bem claro isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é proibir, não. Ninguém está sustentando isso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O que eu afirmo – e nesse sentido peço vênia para afirmar isso com todas as letras, filiando-me à posição do eminente Ministro Carlos Britto – é que essa indispensabilidade do advogado não pode ser restringida por lei alguma; esta é uma garantia institucional de caráter absoluto. O que se pode, na verdade, é dispensar a presença do advogado em determinados atos judiciais. O que não se pode, repito, é proibir a sua participação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso ninguém sustentou, Ministro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Quanto a isso não há dissenso. Até eu dizia que a experiência indica o contrário: nos Juizados Especiais Federais, a despeito de não haver a exigência, há, hoje, uma presença inequívoca.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Claro, porque o advogado contribui decisivamente para a celeridade.

Com essa afirmação, Senhora Presidente, entendendo que está em parte prejudicada a questão em face do precedente desta Corte; no que diz respeito a esta outra parte mais abrangente, julgo procedente a ação.

VOTO
(Sobre o inciso I do art. 1º)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, entendo que este precedente não é ilimitável. Faço referência ao acórdão na ADI 1.539, anteriormente mencionada pelo Ministro Cezar Peluso, cuja ementa diz:

> Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado (...)

São exatamente aquelas hipóteses mencionadas anteriormente, especialmente as da Justiça do Trabalho, da revisão criminal e do *habeas corpus*.

Estou de pleno acordo com a afirmação do Ministro Cezar Peluso de que não é absoluta a assistência do profissional.

Julgo prejudicada em parte, no que diz respeito aos Juizados Especiais, e pela procedência, exatamente, como votou o Ministro Cezar Peluso.

É nesse sentido o meu voto.

VOTO
(Sobre o inciso I do art. 1º)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, acompanho totalmente o eminente Ministro Relator, ou seja, também considero que houve prejuízo em parte e, no mais, sou pelo julgamento da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO
(Sobre o inciso I do art. 1º)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, com o devido respeito, prejudicado em parte e, no residual, pela procedência.

VOTO
(Sobre o inciso I do art. 1º)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, também eu, com as considerações já feitas, fico com a divergência.

VOTO
(Sobre o inciso I do art. 1º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, no julgamento cautelar, limitei-me a entender inconstitucional a norma com relação aos juizados de pequenas causas, hoje, na verdade, absorvidos pelo Juizado Especial, de causar até vinte salários mínimos, quando incide a dispensa do advogado. Neste caso é norma posterior e a ação está prejudicada.

No mais, peço vênia ao eminente Relator para entender que não é absoluta a vedação ao legislador de dispensa da participação do advogado em determinadas causas, claro, sujeita essa dispensa a juízo de razoabilidade e de proporcionalidade.

Nesses termos, também acompanho a divergência: julgo, em parte, prejudicada a ação e procedente quanto à expressão "qualquer" com essa interpretação que o Tribunal tem dado.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, acompanho integralmente o Relator.

Entendo que o legislador ordinário foi até muito parcimonioso, porque a imunidade profissional é absolutamente indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente esse múnus público importante de que é revestido, que a Constituição lhe garante.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, acompanho o Relator.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, por ocasião do julgamento da medida cautelar, concedeu-se a liminar no que se referia ao termo "desacato", por entender-se que, para admitir a impunidade do desacato, seria mister revogar os dispositivos que dão ao juiz poder para assegurar a ordem e manter o decoro na audiência, de ordenar que se retirem da sala de audiências os que se portarem de maneira inconveniente, de dirigir os trabalhos, de exortar advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.

Os Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves, bem como o Presidente, Ministro Octavio Gallotti, foram bem além: votaram no sentido de suspender toda a expressão: "(...) não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele".

Um dos argumentos foi o de que, com essa norma, cria-se uma situação de desigualdade entre o juiz e o advogado, pois este fica imune, inclusive perante o Judiciário, relativamente a possíveis injúrias, difamações e desacato, ao passo que aquele responde criminalmente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Se for um juiz recatado, ele não será desacatado.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Inclino-me pela confirmação da cautelar na extensão mais reduzida, só relativa ao desacato.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, partilharei com os eminentes Colegas uma perplexidade. Na discussão anterior, pude afirmar o seguinte: o que a Constituição admitiu foi limite quanto à inviolabilidade do advogado.

Está dito, no art. 133, que o advogado é inviolável no exercício da profissão, nos limites da lei.

O § 3º do art. 1º do Estatuto da Ordem dispõe que, no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações – até aí coerente com a Constituição –, nos limites desta lei. Só que a lei não trouxe limite. Apenas disse que o advogado é inviolável por qualquer ato, qualquer manifestação. O advogado não comete os crimes de injúria, difamação e desacato, *in verbis*:

> § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte (...)

Parece-me que esse dispositivo tornou absoluto o que a Constituição fez relativo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O Tribunal tem assentado que isso deve ser interpretado *cum grano salis*.

Assim decidimos, por exemplo, no Inq 1.674, do então Advogado-Geral da União, vale dizer: manifestação que guarde pertinência com a discussão da causa. Também, no mesmo sentido, o RHC 80.536, em que fui relator do *habeas corpus* e redator do acórdão no inquérito.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se for para interpretar com essa moderação, tudo bem.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Agora, excluo o "desacato" porque é incompatível com a própria autoridade dada, obviamente, ao juiz, na presidência dos atos processuais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas a presunção é que haja atividade profissional harmônica com a ordem natural das coisas, com os parâmetros reinantes, e que, atuando no processo, o advogado não o faça para desacatar o magistrado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: agora, se formos presumir sempre que ninguém, tal ou qual categoria, não cometerá tal crime, é inútil a incriminação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora, sabemos que há magistrados acometidos de "juizite" que poderão tomar qualquer ato por parte do advogado como desacato e lhe dar ordem de prisão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Também não tem tanto advogado na cadeia por desacato.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Bem, se for para interpretar o dispositivo na linha do Inq 1.674, debaixo dessa cláusula do *cum grano salis*, não vejo inconveniente.

Para não deixar passar em branco, o Estatuto da Ordem trocou a palavra "inviolabilidade" por "imunidade", e sabemos que imunidade tem caráter processual, ao passo que inviolabilidade tem caráter material.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Isso é discussão terminológica.

De ampla "cidadania" no Brasil é a expressão "imunidade material".

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas a própria Constituição distingue, a propósito de parlamentar, inviolabilidade de imunidade, para conferir caráter processual à imunidade e caráter material à inviolabilidade.

Só para não deixar passar em branco uma crítica, mas é muito lateral e não tem maior significado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, eu gostaria de pedir um aparte ao eminente Ministro Carlos Britto, dizendo o seguinte:

Realmente, entendo que houve uma limitação à inviolabilidade porque o dispositivo em questão poderia ser muito mais amplo; poderia, por exemplo, dar imunidade com relação ao crime de desobediência, art. 330; ou de calúnia, como já aventado aqui. De maneira que houve uma restrição nos termos da legislação ordinária.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas tinha uma redação tão em aberto.

Com essas ressalvas, acompanharei o voto do Ministro Joaquim Barbosa, com a divergência.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, também mantenho a decisão da cautelar, com a ressalva da interpretação dada no inquérito em relação aos outros dois, até porque, desconsiderado, teoricamente, o delito de desacato, está desconsiderada a autoridade do juiz no exercício da função jurisdicional.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, também, com a ressalva, acompanho o eminente Ministro Joaquim Barbosa.

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ficaram vencidos, também, os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que suspendiam o preceito, quanto às três figuras criminais. Há menção às três figuras criminais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Se pudesse, até, atuar no campo da simples conveniência, da simples pedagogia, manteria o preceito. O que não consigo perceber é o conflito com o art. 133 da Constituição Federal, a não ser que se diga que o dispositivo não é razoável. O art. 133 remete a lei. Veio, então, a lei prescrevendo dessa forma.

Não vejo a falta de razoabilidade, porque o valor maior protegido é, justamente, a atuação independente, sem receio de ter-se reação exagerada por parte daquele que seja destinatário de palavras mais rigorosas.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, tenho dúvidas, até, de que a inviolabilidade parlamentar – que é mais ampla, e compreende a calúnia, por exemplo – cubra um desacato material ao presidente de uma casa legislativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Partimos, então, para o "não-me-toques".

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, Ministro, tudo tem limite.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É questão de preservação da autoridade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não se preside uma sessão se não houver autoridade. Tem-se de suportar injúria, difamação, mas desacato...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Nesse caso, estamos partindo da ideia de que há uma garantia institucional, a qual há de ser funcionalmente pensada no âmbito do Poder Judiciário. É o juiz que preside, portanto, não pode sofrer de eventual desacato. Esse limite é material, decorre do próprio modelo constitucional. Não se trata de nada arbitrário.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): É elemento de funcionabilidade.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, mantenho também a posição tomada no julgamento cautelar, para julgar procedente a ação quanto à expressão "desacato".

VOTO
(Retificação)
(Sobre o § 3º do art. 2º e o § 2º do art. 7º)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, em face dos argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence, vou ajustar o meu voto no mesmo sentido, destacando o vocábulo "desacato".

VOTO
(Sobre o inciso II do art. 7º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, julgo improcedente também porque não vejo inconstitucionalidade nesta expressão.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Esse é aquele caso em que o Tribunal tinha suspendido.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Suspendeu.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Acompanhada de representante da OAB.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A diligência de busca e apreensão a ser acompanhada de representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Fora suspensa, por maioria, esta expressão: acompanhada de representante da OAB.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É um ato, sem dúvida alguma, extremo, excepcionalíssimo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O que me impressiona neste caso é apenas a hipótese de a Ordem, comunicada, não comparecer.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Estará totalmente ineficaz qualquer investigação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Se ele não comparece, há um desinteresse da Ordem; ele recusa-se a comparecer e, então, o ato se efetiva.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Penso que isso deveria ficar explicitado; não se pode obrigar a Ordem, o que se exige é a comunicação prévia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Aqui, entende-se que seja de início. Podemos explicitar no voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O que me preocupa é a questão de, na verdade, tornar ineficaz a própria busca e apreensão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se der conhecimento antes.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A busca e apreensão têm a eficácia de dar conhecimento à Ordem?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Esse é o grande problema de todas as medidas.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): *Inaudita altera parte* não existe mais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas aí vamos presumir o excepcional – que aquele integrante da Ordem, designado pela Ordem, comunicará

a diligência, para frustrá-la, ao profissional que, por isso ou por aquilo, esteja sendo investigado. Podemos julgar a partir da presunção do excepcional?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas a lei cobre exatamente os casos possíveis, ainda que sejam excepcionais.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Na verdade, essas medidas são tomadas de imediato.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: De imediato e em sigilo, para que tenha alguma eficácia. Vai submeter à Ordem?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Foi o que disse no voto. Se houver esse extravasamento, se houver uma prática à margem do Direito, merecerá excomunhão maior. Então, que se parta para a responsabilização daquele integrante da Ordem que, designado para acompanhar a diligência, acabe frustrando essa mesma diligência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Na verdade, haverá uma tramitação desse expediente pela Ordem, desde o contínuo que a recebe, ou o secretário que abre a carta. Não precisamos supor que seja o presidente da Ordem ou o secretário, mas, a rigor, sabemos como isso ocorre.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Imagino que a comunicação se fará em caráter confidencial.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Estamos a ver interceptações telefônicas feitas em caráter confidencialíssimo transcritas nos jornais todos os dias.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estamos no campo da conveniência, da oportunidade, e não no da inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, é da efetividade da medida, da viabilidade de uma medida jurisdicional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Da medida jurisdicional. Frustração do exercício da função.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Temos discutido aqui e já houve discussão inclusive quanto à dimensão da busca e apreensão. Temos sido severos no que diz respeito à chamada busca e apreensão em aberto e já censuramos isso aqui, exatamente por conta dos abusos perpetrados em torno da medida assecuratória. De qualquer forma, neste caso, há possibilidade de que essa medida não se efetive, não se realize.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É uma formalidade que passa a ser essencial à valia do ato desde que, evidentemente, a Ordem indique e não silencie.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O vazamento pode partir do promotor, do escrivão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nós temos aqui problema de ordem prática também: se se estabelece que seja comunicado em horário próximo do

cumprimento da diligência, a Ordem também pode invocar depois que não teve tempo suficiente para destacar alguém.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Cria-se uma nova nulidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Cria-se aí um contraditório no cumprimento do mandado, na avaliação da sua legalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Depois teremos a discussão sobre a prova ilícita aqui obtida.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pois é. Isso vai criar um contraditório a respeito da avaliação da ilicitude da prova.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O parâmetro de controle, na verdade, é a funcionalidade do Poder Judiciário.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É uma mutilação do poder jurisdicional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Porque, na verdade, é limitação. Estamos de acordo quanto à necessidade de limitação quanto a essas buscas e apreensões em branco e estamos todos preocupados com isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso se evidencia por si mesmo, nos termos das decisões e do seu cumprimento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Como também censuramos aquela busca e apreensão à brasileira que também estava se realizando com fiscais, Ministério Público, polícias.

O Sr. Ministro Eros Grau: Prefiro correr o risco da prova, a relativizar essa garantia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas há outras profissões que também têm sigilo profissional. Por que só para os advogados?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Conforme a lei complementar de redação legislativa deve tratar de um campo específico. E aí é o Estatuto da Advocacia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ou seja, há aí, de certo modo, um tratamento desigual, porque há outras categorias que também estão cobertas pelo sigilo constitucional e que poderiam invocar a mesma necessidade.

O Sr. Ministro Eros Grau: Pois que venha uma lei para tratar disso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas aqui está cifrada o âmbito de atuação dos advogados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso tem um outro fundamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Reconheçamos que essa busca é um ato extremo, não é?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Excepcional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A privacidade do próprio cliente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso vale para todos os sigilos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ministro, não vejo como, se a medida de busca e apreensão – não raro – tem a sua eficácia condicionada ao sigilo a que a pessoa seja pega de surpresa. Nós vamos avisar à Ordem que será feita uma busca e apreensão do advogado?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Por isso que a ordem é concedida *inaudita altera parte*.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Exatamente, é tornar totalmente ineficaz.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ainda que frequentemente se façam acompanhar de acompanhantes muito mais ostensivos, como caminhões de rede de televisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ninguém está a subscrever toda essa sorte de anomalia que se tem verificado. A maior delas é a transcrição, nos jornais, de resultados obtidos de interceptação telefônica.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Por isso é que digo que o risco da comunicação ao advogado não se pode limitar à Ordem, porque não é a Ordem nem uma outra instituição que permite o vazamento de documentos colhidos sob o sigilo de Justiça e que, no dia seguinte, estão nos jornais. É claro que isso parte do próprio aparelho estatal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Na medida em que houver esse tipo de comunicação – já se falou que até por isonomia –, outras Ordens, a de Contabilistas e outros profissionais igualmente qualificados pudessem reivindicar um tratamento assemelhado, nós teríamos de ter esse tipo de comunicação. E há esse risco.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas essas categorias não têm uma proteção constitucional, como tem a advocacia.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Já basta o contraditório que estabelecemos no campo, em matéria de reforma agrária.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Claro que declarada a sua constitucionalidade, penso que ficará implícito, ou, se o Tribunal entender, explícito, que é dado ao executor do mandado tomar todas as providências, por exemplo, não identificando o escritório.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sem identificar o destinatário da diligência.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): O alvo da busca e apreensão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aí compatibiliza o exercício da função com os riscos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Nem o alvo da diligência nem o processo a que se refere a diligência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Perdão, mas não sei como se faz se não se indica o local aonde vai.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não indica o local. A Ordem é que, quanto à diligência de busca e apreensão, tem de mandar representante para acompanhá-la.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Simplesmente comunica à Ordem que uma diligência será efetivada e que ela designe alguém para acompanhar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Penso que o Ministro Joaquim Barbosa está com vontade de pedir vista neste caso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não! Eu estou disposto a evoluir no meu voto no sentido de julgar constitucional o dispositivo sob reserva de interpretação no seguinte sentido: desde que a comunicação à Ordem seja feita sem identificação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, mas aí temos um voto de desconfiança em relação à Ordem. É preferível fulminarmos o preceito. Trata-se de um voto de desconfiança.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: É porque eu conheço muito bem o meu País e também as corporações.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, o advogado alvo da busca e apreensão pode ser o presidente da Subsecção da Ordem.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Cabe ao juiz recusá-lo como acompanhante.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu imagino, na verdade, a tramitação de uma correspondência dessa como nós conhecemos muito bem; não se trata dos órgãos responsáveis pela instituição maior, mas imagino que o próprio trato burocrático dessa correspondência.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas não se trata de correspondência, Ministro Gilmar Mendes.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas é isso que sabemos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Aqui temos de fazer uma rigorosa ponderação de valores. De uma parte, o Ministro Celso de Mello lembra muito bem que as prerrogativas da advocacia estão imbricadas com direitos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Esta, particularmente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É muito forte essa, uma coisa implicando outra. Agora, se tomarmos como parâmetro de constitucionalidade o inciso XI do art. 5º, também citado pelo Ministro Celso de Mello, vamos restringir o poder do magistrado, porque aqui não há restrição, pois diz "por determinação judicial", pronto, sem nenhum limite.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E essa norma agora impugnada fortalece, reforça a carga protetiva do indivíduo na medida em que estão imbricados a prerrogativa do advogado e os direitos dos seus assistidos, dos seus constituintes.

Os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa trazem à tona uma preocupação que considero muito relevante: e se essa comunicação ao representante da Ordem significar mesmo uma frustração da medida judicial?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Estaríamos raciocinando com o excepcional, o extravagante, o teratológico.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nós também estamos raciocinando com o extravagante, no sentido de que os juízes permitem abusos no cumprimento dessas diligências.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não! É uma formalidade, como há no Código de Processo Penal, de, não estando o morador no local, convocar o vizinho para presenciar a diligência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Como, também, o advogado poderá pedir a presença da Ordem no seu escritório quando se verificar a busca e apreensão.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Colegas, creio que a matéria está discutida; o Ministro Joaquim Barbosa manifesta desejo de pedir vista?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Com relação a este dispositivo, sim.

VOTO
(Antecipação)
(Sobre o inciso II do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, peço licença ao eminente Ministro Joaquim Barbosa para, se não puder mais ouvi-lo desta bancada, antecipar o meu voto, que é pela improcedência, com uma explicitação já contida no voto do Relator: a de que o âmbito material dessa inviolabilidade do escritório não elide, sobretudo em matéria de comunicações, o art. 5º, XII, da Constituição, inclusive com relação ao advogado – relativo à comunicação de dados ou comunicações telefônicas – até porque eu não sei o que é "busca e apreensão de comunicação telefônica".

E há mais: que não violam essa prerrogativa da profissão os cuidados necessários a não comprometer a eficácia da diligência.

Acompanho o Ministro Marco Aurélio, com essas explicitações.

É nesse sentido o meu voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Com essa explicitação, estou de acordo em acompanhar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quanto à explicitação, penso que nem o Ministro Joaquim Barbosa vai querer pedir vista, porque estão preservadas as condições de efetividade e eficácia da ordem judicial.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Qual é o teor da explicitação? Quanto ao inciso XII, tudo bem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sem prejuízo das providências necessárias para preservar a eficácia da medida.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): E quais seriam essas providências?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se o juiz entender necessário, para evitar, não comunicar quem seja, o local etc.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não sei como alguém vai acompanhar uma diligência se não souber o endereço.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Convoca para um certo lugar para acompanhar o oficial de justiça em uma diligência de busca e apreensão contra o escritório de advocacia.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Então, é bom deixar bem claro, pois esta é uma sentença aditiva.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): É voto com explicação, *modus operandi.*

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Eu tenho dúvida até quanto às comunicações telefônicas e de dados, se o caso aqui não é de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É inconstitucional segundo o voto de Vossa Excelência na assentada passada.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Isso é o art. 5º, XII, da Constituição. E o advogado não pode pretender-se absolutamente imune.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Na verdade, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, de maneira brilhante, coincide com a proposta que fiz. Trouxe algumas achegas com relação ao art. 12.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O que o Ministro Sepúlveda Pertence está colocando é outra questão, a discussão que tivemos, na assentada passada, quanto ao inciso XII, porque aqui fala em "arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins".

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A ressalva já está, bem clara, no voto do Relator.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Está no voto, embora isso, a rigor, não seja nem objeto – penso – da ação direta, mas é uma ressalva necessária à leitura do dispositivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Na verdade, aqui seria a declaração de inconstitucionalidade parcial, não tem nem ressalva, pois, a rigor, não comporta sentença aditiva, teria de ser eliminada do texto.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas, seria parcial.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ministro Sepúlveda Pertence, nessa explicitação feita por Vossa Excelência, estaria também incluída a possibilidade de negativa da Ordem de comparecimento?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Outra coisa em que me parece que estamos de acordo é que, se cientificada com os cuidados e a urgência que o caso possa requerer, a Ordem não comparecer, não se torna ilícita a prova.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Creio que essa explicitação é importante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Consignei, no voto – com acatamento parcial da sugestão do Ministro Sepúlveda Pertence –, que:

> A formalidade estará suplantada a partir do momento em que a Ordem, instada em caráter confidencial, deixe de proceder à indicação quando então, sem ela, será realizada a diligência.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Só vejo uma dificuldade de ordem burocrática. Primeiro, se insta a Ordem para indicar alguém, e, depois, se comunica à Ordem que a pessoa indicada deverá comparecer tal dia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, ela não indica, ela silencia.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Estou imaginando que ela não silencie. Então, teríamos, num segundo momento, a indicação de que o representante da Ordem deve comparecer ao fórum tal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. Já comunica que será feita uma diligência e o representante da Ordem deverá comparecer.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: E nada daquelas contagens de prazo que, se for comunicado na sexta-feira, a OAB só está obrigada a mandar na segunda-feira.

O Sr. Ministro Eros Grau: Estamos regulamentando o preceito.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Sim, estamos regulamentando. É voto com manual de instruções.

O Sr. Ministro Eros Grau: É o voto legislativo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É o que se chama de modulação expletiva no processo interpretativo.

O Sr. Ministro Eros Grau: Estamos tratando isso como se fosse uma prerrogativa, um privilégio do advogado. Não é nada disso. Não voltarei ao art. 133 porque o Ministro Carlos Britto já o mencionou. Essa é uma garantia da cidadania. O advogado é um mero instrumento. Perdoem-me, fiquei em silêncio até agora, mas estou me lembrando de uma coisa que aprendi no início da minha vida: dizia-se em Latim *de minimis non curat praetor*. Estamos entrando em detalhes que, *data venia*, não tem sentido. Não podemos tomar isso como um privilégio do advogado. Isso é um garantia da cidadania.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas não é *de minimis*, com o devido respeito, apurar um crime. Estamos tentando compatibilizar os dois valores: a eficácia do sistema penal e as prerrogativas.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas não podemos fazer isso como o legislador positivo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Porque há um outro valor aí, um valor imbricado. Não há dúvida. Ministro, estamos dando a nossa leitura do dispositivo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É uma modulação interpretativa do tipo expletivo. Penso que não há demasia nisso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Talvez eu tenha sido meio expletivo, agora, me perdoem.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhora Presidente, talvez cheguemos ao meio-termo: a formalidade estará suplantada a partir do momento em que a Ordem, instada em caráter confidencial e com as cautelas próprias, deixar de proceder à indicação. Quer dizer, cientificada com as cautelas próprias.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ou resguardado o sigilo da diligência e a sua eficácia.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Com as cautelas próprias para não frustrar a eficácia da diligência.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): A eficácia da medida.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Para a garantia do sigilo e da eficácia da diligência.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A obrigação aqui é de comunicar à Ordem. Se ela não comparece, evidentemente o óbice foi superado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Fico pensando, nos grotões, como vão fazer para observar esse regulamento todo. Se houver dois advogados e se um deles for o presidente da subsecção da Ordem...

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Penso que é menos difícil nos grotões do que na capital. Creio que não existe mais grotão com tão pouco advogado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Hoje já não existe mais; nos grotões, já há Faculdade de Direito.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Indago aos Colegas se todos estão de acordo com essa fórmula construída nesta sessão? Penso que o Tribunal adiantou bastante defendendo uma prerrogativa e, ao mesmo tempo, estabelecendo os limites necessários à funcionalidade do sistema judiciário.

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência julga improcedente? Referiu "sob pena de nulidade"?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sim, mantenho. Digo que a cominação é uma exigência inerente à concretude da formalidade e à respectiva observância, porque, na prática, não se observará.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É, com a mesma ressalva.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É só para a lavratura.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas, aqui, pelo que percebo, está-se conferindo ao advogado uma prerrogativa superior à de que gozam os parlamentares.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não é necessária a presença de representante da OAB para decretar a prisão em flagrante, e, sim, para lavrar o auto.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Aí é coautoria.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sei, mas vamos deixar bem claro isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso é mais do que se assegura aos parlamentares.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Exatamente. É mais do que se assegura aos parlamentares, que podem ser presos em flagrante, em caso de crimes inafiançáveis. Aqui, não há essa ressalva.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas isso sempre foi assim.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas não é isso que estou dizendo. A prisão em flagrante se faz sem a presença do representante da OAB. Agora, quando da lavratura do auto, aí é necessária a presença.

O Senhor Ministro Eros Grau: O preceito diz que é na lavratura.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não é mais, porque temos, em relação ao parlamentar, o caráter linear do preceito. Aqui, há alusão apenas a ato ligado ao exercício da advocacia.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ministro Marco Aurélio, como foi feito no julgamento da cautelar, Vossa Excelência exclui a expressão "sob pena de nulidade"?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não. Já a esta altura, entendo que, sem a cominação, ter-se-á formalidade inócua, que não será observada, e o auto será válido de qualquer forma.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Certo. Então, a improcedência é integral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, o § 2º do art. 53 da Constituição diz:

> Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Tivemos aquele caso em que – penso – o Ministro Sepúlveda Pertence foi Relator da Câmara Distrital.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não se pretende a remessa à Ordem, para que ela resolva quanto à prisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Só faltava isso, uma sentença aditiva, Ministro Marco Aurélio! Porque mais já se deu em relação a esse dispositivo. É uma conformação que desborda por completo. Não sei como está no Estatuto da Magistratura.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Prisão por qualquer motivo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Eu sei, mas não pelo exercício profissional, algo ligado ao exercício profissional.

O Sr. Ministro Eros Grau: Aqui é diferente.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, hoje, nós ressalvamos da declaração de constitucionalidade o desacato.

O Sr. Ministro Eros Grau: Permitir-me-ia fazer uma indagação: se o advogado for preso praticando um furto, não se aplica? É única e exclusivamente por motivo ligado ao exercício da advocacia. Volto a dizer: isso é, mais uma vez, a expressão do art. 133 da Constituição.

A mim parece que a situação é muito específica e está coberta pelo art. 133.

VOTO
(Sobre o inciso IV do art. 7º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, também entendo, *data venia*, que a história brasileira é pródiga em exemplos, lamentavelmente, de perseguições a advogados. Saímos, recentemente, de um período de exceção, no qual os advogados eram perseguidos. Nos rincões brasileiros mais afastados, também há perseguição de advogados. Realmente, o advogado tem uma situação diferenciada, *data venia*, com relação a juízes, promotores, procuradores públicos; está na linha de frente da defesa da cidadania. O dispositivo constitucional é uma garantia de que o advogado preso, em razão da profissão, não sofra arbitrariedade, tenha a presença de um colega que acompanhe o flagrante e possa evitar alguma violência policial ou da autoridade de plantão. Creio ser isso muito importante.

Antecipo, pois, o meu voto. Não vejo, com a devida vênia, nenhuma inconstitucionalidade nesse aspecto e penso, também, que esta expressão "sob pena de nulidade" é uma sanção para tornar efetiva a norma, caso o advogado não esteja presente.

Acompanho o Relator.

VOTO
(Sobre o inciso IV do art. 7º)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, peço vênia ao Relator e aos Ministros que o acompanham, para manter a cautelar. Extraio apenas a expressão "sob pena de nulidade".

DEBATE

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Aquela figura absolutamente inútil, na práxis policial, que é o curador, no flagrante, cuja falta acarretava a nulidade. Sabíamos que o "porta de xadrez" que se encontrasse mais próximo assinava o auto como curador...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Esse é um lado da moeda, há o outro lado que também conhecemos e temos vários *habeas corpus*, envolvendo advogados partícipes de crimes, inclusive da criminalidade organizada. E não é um problema do Brasil; é um problema, hoje, que preocupa o mundo, em matéria de lavagem de dinheiro e tudo mais. Portanto, só para que fiquemos no mundo da realidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Penso que estamos preocupados em demasia. Isso é condição apenas da lavratura do auto, não da prisão. Prendeu! Chama o advogado e lavra o auto. Qual é o problema? Não vejo problema algum aí.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É uma exigência para a lavratura do auto.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É claro, também, aqui, que a omissão da Ordem elide a nulidade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O flagrante tem tempo, deve ser imediatamente comunicado ao juiz.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O não comparecimento: inoportuno e voluntário.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O auto é lavrado na delegacia. Nesse momento, é preciso a presença do advogado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não pode esperar, indefinidamente, pela presença da Ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que não vamos conseguir evitar.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Em relação à objeção que aqui se fez de que o parlamentar não tem esse privilégio, eu diria que o Senado, também, não tem subsecções no Brasil inteiro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Com todas as vênias de estilo, obviamente, só lembrei com um argumento, mas, a rigor, longe de mim querer comparar as situações até porque as atividades são ontologicamente diversas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Beirando a regulamentação, aditei o voto:

> Julgo improcedente o pedido formulado, consignando a valia do auto de prisão em flagrante caso a Ordem, devidamente comunicada, não se faça presente em tempo razoável.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eminente Ministro Celso de Mello, além do mais, os parlamentares só podem ser presos em flagrante por crime inafiançável, que não é o caso aqui.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Aqui, também, essa exigência da Ordem: os afiançáveis serão simplesmente comunicados à Ordem.

A fiança, hoje, é a coisa mais obsoleta que existe.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Aqui está dito?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É o § 3º.

VOTO
(Sobre o inciso IV do art. 7º)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, Senhores Ministros, observem que o dispositivo impugnado foi duplamente cauteloso.

Primeiro, deixou claro tratar-se de prisão em flagrante por motivo ligado ao exercício da profissão. Isso significa que, realmente, não é um privilégio de caráter pessoal, mas uma prerrogativa de caráter profissional; é no exercício da profissão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ministro, com toda a simpatia, permita-me um aparte? Temos casos, aqui, nas Turmas, todos os dias – eu mesmo já fui Relator –, em que se discute se o advogado estava atuando como tal ou se era partícipe de uma organização criminosa. Quem há de saber fazer essa linha lindeira?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas há um reforço aqui, há uma segunda cautela.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas, na dúvida, opto por prestigiar a prerrogativa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, tudo bem, mas são casos concretos que temos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A presença é exigida para o momento da lavratura do auto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É só para que não se iluda com as palavras da lei.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Ministro Cezar Peluso fez, outro dia, uma distinção muito inteligente e procedente entre privilégio, que teria caráter estritamente pessoal, e prerrogativa, que tem caráter funcional. Aqui, trata-se, realmente, de prerrogativa funcional.

Adianto o meu voto, acompanhando o Relator.

VOTO
(Retificação)
(Sobre o inciso IV do art. 7º)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, com o adendo feito pelo eminente Relator, com as cautelas acrescidas a seu voto, tenderia a acompanhá-lo.

VOTO
(Sobre o inciso IV do art. 7º)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, com as ressalvas já feitas, também acompanho o eminente Relator, uma vez que incorporou essas observações aqui ressaltadas.

Observo que, diante de dois ou três casos em que estamos a fazer adições, estamos a criar, na verdade, uma nova técnica de decisão, que são as sentenças aditivas ou manipulativas do Direito italiano.

VOTO
(Sobre o inciso IV do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, também acompanho o eminente Relator, com as adições de seu voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello, o preceito não exige inspeção prévia, credenciamento por parte da Ordem, basta a constatação de não estar o advogado recolhido onde deveria e, aí sim, haver base para chegar à real facilidade ao afastamento do quadro.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso deve valer para todo mundo, Ministro. Como é que vamos discriminar a sociedade? Alguns merecem e outros não? Isso vale para todos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O que me causa espécie nesse dispositivo é "instalações condignas a juízo da OAB".

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: No mais, tem-se atendido em *habeas corpus* à falsa sala especial.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não precisa o reconhecimento da Ordem, é o Poder Judiciário que faz esse reconhecimento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nisso não está o problema, mas, sim, em conceder poder típico da administração pública à Ordem dos Advogados.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Adiro à colocação de Vossa Excelência. Julgo improcedente o pedido formulado, sem que se possa compreender a norma como a exigir...

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência adotaria essa redação, excluindo o "assim reconhecido"?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, mas aí se julga procedente e é a posição diametralmente oposta aos fundamentos por mim lançados para chegar à improcedência, com o detalhe: foi deferida a liminar, neste caso?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Foi, e pela minha nota, por votação unânime. Vossa Excelência objetou contra a pertinência, mas ficou vencido. A nota que tenho é que a decisão foi unânime.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): De início, suspendi, mas, agora, evoluo para julgar improcedente o pedido.

VOTO
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, neste caso, peço vênia para discordar do eminente Relator.

Realmente penso que a administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado, da administração pública. Aqui, estaríamos, de certa maneira, colocando a prisão do advogado – que tem de ser em instalações com comodidades condignas – ou a submetendo ao alvedrio da OAB.

Pelo meu voto, eu estaria julgando procedente a ação para declarar inconstitucional a expressão "assim reconhecidas pela OAB", porque, realmente, no caso de o advogado ser detido em instalações não condignas, a OAB, com toda certeza, recorrerá ao Judiciário, que corrigirá a situação.

Essa garantia já constante do corpo desse dispositivo é suficiente para garantir que o advogado fique detido em condições compatíveis com o seu múnus público.

VOTO
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Senhor Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, acompanho o Relator.

Para mim é muito claro o que diz o preceito:

> (...) em sala de Estado-Maior com instalações e comodidades condignas (...)

Não em qualquer sala, mas em sala de Estado-Maior.

Quero observar também uma imensa contradição apurada quando se coloca em aplicação esse preceito. Um advogado que tiver cometido um crime bárbaro é beneficiário dessa prerrogativa. Mas se ele for preso, por exemplo, como depositário infiel, em uma execução fiscal, não gozará dessa prerrogativa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, é em qualquer situação.

O Sr. Ministro Eros Grau: Podemos deixar claro isso?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Estamos inteiramente de acordo com a exigência de instalação condigna etc; a objeção é a esse filtro da OAB que, de

certo modo, a admitir é uma falta de solidariedade da OAB com o seu filiado, porque a opção é prisão domiciliar.

PRELIMINAR

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, leio no Código de Processo Penal:

> § 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial este será recolhido em sala distinta do mesmo estabelecimento.
>
> § 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo atendidos os requisitos de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

A norma impugnada vai muito além. Se caminharmos para a supressão da expressão "assim reconhecidas pela OAB", o dispositivo terá a seguinte redação: Não ser recolhido o preso antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Ou seja, a alternativa é muito mais generosa do que aquela prevista.

O Sr. Ministro Eros Grau: Lei especial e lei geral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Uma discussão que travamos na Segunda Turma é que, em geral, se diz não haver sala quando se aponta a existência de salas, e isso gera uma controvérsia fática.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, concluo o meu voto pela supressão da seguinte expressão:

> Assim reconhecidas pela OAB e, na sua falta, em prisão domiciliar.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Mais extenso que o voto do Ministro Ricardo Lewandowski?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mais extenso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ao Código de Processo Penal.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas a redação que acabo de ler já é a nova.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Sem dúvida.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Reformulo nesse sentido, sem dúvida. Julgo prejudicada.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o art. 295 é norma geral. E estamos cuidando, aqui, de uma norma especial.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ela também não tem caráter geral. Em relação a outras modalidades de prisão, ela tem caráter especialíssimo, porque só se aplica a portadores de diploma de curso superior. Esse é o problema.

O Sr. Ministro Eros Grau: Embora essa possa ser especial em relação à outra.

O Sr. Ministro Eros Grau: Ela é especial em relação a esse preceito do Código de Processo Penal, embora o preceito do Código de Processo Penal possa ser especial em relação ao todo do Código; é a relatividade desse conceito.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Guardarei reserva, porque o argumento da lei especial com relação aos magistrados não cabe, pois os magistrados estão referidos no art. 295. Vão para o alojamento mesmo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ministro Joaquim Barbosa, então Vossa Excelência considera prejudicada, nesta parte, a ação?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Julgar prejudicada seria uma solução mais drástica do que a preconizada inicialmente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E, suplantada a preliminar, como vota Vossa Excelência?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Por enquanto, manterei o meu voto original.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Joaquim Barbosa, permite uma ponderação? Se tirarmos daqui, conforme sugerido por Vossa Excelência, "a prisão domiciliar", supondo que em algum rincão mais afastado do País não se encontre instalação cômoda e condigna para o advogado, não se teria esta última opção.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): No caso concreto, não há ataque à transformação da prisão verificada em domiciliar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Gostaria de ponderar o seguinte: para evitar a necessidade de uma construção jurisprudencial, estou pugnando justamente para que nós mantenhamos a prisão domiciliar aqui, porque a própria lei dará a solução. Nós tiramos apenas o "assim reconhecido".

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não há impugnação à transformação. Não existe pedido nesse sentido. Pretende-se unicamente a exclusão da cláusula a critério da Ordem dos Advogados do Brasil, assim reconhecidas pela Ordem dos Advogados do Brasil. É o que se ataca; apenas isso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Está perfeito.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Realmente a solução proposta pelo Ministro Celso de Mello me parece a melhor neste caso. Se não há esse ataque, evoluo para entender que há a prejudicialidade, no caso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ou seja, que a situação há de ser disciplinada pelo Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 10.258/2001.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente):Vamos colher os votos relativamente à preliminar suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa.

VOTO
(Sobre preliminar)
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, entendo que não está prejudicado, por ser uma lei especial.

VOTO
(Sobre preliminar)
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, *data venia*, entendo que está prejudicada. Aliás, o § 5º do art. 295 está tratando de preso especial. O caso é de um preso especialíssimo. Temos presos comuns e presos especiais. É uma classe. Agora, dentro dela, destacamos, ainda, mais um, especialíssimo.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É que é uma legislação que estabelece, em favor dos chamados presos especiais, certas faculdades não reconhecidas, ou seja, o direito – digamos – a visitas mais frequentes.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas o Ministro Sepúlveda Pertence, pelo *caput*, mostrou que os magistrados vão para a cadeia comum.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Mas, se nos ativermos a essa literalidade, vejam bem: os magistrados não terão direitos, os membros do Ministério Público terão, porque estes não estão mencionados nominalmente no elenco do art. 295. Os defensores públicos não estão mencionados no elenco do art. 295.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas são compreendidos como tais.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: É injustificável.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não prerrogativas profissionais *lato sensu*, mas *stricto sensu* do advogado, então, o caráter especial do dispositivo me parece flagrante.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Por que não dos médicos, dos dentistas?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas eu insisto nesse aspecto: quem está submetido ao risco é o advogado cotidianamente, em razão da profissão; ele está no "*front*". O espírito da lei é no sentido de proteger aquele que tem maior risco.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O magistrado também não?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, ele não está sob risco de prisão permanente arbitrária.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Então, Vossa Excelência está dizendo que a profissão do advogado é a mais dada à prática de delito? Tenha a santa paciência!

VOTO
(Sobre preliminar)
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, de acordo com a proposta do Ministro Celso de Mello, na linha do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

VOTO
(Sobre preliminar)
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, também julgo não prejudicada a ação.

VOTO
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, quanto ao mérito, confirmo a cautelar.

VOTO
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, esse dispositivo – inciso V do art. 7º do Estatuto da OAB – tem, a meu aviso, cinco núcleos semânticos. Votarei em cima de cada um deles, pois estão todos imbricados.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Mas só se impugna a expressão "assim reconhecidas pela OAB".

O Sr. Ministro Carlos Britto: Só foi esse o objeto?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Só esse é objeto da ação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Esse é um dos núcleos semânticos. Mas, na verdade, decidimos, sobre esse núcleo posto em xeque, a partir dos outros, pois está tudo imbricado.

O que diz a norma? "Não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado" – primeiro núcleo; segundo: "senão em sala de Estado-Maior (...)".

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aplicamos o primeiro núcleo para todo mundo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso. Agora: "(...) com instalações e comodidades condignas (...)" – a partir de um juízo subjetivo, porque Estado-Maior é juízo objetivo. Qual é o juízo subjetivo? – "(...) assim reconhecidas pela OAB (...)".

Não vejo nenhuma inconstitucionalidade nisso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Está usurpando o poder típico da administração pública: decidir sobre a habitabilidade das construções.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas a administração pública tem de edificar suas prisões, seus cárceres, com observância das regras.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Nunca se deu à entidade respeitabilíssima, mas uma entidade de classe, esse poder.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: De conceder "habite-se"!

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: De conceder "habite-se" a prisão de advogado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Poder de conceder "habite-se", dizer isso mesmo, se pode ser ocupado, ou não, o imóvel.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A meu ver, esse juízo emitido por uma instituição do porte da OAB dá dignidade, dá significação à proteção que aqui se contém.

Acompanho o Ministro Relator, sem restrições.

VOTO
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, *data venia*, confirmo a liminar quanto à expressão.

VOTO
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, com o Ministro Ricardo Lewandowski.

VOTO
(Sobre o inciso V do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, acompanho o Ministro Ricardo Lewandowski, *data venia*.

VOTO
(Sobre o inciso IX do art. 7º)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, estava examinando e já há algum tempo tinha na memória o fundamento da decisão que falava no autogoverno dos tribunais ou que a matéria estaria submetida ao regimento interno.

Parece haver aqui outra razão importante. Claro que estamos diante do direito ao contraditório e à ampla defesa em sentido ampliado, amplíssimo, só que focado agora como se fosse apenas voltado para uma prerrogativa da

advocacia. Aí, parece-me que esse conceito, pelo menos enquanto a tradição histórica puder mostrar uma certa linearidade, está associado exatamente a um amplo contraditório e a uma ampla defesa antes do julgamento.

Daí a idiossincrasia, a singularidade desta opção. É evidente que este é um conceito a comportar eventuais modulações, nós sabemos, por ter esse perfil de garantia institucional. Tanto é que discutimos se aceitamos ou não a sustentação oral nos agravos regimentais, em suma, há normas que limitam a sustentação oral, em que medida ela integra esse conceito em toda a extensão, mas não vamos aqui aprofundar esse debate. Hoje, na verdade, somos – e devemos nos felicitar por isso – bastante abertos à sustentação oral, até nos processos objetivos, vide o exemplo do *amicus curiae*, mas me parece que há essa premissa básica. Quer dizer, ao se fazer o redesenho deste modelo do contraditório e da ampla defesa – pois é disto que estamos a falar –, parece que, na verdade, se está a distorcer este modelo de garantia institucional, tal como tem sido praticado entre nós, tal como tem sido concebido desde o velho "joão-sem-terra", *audiatur et altera pars*, para que se faça o julgamento. Essa é a norma de organização e procedimento até aqui desenvolvida.

Depois, teríamos tantos tumultos – fazendo agora considerações de índole prática –, porque certamente terá de se deferir isso também ao Ministério Público, por exemplo. Então, na verdade, estamos a fazer uma reestruturação de todo este modelo de forma muito grave.

Digo que estava desconfortável quando apelava apenas para o argumento das normas de caráter regimental, porque temos, pela tradição, tratamento dessa matéria também nas leis processuais. Mas na verdade estamos aqui a falar do próprio conceito de contraditório e ampla defesa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Da função do contraditório no devido processo legal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Exatamente.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Aliás o Ministro Francisco Rezek tratou bem dessa questão, por ocasião da medida cautelar, dizendo que há uma degeneração do contraditório.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por isso me parece ter havido uma concretização do legislador indevida.

Se me permitissem, já encaminharia a minha manifestação neste sentido, para confirmar a liminar.

VOTO
(Sobre o inciso IX do art. 7º)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, apenas para avivar um pouco mais a discussão, trago à baila trechos do voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek por ocasião do julgamento cautelar:

Tenho como principal tópico da Constituição, a recomendar o atendimento do pedido do Procurador-Geral, o princípio do contraditório, aquele que historicamente vem ditando as regras fundamentais do processo. Por quanto tem sido sua interpretação ao longo de décadas, é sabido que o contraditório se estabelece entre as partes, entre os que litigam, entre os que contendem ante o juízo. Não há um contraditório a se estabelecer oralmente com o magistrado.

(...)

Quando se deseja que a intervenção do advogado, na defesa de um dos litigantes, venha a produzir-se oralmente depois do voto do relator, o que se está a fomentar é mais uma forma variante de recurso. As estatísticas comprovam-no: o voto do relator é na maioria dos casos a decisão, acaso modificada após o debate.

O que se estaria a instituir é uma hipótese extravagante de quase-recurso, a agregar-se ao rol copioso de recursos que fazem da nossa sistemática processual uma caricatura aos olhos do resto do mundo.

Por generosa que tenha sido a intenção do legislador, por válido que tenha sido seu propósito de estender ainda mais o já superlativo limite de abertura e transparência dos trabalhos judiciários, penso que esta norma que o Procurador-Geral hoje ataca degenera o ritual do processo, afrontando, no mínimo, os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Na linha desse voto, entendo patente a violação do art. 96, I, além da ofensa ao princípio do contraditório, como já sublinhado. Por outro lado, penso não ser excessivo afirmar, como já disse, parafraseando o Ministro Francisco Rezek, que o contraditório se estabelece entre as partes que litigam, não entre uma das partes e o magistrado.

Relembro, ainda, aos ilustres colegas, um fato que demonstra a natureza bizarra dessa norma atacada e o absurdo nela contido: perante as cortes constitucionais e supremas mais prestigiosas do planeta, o advogado não tem acesso sequer às discussões, ou seja, à deliberação. Uma vez ultimadas as sustentações orais perante essas cortes, seus respectivos membros recolhem-se em sessão secreta e tomam as decisões.

A meu ver, aqui estamos exacerbando em demasia, como asseverou o Ministro Francisco Rezek, a transparência exigida pelo texto constitucional.

Portanto, mantenho a decisão cautelar pela inconstitucionalidade.

VOTO
(Sobre o inciso IX do art. 7º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, também estou um pouco perplexo com relação às questões ora discutidas neste Plenário. Entretanto, diante das intervenções que precederam o meu voto, tendo a acompanhar o entendimento do eminente Ministro Francisco Rezek no sentido de confirmar a liminar. E o faço pelos seguintes motivos:

Em primeiro lugar, estou convencido, também, que o contraditório se estabelece entre as partes. Caso se estabeleça com o Relator, isso poderá causar uma inversão tumultuária do procedimento.

Em segundo lugar, vejo nesse dispositivo, tal como está redigido, uma certa contradição até de ordem lógica, porque sustentar oralmente as razões de qualquer recurso pressupõe que essa sustentação se faça antes da oferta da prestação jurisdicional. Não me parece que haja sentido fazer-se uma sustentação após ofertada a prestação jurisdicional.

Mantenho a liminar para considerar inconstitucional a expressão "após o voto do relator".

VOTO
(Sobre o inciso IX do art. 7º)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, desejaria, antes de mais nada, fazer uma remissão ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, quando se discutiu a cautelar, apontando um defeito de origem: a inadequação da sede do preceito, que certamente não haveria de estar no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, mas nas leis processuais. Isso como reverência ao princípio da unidade da decisão do colegiado – que me parece extremamente relevante a ser considerada – e da igualdade das partes.

Com base nessas observações, voto no sentido da procedência da ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO
(Sobre o inciso IX do art. 7º)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, estamos cuidando de sustentação oral, e, de fato, ela é a expressão do contraditório na sua oralidade. Não há como negar isso. É até o clímax do contraditório oral no âmbito do devido processo legal. Mesmo atingindo esse ponto mais alto, não deixa de ser contraditório, e é claro que o contraditório antecede o julgamento.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não acha Vossa Excelência que, a pensar assim, deveríamos proibir o relator de trazer um voto escrito? Ele só deveria pronunciar-se depois do contraditório.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Excelência, quero dizer que o julgamento, na linguagem de Pietro Virga, é o ato central e conclusivo de todo o processo judicial, entendido o processo judicial como aquela sucessão cronística de atos que são verdadeiras fases no processo. Esse julgamento, precedido do contraditório, há de corresponder àquele momento em que o juiz, o julgador – mesmo o colegiado – tem de estar sozinho.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E os embargos declaratórios?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas aí já é *a posteriori*, já está no caráter do recurso. Então, o julgador tem de estar sozinho, já liberto da fase do contraditório. É o momento solitário quando o juiz se posta no que se convencionou chamar de "tribunal da sua própria consciência".

Por isso, entendo que, realmente, a sustentação oral há de se fazer antes do voto do relator, porque o julgamento propriamente dito começa com esse voto. Interpenetrar os momentos do contraditório e do julgamento me parece desnaturar a estrutura lógica do julgamento.

Acompanho a divergência para confirmar a liminar, pedindo as vênias de estilo ao eminente Relator.

VOTO
(Sobre o inciso IX do art. 7º)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, foi feliz o Ministro Francisco Rezek quando se reportou ao modelo histórico do devido processo legal, isto é, à concepção do devido processo legal à luz da história.

Ora, a menos que daqui para frente formulemos conceitos novos a respeito, seria necessário recuperar a função do contraditório na estrutura do devido processo legal, tal como o adotamos segundo esse modelo histórico.

As funções básicas do contraditório são duas. A primeira delas: o juiz, por definição, é o profissional da ausência; quer dizer, é aquele que tem por profissão o não ter estado presente ao fato, àquilo que já ocorreu. O contraditório serve, sob este ponto de vista, para permitir que as partes tentem convencer o juiz, com os materiais historiográficos que o sistema jurídico autoriza, sobre a existência ou a inexistência do fato. Tal função, está claro, é de preparar o julgamento.

E a segunda função do contraditório é justificar o efeito prático da coisa julgada enquanto vincula as partes. Ou seja, não seria justo, numa concepção civilizada do processo, que aqueles que sofrerão as consequências do julgamento não pudessem ter oportunidade de colaborar no processo de formação do convencimento do magistrado.

Tudo isso significa que o contraditório tem por função básica preparar o julgamento como tal. Ora, a mim me parece que permitir que se fragmente e se rompa a unidade do julgamento, criando incidente dentro do julgamento colegiado, de certo modo distorce a função do contraditório. Desse ponto de vista justifica-se a observação, de certo modo ácida, do Ministro Francisco Rezek, ao notar que, aí, se estabeleceria contraditório com o julgador, a título de um quase-recurso.

Isso enfraquece o princípio, porque há tendência de distorcer o mecanismo processual, à medida que poderia levar, dependendo da experiência, os patronos a atenuarem ou relaxarem as razões do recurso na suposição de que, se o relator não adotar razões, aí expostas, terão oportunidade de deduzir outras, ou de dar novas razões após a manifestação do relator. Isso debilita o material perante o relator e cria dificuldades de ordem prática.

A justificação teórica respeitável dessa norma se obscurece um pouco diante do fato de que, nos julgamentos colegiados, em geral, aqueles que não têm acesso direto aos autos o têm mediante cópia de todo o material. Ou seja,

a intervenção após o voto do relator não é alguma coisa que sirva apenas para ilustrar os magistrados que não têm acesso aos autos. Eles o têm, quando necessário, ou por esclarecimento do relator, ou por pedido de vista, ou por realização de diligência, ou pelo acesso a esse material prévio fornecido, de modo que é dispensável a intervenção após o voto do relator.

E mais: criaria outra dificuldade de ordem prática, nos tribunais em que, na maioria dos casos, quem tem acesso aos autos não é apenas o relator, mas o revisor também. E a pergunta é: por que não autorizar, sob a mesma *ratio*, a intervenção após os votos do relator, do revisor, e após, eventualmente, o voto dos outros membros do tribunal? Se a razão é trazer dados novos para o julgamento, a meu ver seria mais razoável e mais consequente que a cada voto o patrono pudesse intervir para estabelecer, com cada julgador, uma espécie de contraditório a título de ilustração, de esclarecimento, ou de subsídio. Apenas a intervenção após o voto do relator, baseado no fato de que o relator traz o voto normalmente por escrito, também despreza a circunstância de que – pelo menos é meu hábito e, de resto, verifico ser também o de todos os demais ilustres Ministros – dar a atenção necessária aos argumentos empregados durante a sustentação oral e responder a esses argumentos, quando haja respostas prontas e convencimento prévio. E, em muitos casos, pede-se adiamento quando o advogado, na sustentação oral, traz argumentos que não foram imaginados pelo relator.

Não encontro justificação nem razoabilidade nessa proposta que, a meu ver, distorce a estrutura do contraditório na função de preparar o julgamento.

Razão por que peço vênia ao eminente Relator e acompanho a divergência, para manter a liminar.

VOTO
(Sobre o inciso IX do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, reporto-me ao voto que proferi na ADI 1.105 e, apenas para documentação de uma convicção de novo massacrada pelo Tribunal, eu me permitirei incluí-lo nas notas taquigráficas.

Reporto-me integralmente ao voto no qual, é certo, me ocupei mais do argumento da inconstitucionalidade formal, porque a matéria seria de natureza regimental. Mas vejo hoje que o Tribunal deu mais atenção ao problema do contraditório. Confesso, porém, que não alcanço onde estaria comprometido o contraditório nessa regra que, apenas para mim, é uma opção legislativa com a qual, ou sem a qual, o contraditório passa incólume.

Vou reproduzir meu voto e acompanho o eminente Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O recorrido falaria, após o relatório, em primeiro lugar!

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 7º)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, acompanho o Relator, desde que a leitura que se venha a fazer deste dispositivo seja atrelada à solução que já foi dada ao inciso IV.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Aliás, era a solução encontrada por ocasião da medida cautelar: deferir ainda em parte o pedido de liminar para dar ao § 3º do art. 7º a interpretação de que o dispositivo não abrange a hipótese de crime de desacato à autoridade judiciária.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O inciso IV do art. 7º tem a seguinte redação: ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, para a lavratura do respectivo auto, sob pena de nulidade nos demais casos. É esse o dispositivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E julgamos improcedente o pedido, pelo menos mencionei, e acrescentamos: consignando a valia do auto de prisão em flagrante caso a ordem devidamente comunicada não se faça presente em tempo razoável. Quer dizer, permanece de pé. A remissão não ficou prejudicada.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Com a interpretação e os aditivos que impusemos quando do julgamento do inciso IV.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): O curioso é que este § 3º, Ministro Sepúlveda Pertence, diz respeito a delito inafiançável. E, no acórdão da medida cautelar, se dispôs que a interpretação desse dispositivo não abrange hipótese de crime de desacato à autoridade judiciária.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, essa foi a solução cautelar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas são conciliáveis.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Que, tanto quanto me consta, não é inafiançável.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É afiançável.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): E o § 3º só diz respeito a caso de crime inafiançável.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, aí permite.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas aí quanto à inviabilidade, controlabilidade.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Não faz sentido essa referência.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Mas, na cautelar, se entendeu que o desacato à autoridade judiciária permitia o flagrante.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Não se está fazendo. Estou tentando entender por que se fez isso na cautelar.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Nos próprios fundamentos com que julgamos inconstitucional a imunidade com relação ao desacato: é preciso pôr ordem no "furdunço" em que a audiência se tenha transformado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A meu ver, está restringindo o alcance do art. 5º, LXI, que não faz distinção nenhuma.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Basta ordem fundamentada da autoridade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Basta haver flagrante de um delito qualquer, seja afiançável ou não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas a prisão em flagrante é uma questão de prova, de obtenção de prova.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pelo menos há termo circunstanciado. O problema é recolher a prova.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, mas não para todos os crimes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O que se está dizendo no § 3º é que o advogado somente poderá ser preso em flagrante por motivo de exercício da profissão – há uma condição aqui –, em caso de crime inafiançável. Isso no § 3º do art.7º

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Então? Está restringindo o alcance do inciso LXI, ao qual basta haver crime para legitimar prisão em flagrante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas ela, *a contrario sensu*, autoriza a prisão em flagrante em qualquer modalidade de delito.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que adense a proteção.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É, mas penso que o legislador, aí, abriu mão de uma formalidade, porque, no caso dos delitos de menor potencial ofensivo, há formalidade substitutiva que serve de prova para os fins de tratamento mais benigno nesse tipo de delito. Mas, no caso, está excluída qualquer possibilidade. Não há nada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas perde-se a oportunidade de fazer a prova do delito.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O inciso LXI do art. 5º contém uma regra geral e contém exceções. A regra geral é: ninguém será preso. Essa norma ordinária, aqui, está reforçando o comando inicial de que ninguém será preso. Não poderia fazer é ampliar a exceção, que é a segunda parte do comando do inciso LXI. O que está sendo prestigiado é o comando central: ninguém será preso. Não se está ampliando a exceção, "salvo" – não se está fazendo isso no § 3º do art. 4º do Estatuto da Ordem.

Então, essa proteção que chamei de *plus* protecional, protetivo, me parece rimar perfeitamente com o sentido da Constituição, inciso LXI do art. 5º.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, entendo que há necessidade de conciliação com o que já decidimos aqui em relação a um outro dispositivo, do qual excluímos o desacato.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Mas o desacato não é inafiançável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O desacato foi versado em outro inciso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Foi versado e suprimido.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ali foi por conta da imunidade. Era a abrangência quanto à ideia de não configurar.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Chama-me a atenção o fato de que, na cautelar, a decisão foi no sentido de dar interpretação para o dispositivo não abranger a hipótese de crime de desacato à autoridade judiciária.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Como são tantos dispositivos examinados nesta ação, é possível que, no exame da cautelar, tenha sido feita a reunião deles. Porque o desacato, tanto quanto sei, não é delito inafiançável.

O Sr. Ministro Carlos Britto: São conciliáveis. Uma interpretação sistemática preserva o núcleo significante dos dois dispositivos.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Só na competência da Justiça Federal: pelo menos esse tem sido o entendimento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Já há pronunciamentos entendendo que houve modificação para concluir-se a definição do crime de menor potencial ofensivo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Na Primeira Turma, as últimas decisões têm sido em sentido contrário.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Acompanho o Relator.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 7º)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, continuo em dúvida; mas, em caso de dúvida, voto *pro libertate*. Neste caso, vou fazer uma concessão.

VOTO
(Sobre o § 3º do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, demonstrou-se que, no atual estágio do direito brasileiro, o problema do desacato perdeu o sentido. Então, acompanho o eminente Relator.

VOTO
(Sobre o § 4º do art. 7º)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, não tenho divergência pelo seguinte motivo: entendemos que o advogado é inviolável. Essa inviolabilidade se estende ao escritório e ao local de trabalho, portanto, deve-se

estender, também, às salas que os advogados têm nos foros, nas delegacias de polícia e em outros locais.

Se nós entregarmos, porventura, o controle ao diretor do foro, ao delegado de polícia, ou a outra autoridade, essa garantia ficaria minimizada, porque, a qualquer tempo, eles poderiam ingressar nessas salas, examinar dados, documentos, etc.

Penso que essa expressão "controle" se harmoniza com a inviolabilidade do advogado que se estende aos seus locais de trabalho.

Estou de acordo com o Relator.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Durante o expediente, presume-se que seja a utilização.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ministro Celso de Mello, essa compreensão reinará na utilização.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Essa disposição causa espécie e fala um pouco sobre o espírito dessa lei.

De fato, há uma relação de tensão dialética alimentada de forma permanente. Se isso está submetido ao controle do poder público, ou seja, do juiz, agora tem de passar para o controle da OAB?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vamos imaginar que esteja fechado o fórum à noite e se deva deixá-lo aberto para efeito de acesso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não vamos raciocinar com a extravagância. O preceito envolve o uso no expediente forense, enquanto aberto o fórum.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O prédio público está aberto à cidadania, salvo nos feriados.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não; extravagante é a lei. Esta lei precisa, depois, ser estudada. Este é um modelo para praticarmos em torno de teoria de legislação. Como não se faz um projeto de lei com tal acepção? Puxa vida! Veja este caso. Veja quanto preconceito exala e quantos problemas surgem. Quer dizer, o Ministério Público, a advocacia, a polícia têm de se submeter a esse tipo de controle.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É a busca da preservação de prerrogativas, visando a bem servir à sociedade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vamos desconfiar desse modelo. Existe em algum lugar isto?

O Sr. Ministro Carlos Britto: O substantivo controle aqui, a meu ver, pode ser perfeitamente interpretado como cogestão, coadministração. É da lógica da coisa.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Na verdade, o que há aqui é a disponibilidade de um bem público em prol de uma categoria privada.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não é um controle excludente do poder disciplinar do Judiciário, do poder diretivo do Judiciário – não pode ser excludente –; é uma cogestão, uma coadministração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Há pouco tivemos um "despejo", no Rio de Janeiro, da Associação dos Magistrados Brasileiros lá no fórum.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Controle assegurado à OAB. A lei é claríssima. Ou seja, algumas dependências do foro estarão sob controle efetivo de uma organização corporativa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Imaginem mais: se dentro dessa sala houver alguma coisa que provoque risco de incêndio, a administração do fórum nada poderá fazer!

O Sr. Ministro Carlos Britto: O controle aqui não tem um sentido radical de monopólio gerencial, não pode ter esse sentido. É o uso com acompanhamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É o uso, sim, mas o problema é o controle desse uso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu acho que é uma cogestão.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Aqui, é a entrega de um bem público ao controle absoluto de uma categoria privada.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É uma restrição à autonomia administrativa dos tribunais, que está no 99.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas é uma prerrogativa que colabora com a administração da justiça, pois é deferida a uma categoria que tem *status* especial na Constituição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pois colaboração é cogestão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas nem por isso passa a ser cogestor das salas dos fóruns.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vamos supor uma hipótese: a chave da sala está com o diretor do fórum e, à noite ou fora do expediente, ele entra e vai devassar os dados que lá estão custodiados – ou o delegado de polícia ou outra autoridade menor. O controle, evidentemente, está ligado à questão da inviolabilidade dos bens que se encontram sob a guarda da OAB: processos, documentos, dados, etc.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Ministro Ricardo Lewandowski, para que servem essas salas? Para uma utilização eventual; não são escritórios dos advogados, não se guardam processos nem arquivos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: É uma comodidade oferecida aos advogados para o exercício das suas funções.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Entendo que não basta o uso, é preciso a gestão, a administração, que, no entanto, não é exclusiva.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em São Paulo, tivemos não apenas esse, mas vários outros incidentes entre juízes, advogados e promotores.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É um modelo de colaboração.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas acontece que, para a colaboração, basta assegurar o uso.

VOTO
(Sobre o § 4º do art. 7º)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, vou pedir vênia e julgar procedente por uma razão: em todas as hipóteses de utilização de bem público – permissão, autorização precária, concessão de uso –, o controle sempre fica com a administração.

DEBATE
(Sobre o § 4º do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, Vossa Excelência acha que temos controle, da porta para dentro, das agências bancárias a que cedemos espaço neste Tribunal?

O Sr. Ministro Eros Grau: Depende do que for chamado de controle. Esse é um vocábulo que tem inúmeras acepções.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: No voto da medida cautelar, deixei muito claro que entendia isso como controle da porta para dentro.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas isso é o uso. Para mim, isso cabe no uso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso já está na expressão "uso", no conceito de uso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Para mim, o uso é suficiente. O que não estaria no uso e estaria no controle?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Seria controle de uma sala num presídio.

O Sr. Ministro Eros Grau: O que não estaria no uso e estaria no controle?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É o controle de uma sala de advogado num presídio. O que seria esse controle?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Essa sala é uma extensão do escritório do advogado, no meu modo de ver.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E se um advogado resolver entrar lá durante a noite e estiver fechado?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Isso não é possível, mas estando o prédio todo fechado, ninguém entra.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas como isso não? Se há um prolongamento, ele tem direito de usar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Foi o que eu disse: se consideramos que um prédio público está aberto à cidadania, temos que concluir que, obviamente, fora do expediente, não se pode entrar, nos feriados, domingos, etc.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas não está dizendo que a cidadania tem controle dos prédios públicos. Não é cidadania, ou não tem controle dos prédios públicos.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não consigo entender o que estaria no controle e não estaria no uso e seria indispensável.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O uso é dos advogados.

O Sr. Ministro Eros Grau: O controle seria de quem?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Da Ordem.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Esse controle da Ordem não é excludente da administração judicial do fórum. Não é excludente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Então, estamos mais uma vez diante da necessidade de esclarecer o que seja controle. Mais uma vez, vamos para uma sentença aditiva. O que acho salutar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Por isso o Ministro Pertence falou da porta para dentro; da porta para fora é da administração do fórum.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Esse controle é no sentido da inviolabilidade, no meu modo de ver. É sinônimo de inviolabilidade desse local de trabalho.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Ou seja, esse uso seria um comodato, na verdade, e com toda a extensão do caráter domiciliar em relação a cada advogado. É bom deixar isso claro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estamos sendo coerentes com o que decidimos com relação ao art. 7º, II.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não uso essa expressão "extensão de inviolabilidade de domicílio".

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu gostaria de saber o que é controle dessa sala num presídio.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Porque inviolabilidade de domicílio pressupõe uma propriedade do domiciliado, ou o uso exclusivo; aqui não.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Pode ser comodato.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Pode ser comodato, pode ser locação.

O Sr. Ministro Eros Grau: Até porque não seria o advogado, seria a Ordem.

VOTO
(Sobre o § 4º do art. 7º)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, voto acompanhando o Ministro Ricardo Lewandowski, mas com essas ressalvas, entendendo que esse controle implica um modelo de cogestão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, isso me parece evidente, *data venia*, e eu acompanho, também, esse entendimento.

Quando debatemos longamente, aqui, o inciso II do art. 7º, não houve controvérsia em relação à primeira parte do dispositivo, que diz o seguinte:

> Art. 7º São direitos do advogado:
> II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB;

E, aí, acabamos concluindo pela constitucionalidade desta expressão "e acompanhada de representante da OAB".

Para sermos coerentes, temos de estender essa garantia a esse local de trabalho importante, que é hoje a sala do advogado nos foros brasileiros, nas prisões, nas delegacias de polícia. É nesse sentido que estamos falando de controle: controle no sentido de inviolabilidade, daquilo que acontece lá dentro, porque não podemos deixar que quem controle o prédio ingresse nessa sala e possa devassar os dados, os bens, os documentos, ou interceptar, eventualmente, através da central telefônica, as comunicações que sejam feitas. É nesse sentido que temos de interpretar a expressão "controle".

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Essa sala é de apoio.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Quem detém controle tem poder para dispor sobre horários.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não é o controle do prédio, é o controle da sala.

O Sr. Ministro Eros Grau: Há uma diferença: o preceito ao qual se referia o Ministro Ricardo Lewandowski confere garantia ao advogado. Esse preceito, aqui, não garante ao advogado, dá garantia à Ordem. Esse é o meu cuidado. São coisas distintas.

Então, precisaríamos esclarecer o que é controle, ou o que está no controle e não está no uso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas é claro, porque os advogados individualmente não podiam controlar, tem de ser alguém que os represente, num órgão que vai controlar o local de trabalho coletivo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas há o diretor do foro, o diretor de cadeia, o delegado, para controlar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Importante é a própria garantia, assegurando que há uma sala de apoio e franqueia-se o uso pleno; tão somente isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A impressão é que juizados, fóruns, tribunais e delegacias não têm controle.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Continuo firme na minha posição de que há uma violação ao princípio da indisponibilidade da coisa pública, além de outros fundamentos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A OAB não é uma autarquia de natureza pública? Não há conflito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Creio que não precisamos chegar a tanto. A meu ver, há a ideia básica de que isso é um serviço público relevante, de que é essencial à defesa, de que haja um apoio nesses espaços todos. Há consenso básico em relação a isso e também na ideia de que a expressão normativa "uso" já contém esse franqueamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A palavra "uso", aí, não pode ser ampliada para transformar o espaço numa sucursal do escritório de cada advogado. Isso não pode.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Também acho que não. E nem imagino que haverá arquivos pessoais nessa sala.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): E se pressupõe a posse mansa e pacífica, quer dizer, o administrador do prédio não vai ficar tentando invadir essa sala.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: E não podemos perder de vista o que remanescerá do artigo caso venha a ser extirpada essa expressão. O essencial permanece, ou seja, o Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios salas especiais permanentes para uso dos advogados. Pronto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Isso é positivo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Imagine-se agora isso dentro de uma delegacia de polícia ou dentro de um presídio. Imaginem o problema!

VOTO
(Sobre o § 4º do art. 7º)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, *data venia*, julgo procedente para extirpar a expressão "e controle".

VOTO
(Sobre o § 4º do art. 7º)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, com o Relator.

Conforme já havia me pronunciado, com exemplos concretos, lembro a época em que a OAB/DF funcionava em um quarto de andar, no Bloco VI da Esplanada dos Ministérios, que era confiado ao Poder Judiciário. Não houve nenhum conflito, da porta para dentro, em que fosse a OAB que controlasse as suas instalações, às vezes levando as sessões do seu Conselho pela madrugada afora. Hoje, isso já é um pouco remoto em relação à própria OAB, que está se instalando magnificamente em sedes próprias, Brasil afora. Mas ainda há os grotões.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O problema todo é a extensão dessa norma, que alcança até delegacias de polícia e presídios.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A meu ver, a expressão "e presídios" podia sair, é um pouco demais. O advogado, no presídio, tem direito ao acesso e à comunicação com o cliente. Eu tiraria "e presídios", ainda mais hoje que é tudo no "*laptop*", não precisa nem da máquina de escrever.

Julgo procedente, em parte, para excluir "e presídios".

VOTO
(Sobre o § 4º do art. 7º)

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Tenho voto na matéria.

Com vênia ao eminente Ministro Relator e aos que o acompanharam, comungo com a divergência iniciada pelo Ministro Eros Grau para excluir a expressão "e controle".

DEBATE
(Sobre o inciso II do art. 28)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência julga improcedente o pedido formulado?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: E a Justiça Eleitoral e os suplentes?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Salvo as hipóteses constitucionais.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Excluídos os membros da Justiça Eleitoral, juízes suplentes não remunerados – constava da cautelar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Hipóteses constitucionais? Será que isso satisfaz?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Perderia alguns membros do Tribunal Superior Eleitoral, de imediato.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Juiz de Paz, por exemplo? Tenho dúvidas. Por que um Juiz de Paz não poderia advogar, eventualmente? Um juiz classista?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas é um problema de conveniência da Ordem.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pois é, mas não de inconstitucionalidade. É conveniência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso mesmo. É recurso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: No caso do Eleitoral, na verdade, entende-se que tem de ser na posição de advogado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Tem de ser advogado no exercício da profissão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Por exemplo, no caso dos Juizados Especiais, providos por juízes togados ou leigos, na dicção do art. 98, I. Quer dizer, o leigo que integra, eventualmente à noite, um Juizado Especial, estaria impedido de advogar?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas isso é conveniência. A própria organização entendeu ser conveniente para ela.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso dou interpretação com ressalva: "salvo as hipóteses previstas na Constituição".

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Cezar Peluso, seria suficiente essa interpretação? A Constituição não é explícita em dizer quem estaria, ou não, impedido. Nem sempre.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não. Eu disse que não. Disse na composição dos tribunais: Tribunal Superior, Tribunais Regionais etc.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Isso é razoável.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Nesse caso, essa norma revogou essa questão em relação aos Juizados Especiais.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Uma proibição absoluta que me parece complicada.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Estaria, em parte, prejudicada.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Fico nos termos da liminar. Acho que a expansão dos Juizados Especiais fez de todo incompatível para alguém que neles tenha função judicante a prática da advocacia. Só excetuo, realmente, os juízes eleitorais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A própria Justiça de Paz, diz a Constituição, é remunerada.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Fico com a cautelar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: No sentido de julgar?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só os eleitorais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: À exceção os eleitorais.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A referência aos suplentes não renova? E os substitutos da Justiça Eleitoral?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: No campo de incidência da norma, os juízes da Justiça Eleitoral e os juízes suplentes não remunerados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Os que estão previstos na Constituição.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, acompanho esse entendimento. Julgo parcialmente procedente.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Procedente apenas com relação a juízes eleitorais e substitutos da Justiça Eleitoral.

VOTO
(Sobre o inciso II do art. 28)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, também fico nos mesmos termos em que deferida a liminar, apenas declarando a inconstitucionalidade da vedação de advocacia aos juízes dos tribunais eleitorais e seus substitutos.

VOTO
(Sobre o art. 50)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, entendo que a expressão "requisitar" é ato próprio da autoridade pública.

Penso, aqui, que os Presidentes da OAB poderão se valer do direito de obter certidões, informações e peticionar, o que lhes é amplamente garantido na Constituição, mas não requisitar.

Data venia, julgo procedente nesta parte.

VOTO
(Sobre o art. 50)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, dou interpretação conforme ao dispositivo para julgá-lo constitucional desde que o requerimento de cópia seja devidamente motivado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é requerimento; é requisição.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): É requisição.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Nesse caso, julgo inconstitucional o termo "requisição", mas mantenho o dispositivo neste sentido, ou seja, há necessidade de devida motivação e, eventualmente, de que o advogado ou a Ordem arque com os custos.

Sou o Relator do mais falado processo no País neste momento, com quatorze mil páginas. Imaginem se qualquer advogado puder requerer cópia desse processo!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não se trata de requerer, requerer é pleitear, mas é requisitar. É exigir compulsoriamente.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Exatamente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Acho que é uma ofensa à autonomia do Poder Judiciário e da administração do Executivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Afasto, para não causar dúvidas, no voto, a referência a peças cobertas pelo sigilo, porque o artigo não versa o tema.

O Sr. Ministro Eros Grau: A Constituição diz, no art. 5º, inciso XXXIV, alínea *b*, naturalmente se referindo ao direito individual:

> Art. 5º (...)
> XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
> [mas não do custo das cópias, ou seja lá o que for]
> (...)
> b) a obtenção de certidões de repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

O que o preceito faz é simplesmente ampliar para uma entidade – não vamos discutir se é ou não da administração –, mas poder esse que está ampliado em relação à Ordem, que, evidentemente, não implicará quebra de sigilo, se houver.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E com a cláusula restritiva para os efeitos da lei.

O Sr. Ministro Eros Grau: Exato. Portanto, não se está quebrando sigilo, não se está autorizando absolutamente nada que seja estranho ao que qualquer cidadão poderia pedir.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A diferença é que, aqui, a norma é mandatória. Podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal. Portanto, se não for atendida a requisição, haverá consequências jurídicas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Terá consequências.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não há como não atender, a não ser que haja proteção do sigilo etc, porque esse é um direito que está lá no art. 5º.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mas, então, é despiciendo esse artigo, porque há um direito constitucional de requisitar certidões e informações amplamente, mas aqui trata-se de requisitar, compulsoriamente. E, na certidão, é preciso demonstrar interesse.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A norma constitucional prevê uma hipótese em que há alternativa de indeferimento. Esta norma aqui não prevê nenhuma alternativa para os respectivos Poderes. Há uma restrição à autonomia dos Poderes. Requisitar é uma coisa; requerer certidão é outra. Requerimento de certidão pode ter uma resposta negativa, que pode, ou não, ensejar uso de mandado de segurança, isso é outro problema. Mas a autoridade destinatária do requerimento de certidão pode dizer que não é caso de expedir certidão. No caso de requisição, o destinatário não tem alternativa, ele tem de ceder.

O Sr. Ministro Eros Grau: Por essa razão, o Ministro Joaquim Barbosa sugeria que se limitasse isso com a exigência de motivação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas requisição é requisição. A autoridade não tem aqui alternativa de indeferir; e, na certidão, tem. Se não concorde com a motivação, pode indeferir, e esse indeferimento fica sujeito a controle jurisdicional.

O Sr. Ministro Eros Grau: Estamos discutindo, na verdade, mais uma vez, em torno da palavra requisição. Para mim é muito claro que isso aqui não é o instituto da requisição administrativa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas no vocabulário jurídico tem significado forte. Não dá alternativa. Requisitado o ato, tem-se de atender, é compulsório.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): É compulsório.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Com relação aos poderes do Ministério Público de requisitar tal ou qual providência, observo que se trata de matéria controvertida no âmbito judiciário.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Em determinadas hipóteses.

O Sr. Ministro Eros Grau: Não tomei isso como requisição administrativa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E aqui uma lei ordinária confere a uma instituição esse poder?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não vejo maior problema em requisitar, porque não o inciso XXIV do art. 5º – citado pelo Ministro Eros Grau –, mas o inciso XXXIII do art. 5º é categórico: todos têm direito a receber dos órgãos públicos – não é pedir.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O art. 5º tem pouco a ver com isso. Nem é direito individual, mas o instrumento do exercício, pela Ordem, de suas funções de direito público, como já se decidiu neste Tribunal, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo que lhe dava personalidade de direito privado.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu não queria entrar nisso para não discutir, mas tem mais esse argumento.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ela tem o poder de disciplinar, tem uma série de poderes para os quais pode necessitar de documentos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ela que requeira, eventualmente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não vejo problema na palavra requerer. Depois, todo interesse manifestado pela OAB é, por definição, coletivo ou geral.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Temos na lei processual a requisição do Ministério da Justiça para determinadas ações penais, e nunca ninguém sustentou que o Promotor tem de oferecer a denúncia.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Atentem para o início do dispositivo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Aqui, se for para examinar o problema particular de um advogado que está namorando a escrevente, não tem nada com as finalidades desta lei, que é o Estatuto da Advocacia.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Para que fim o dispositivo habilita a OAB a requisitar tais documentos? Para os fins desta lei, que é eminentemente de ordem pública.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso mesmo a autoridade deve ter o poder de verificar se a motivação está, ou não, de acordo com a lei.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Mas, Ministro, se o poder de requisição está subordinado aos fins desta lei, é claro que a autoridade tem de examiná-la.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se derem a interpretação de que requisitar, aqui, dá a alternativa para a autoridade indeferir, estou de acordo, porque isso equivale a requerer.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Concordo, também, com as observações de que isso não dispensa as restrições do sigilo de Justiça, ou de outro sigilo qualquer, aos quais a Ordem não esteja legitimada a ter acesso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A ressalva é quanto à motivação, quanto à compatibilização e quanto ao pagamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Com essas ressalvas, desnatura-se um pouco a expressão "requisição".

O Sr. Ministro Carlos Britto: De qualquer sorte, o Ministro Marco Aurélio ressalvou a questão dos autos dos processos sob sigilo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Já afastei, porque a norma não se refere a processo que corra sob segredo de Justiça. Então, afastei a alusão no voto. E reporto-me ao pronunciamento quando da apreciação do pedido de concessão de liminar. Ela repete o preceito que vigorou durante trinta e um anos, sendo que o setor público não faliu, tendo em conta as requisições da Ordem.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Mas, durante o período de vigência da medida cautelar, ficou suspensa a eficácia da expressão "tribunal, magistrado, cartório e".

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Em relação ao próprio Ministério Público e à requisição de documentos, há uma hierarquização na Lei Orgânica do Ministério Público, exige-se que, de fato, a Ministros de Estados e a Presidente da República as informações sejam feitas pelo Procurador-Geral. Aqui, na

verdade, o presidente da subsecção de Taguatinga poderá pedir processo ao Presidente do Supremo Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência não tem nada contra Taguatinga!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Não, podemos citar Planaltina, ou Planaltina de Goiás.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Ministro Celso de Mello fez uma ressalva.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Mas, aí, é para interesse pessoal, Ministro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Interesse coletivo ou geral, diz a Constituição.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Acho que aí se está dando a prerrogativa a uma entidade de direito público que, para os fins da lei e das suas funções de direito público, pode precisar de documentos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): No que diz respeito à fiscalização de uma profissão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Com essas restrições, não me oponho, porque, no fundo, essa requisição passa a ser requerimento.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Então, a proposta do Ministro Joaquim Barbosa é dar interpretação conforme, traduzindo a expressão "requisitar" para a expressão "requerer", observada a motivação, a compatibilização com as finalidades da lei, o atendimento de custos e ressalvados os documentos cobertos por sigilo.

Estão todos de acordo?

VOTO
(Confirmação)
(Sobre o art. 50)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Permaneço convencido, porque, primeiro, o próprio dispositivo se refere ao objetivo da requisição, e penso que o vocábulo foi bem utilizado. Requerimento insere-se no grande todo que é o direito de petição, e este restou previsto no rol das garantias constitucionais.

Considerando a atividade desenvolvida, levando em conta que a lei versa sobre exercício profissional, e a Ordem fiscaliza esse exercício, podendo impor até multas, processo disciplinar, peço vênia para manter o preceito como está, quando muito cogitaria da ressalva – mas não é o caso, presumo que a norma não tenha esse alcance – quanto ao afastamento de peças alusivas a ação que corra em segredo de justiça.

VOTO
(Confirmação)
(Sobre o art. 50)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, com essa ressalva sigo o eminente Relator, também entendendo que requisição é mais do que requerimento.

VOTO
(Retificação)
(Sobre o art. 50)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, reformulo o meu posicionamento inicial, embora entenda que requisição é procedimento próprio das autoridades públicas, especialmente da magistratura, além de ser um termo técnico-jurídico e corriqueiro no mundo forense. Agora, com essas ressalvas, dando quase que uma característica de requerimento, ou seja, resguardado o sigilo e o juízo de admissibilidade do pedido, da autoridade para a qual a providência está sendo requisitada, não me oponho à manutenção da expressão.

Acompanho o Ministro Joaquim Barbosa nesse sentido.

VOTO
(Sobre o art. 50)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, acompanho o eminente Relator, apenas deixando explícita a ressalva dos casos de sigilo, para o acesso aos quais a Ordem não esteja legitimada. Há a estrita vinculação, que está no dispositivo, a que os documentos se destinem ao desempenho de funções públicas da Ordem dos Advogados.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhora Presidente, proclamamos o mesmo resultado relativamente à ADI 1.105-7/DF.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Sim, o julgamento é conjunto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Restrito o julgamento desta à questão da fala do advogado após o voto do Relator, porque é o único objeto.

Quem redige?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Essas partes vencidas serão um quebra-cabeça.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O voto está pronto. O problema da redação diz respeito à ementa.

O Ministro Joaquim Barbosa ficou vencido? No Colegiado, quem não ficou vencido?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, teremos talvez de instituir uma corredação.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Podemos bem utilizar o sistema da Corte americana, em que o Ministro Relator redige o acórdão, circula-o e os demais verificam, ou o Ministro Joaquim Barbosa o redige na parte em que ficou vencido.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Acho interessante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, peço vênia para manter a tradição.

No caso, creio que, regimentalmente, não me cabe a redação do acórdão, já que fiquei vencido na maior parte das matérias apreciadas. Lançar uma ementa para depois ser citada como de minha autoria, terei de fazer como na última terça-feira: esclarecer nos processos em que se evoque essa mesma ementa que o que citado – como o foi no parecer da Procuradoria da República – não era de minha autoria.

Peço que o Tribunal mantenha o Regimento Interno e designe um redator.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Nem era intenção desta Presidência, Ministro Marco Aurélio, de qualquer forma, desmerecer ou desvalorizar o nosso Regimento Interno, de tão longa tradição e seguido por nós todos. Apenas fiz essa consideração levando em conta que Vossa Excelência ficou vencido apenas em parte.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Pela submissão da ementa, Excelência, não poderia aceitar.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Não em todos os artigos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não poderia aceitar a condição de submeter algo redigido, atuando como porta-voz do Colegiado, e que nunca passou pelo crivo dele.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Aceito a ponderação de Vossa Excelência. O primeiro a votar na divergência foi o nosso cadete, Ministro Ricardo Lewandowski, que ficará encarregado da redação.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.127/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Advogado: Sérgio Bermudes). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Advogados: Maurício Gentil Monteiro e outros e Rafael Barbosa de Castilho).

Decisão: O Tribunal, examinando os dispositivos impugnados na Lei 8.906, de 4 de julho de 1994: a) por unanimidade, em relação ao inciso I do art. 1º, julgou

prejudicada a alegação de inconstitucionalidade relativamente à expressão "juizados especiais", e, por maioria, quanto à expressão "qualquer", julgou procedente a ação direta, vencidos os Ministros Relator e Carlos Britto; b) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao § 3º do art. 2º, nos termos do voto do Relator; c) por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "ou desacato", contida no § 2º do art. 7º, vencidos os Ministros Relator e Ricardo Lewandowski; d) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao inciso II do art. 7º, nos termos do voto do Relator; e) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao inciso IV do art. 7º, nos termos do voto do Relator; f) por maioria, entendeu não estar prejudicada a ação relativamente ao inciso V do art. 7º, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. No mérito, também por maioria, declarou a inconstitucionalidade da expressão "assim reconhecidas pela OAB", vencidos os Ministros Relator, Eros Grau e Carlos Britto; g) por maioria, declarou a inconstitucionalidade relativamente ao inciso IX do art. 7º, vencidos os Ministros Relator e Sepúlveda Pertence; h) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta quanto ao § 3º do art. 7º; i) por votação majoritária, deu pela procedência parcial da ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "e controle", contida no § 4º do art. 7º, vencidos os Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, sendo que este último também declarava a inconstitucionalidade da expressão "e presídios", no que foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello; j) por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, quanto ao inciso II do art. 28, para excluir apenas os juízes eleitorais e seus suplentes, vencido o Ministro Marco Aurélio; k) e, por votação majoritária, quanto ao art. 50, julgou parcialmente procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação conforme ao dispositivo, de modo a fazer compreender a palavra "requisitar" como dependente de motivação, compatibilização com as finalidades da lei e atendimento de custos desta requisição. Ficam ressalvados, desde já, os documentos cobertos por sigilo. Vencidos os Ministros Relator, Eros Grau, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Redigirá o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República, requerente, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Dr. Sérgio Bermudes, e, pelo interessado, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. José Guilherme Vilela.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 17 de maio de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.730 — SC

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 12.385/2002 do Estado de Santa Catarina, que cria o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca e altera as atribuições de secretarias estaduais. Vício formal. Ação julgada parcialmente procedente.

1. Iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual para legislar sobre a organização administrativa do Estado. Art. 61, § 1º, II, *e*, da Constituição da República. Princípio da simetria. Precedentes.

2. A natureza das disposições concernentes a incentivos fiscais e a determinação para que os supermercados e hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola todos os produtos alimentícios elaborados sem a utilização de glúten não interferem na função administrativa do Poder Executivo local.

3. A forma de apresentação dos produtos elaborados sem a utilização de glúten está relacionada com a competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo, proteção e defesa da saúde. Art. 24, V e XII, da Constituição da República. Precedentes.

4. Ação julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Votou o Ministro Cezar Peluso (Presidente). Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 5 de maio de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. O Governador do Estado de Santa Catarina propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, contra a Lei estadual 12.385, de 16-8-2002, que institui, no Estado de Santa Catarina, o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca e adota outras providências.

2. Este o texto da lei impugnada:

Institui no Estado de Santa Catarina o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca e adota outras providências.

(...)

Art. 1º Fica instituído o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca.

Art. 2º Fica assegurada a realização de exames sorológico anticorpo antigliadina e anticorpo antiendomísio e a biópsia do intestino delgado, por endoscopia digestiva e/ou cápsula para biópsia intestinal a todos os cidadãos e cidadãs que desejarem realizá-los, de acordo com as prescrições médicas.

Art. 3º A Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social e da Família garantirá mensalmente cesta básica com produtos que não contenham glúten, aos portadores de doença celíaca economicamente carentes.

§ 1º A Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social e da Família concederá as cestas básicas segundo critérios objetivos de carência e número de doentes por família.

§ 2º O direito à cesta básica implica em comprovação por diagnóstico de especialista Gastroenterologista.

§ 3º A cesta básica referida no *caput* deste artigo será composta de macarrão de arroz ou milho, farinha de arroz, fécula de batata e biscoito sem glúten dentre outros produtos integrantes de listagem elaborada pela Secretaria de Estado da Saúde.

Art. 4º O Estado deverá desenvolver esforços no sentido de conceder incentivo fiscal, às empresas produtoras de alimentos derivados de trigo, aveia, cevada e centeio que passarem a produzir alimentos que não contenham glúten.

Parágrafo único. Fica determinado que as empresas que produzem ou vierem a produzir alimentos sem glúten terão que fazer constar no rótulo de seus produtos a inscrição "não contém glúten".

Art. 5º Os incentivos fiscais referidos no *caput* do artigo anterior deverão ser estendidos aos bares, lanchonetes e restaurantes que comercializam produtos especialmente elaborados para os portadores da doença celíaca.

Art. 6º Os supermercados e hipermercados deverão expor aos consumidores, em um mesmo local ou gôndola, todos os produtos alimentícios especialmente elaborados sem a utilização de glúten.

Art. 7º A Secretaria de Estado da Saúde desenvolverá um sistema de informação e acompanhamento das pessoas que apresentarem a doença celíaca em parceria com a Associação dos Celíacos de Santa Catarina (ACELBRA/SC).

Art. 8º A Secretaria de Estado da Educação e do Desporto deverá providenciar merenda escolar especial para os estudantes da rede pública estadual portadores da doença celíaca.

Art. 9º A Secretaria de Estado da Saúde realizará ações educativas visando esclarecer as características, sintomas e tratamento da doença celíaca.

Parágrafo único. Deverão constar das ações educativas:

I – campanhas educativas de massa;

II – elaboração de cadernos técnicos para profissionais das redes públicas da Saúde e da Educação;

III – elaboração de cartilhas e folhetos explicativos para bares, hotéis, restaurantes e similares, e população em geral;

IV – campanhas específicas para crianças e adolescentes da rede escolar; e

V – organização de seminários, cursos e treinamento com vistas à capacitação dos profissionais de saúde.

Art. 10. Esta Lei será regulamentada no prazo de sessenta dias após a sua publicação.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2003.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

(Fl. 14.)

3. O autor relata que o seu veto integral ao projeto de lei de origem parlamentar foi rejeitado pela Assembleia Legislativa de Santa Catarina, tendo sido a lei promulgada pelo Presidente daquela Casa Legislativa.

4. Assevera ele ser "fácil verificar que a lei em comento, *de origem parlamentar*, ao criar novas atividades para os órgãos da administração pública direta, determinando a execução de diversas ações a serem executadas especialmente pelas Secretarias de Estado da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e da Família, aumentando as despesas, se afigura inconstitucional, na medida em que viola os **artigos 2º e 61, parágrafo 1º, II, *e*, c/c 84, II e VI, da Constituição Federal (com a redação dada pela EC n. 32, de 11 de setembro de 2001)**" (fl. 4).

Sustenta, ainda, que "a criação de benefícios e serviços de seguridade social sem a indicação da respectiva fonte de custeio afronta o **art. 195, da Constituição Federal**" (fl. 4), pelo que a lei questionada, especialmente no tocante aos arts. 2º, 3º e 8º, também contrariaria "as disposições da Lei Complementar n. 101, de 2000" (fl. 9).

5. Para justificar o seu pedido de medida liminar para suspender a eficácia do diploma legal atacado, o requerente argumenta que, "(...) ao entrar em vigência, a lei acarretará aumento imediato e permanente de despesa pública, retirando dos cofres públicos verbas que deveriam ser destinadas ao custeio das políticas criadas pela autoridade competente" (fls. 11-12).

6. No mérito, pede seja julgada procedente a ação e declarada a inconstitucionalidade total da Lei estadual 12.385/2002.

7. A Ministra Ellen Gracie, a quem os autos foram distribuídos em 25-9-2002, aplicou o procedimento previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999 (fl. 85).

8. Em suas informações, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina realça o que disposto na justificativa que instruiu o projeto de lei, no sentido de que a doença celíaca, caracterizada pela intolerância ao glúten (proteína presente em alimentos produzidos a partir de trigo, aveia, cevada e centeio), não tem cura ou tratamento, sendo a retirada total deste elemento da dieta dos portadores da doença (estimados em cerca de 300 mil brasileiros) a única alternativa para amenizar os seus efeitos (distúrbios gastroentestinais, fadiga, anemia e déficit de crescimento em crianças) (fls. 89-101).

Observa, então, que "(...) a proposição culminou no atendimento da necessidade de ser criado no ordenamento [daquela] unidade Federativa sistemática para possibilitar o tratamento precoce, bem como o acompanhamento dos portadores da Doença Celíaca, auxiliando no suprimento do mercado como produtos alimentícios de uso obrigatório pelos enfermos" (fl. 92).

O Poder Legislativo catarinense ainda discorre sobre o tratamento constitucional da saúde e o dever do Estado em garanti-la (arts. 6º; 23, II; 24, XII; 153, *caput* e parágrafo único, II; 154; 196; 197; e 227, todos da Constituição da República), para concluir que "(...) não se pode visualizar inconstitucional um diploma legislativo que reconhece um direito plenamente acolhido pela Normatização Máxima, que objetiva proporcionar maior conforto àqueles catarinenses que se encontram na desconfortável situação de enfermidade e com dificuldades sociais" (fl. 96).

Ressalta que o art. 4º da lei impugnada, "(...) cujos parâmetros são seguidos pelos dispositivos seguintes (...)" (fl. 96), não impõe compulsoriedade na concessão de incentivos fiscais às empresas produtoras de alimentos derivados de trigo, aveia, cevada e centeio que não contenham glúten.

Quanto à alegada ingerência no Poder Executivo, sustenta:

> Em avaliação à própria estrutura administrativa do Estado de Santa Catarina, especialmente do Poder Executivo, podemos verificar a divisão do seu primeiro escalão em Pastas, cada qual possui um determinado objeto de ação. Dentre os dados previstos no regramento em evidência não existe um sequer que não tenha referência com alguma Secretaria de Estado em atividade em Santa Catarina, nem tampouco, que não possa ser executado com a atual estruturação administrativa.
>
> Dessa forma, não se verifica a criação de novas atribuições, conforme externado na exordial, mas somente a necessidade de serem desenvolvidas ações em atenção com as atribuições derivadas da ordem constitucional. Sem dúvida, não urge a necessidade de ser criado órgão na estrutura organizacional do Poder executivo para a observância da Lei.
>
> (Fl. 99.)

Nesses termos, pede a improcedência da ação.

9. No mesmo sentido, a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 181-186).

10. Por sua vez, o Procurador-Geral da República opina seja julgado procedente o pedido e declarada a inconstitucionalidade da Lei 12.385/2002 do Estado de Santa Catarina em sua totalidade (fls. 190-194).

11. Em 24-6-2006, vieram-me os autos conclusos em virtude do que disposto no art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (fl. 195).

12. **É o relatório**, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei 9.868/1999 c/c art. 87, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

I

1. A questão da inserção, na esfera de exclusiva iniciativa do chefe do Poder Executivo local, da iniciativa de lei para disciplinar criação, estruturação

e definição das atribuições dos órgãos e entidades integrantes da administração pública estadual já foi, algumas vezes, objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Assim, ressaltada a absorção compulsória pelos Estados-membros da cláusula de reserva constitucional de iniciativa de lei, inscrita no art. 61, § 1º, II, *e*, da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, deferindo a medida liminar requerida em ações diretas de inconstitucionalidade, suspendeu, por exemplo, a eficácia de lei alagoana que dispõe sobre a composição do Conselho Estadual de Educação (ADI 2.654-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23-8-2002); de lei paulista que cuida das atribuições dos Conselhos de Escola (ADI 2.239-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 15-12-2000); e de lei gaúcha que altera disposição sobre a eleição de representante dos empregados na diretoria da empresa pública (ADI 2.296-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23-2-2001). Todas elas, por óbvio, de iniciativa parlamentar.

E, para não me referir apenas a ações com julgamento de mérito ainda pendente, cito a declaração de inconstitucionalidade, por vício formal, de lei paulista que criou o Conselho de Transporte da Região Metropolitana de São Paulo (ADI 1.391, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 7-6-2002); de lei capixaba que criou novas circunscrições regionais de trânsito (ADI 2.720, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 25-4-2003); de lei paulista que cuidou da organização da Polícia Militar do Estado (ADI 2.646, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 23-5-2003); de lei capixaba que atribuiu tarefas ao Detran do Estado do Espírito Santo (ADI 2.719, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 25-4-2003); e de lei gaúcha que instituiu o programa estadual de iluminação pública (ADI 1.144, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 8-9-2006).

2. Nem se alegue que a intenção de dar maior efetividade ao direito fundamental à saúde, ou, ainda, a derrubada do veto aposto pelo Governador, convalidaria o vício formal observado na lei de iniciativa parlamentar que dita comando à administração pública estadual, extrapolando os seus e inserindo-se no âmbito de atribuições do Governador.

A regra da reserva de iniciativa legislativa constante do art. 61, § 1º, II, *e*, da Constituição da República, resguarda o Poder Executivo, em qualquer nível de governo (de acordo com o princípio da simetria), de ingerências do Poder Legislativo na sua função administrativa de qualificar-se e organizar-se para prestar o serviço público propriamente dito.

Nesse sentido, este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de São Paulo, de iniciativa parlamentar, que, também sob o pretexto de dar maior efetividade a outro direito social fundamental, o direito à educação, alterou a denominação e as atribuições de delegacia de ensino daquele Estado, em acórdão que tem a seguinte ementa:

> *Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual 10.539/2000. Delegacia de ensino. Denominação e atribuições. Alteração. Competência. Constituição Federal. Simetria. Observância obrigatória pelos Estados-membros. Veto. Rejeição e promulgação da lei. Vício formal: matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo.*

1. Delegacia de ensino. Alteração da denominação e das atribuições da entidade. Iniciativa de lei pela Assembleia Legislativa. Impossibilidade. Competência privativa do chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo sobre matérias pertinentes à administração pública (CF/1988, art. 61, § 1º, II, *e*). Observância pelos Estados-membros às disposições da Constituição Federal, em razão da simetria. Vício de iniciativa. 2. Alteração da denominação e das atribuições do órgão da administração pública. Lei oriunda de projeto da Assembleia Legislativa. Veto do Governador do Estado, sua rejeição e a promulgação da lei. Subsistência do atentado à competência reservada ao chefe do Poder Executivo para dispor sobre a matéria. Vício formal insanável, que não se convalida. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.539, de 13 de abril de 2000, do Estado de São Paulo.
(ADI 2.417, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 5-12-2003.)

3. O entendimento firmado nesses precedentes não foi alterado pela EC 32, de 11-9-2001, que, modificando a alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição da República, retirou da norma originária o termo "atribuições". E que foi então acrescentada a necessidade de observância ao que disposto no art. 84, VI, da Constituição da República, que reza:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> (...)
> VI – dispor, mediante decreto, sobre:
> a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
> b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Daí a precisa manifestação do ilustre Procurador-Geral da República, ao expor:

> 11. E não se queira atribuir à nova redação dessa norma constitucional, emprestada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, o efeito de retirar do Poder Executivo a ação de encetar o processo legislativo respeitante a estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública, eventos presentes no texto revogado. Pelo contrário, tais medidas podem, agora, ser tomadas mediante simples decreto, a teor do mencionado art. 84, inciso VI, quando não implicarem aumento de despesa (nem criação ou extinção de órgãos públicos). 12. Mister esclarecer: alterar a organização e funcionamento da administração pública, com aumento de despesas, como se deu na espécie, continua a demandar a iniciativa do Presidente da República, que, aí, deverá observar o princípio da colaboração dos demais Poderes – sinergia essa não redundante, pois, em decreto, senão em lei. 13. Cânon nesses termos concebido – acentue-se, para prevenir a antevista controvérsia – decorre, sim, das normas específicas aqui alvitradas, mas já da própria separação dos Poderes (art. 2º, CF/1988), dito princípio fundamental da República Federativa do Brasil.
> (Fl. 193.)

II

4. Contudo, nem todos os dispositivos da lei questionada se enquadram na reserva de iniciativa referida. Assim, a natureza das disposições concernentes a incentivos fiscais (arts. 4º e 5º) e a determinação para que supermercados e

hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola "todos os produtos alimentícios especialmente elaborados sem a utilização de glúten" (art. 6º) não resultam, é fácil perceber, em interferência do Legislativo na função administrativa do Poder Executivo local.

5. É certo que os incentivos fiscais somente poderiam incidir sobre tributo da competência do Estado-membro, sendo correta, ainda, a ponderação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que a implementação de benefício no tocante ao ICMS estaria condicionada à deliberação dos demais Estados e do Distrito Federal, tudo conforme os termos da lei complementar mencionada no art. 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição da República.

Não há, entretanto, como antecipar eventuais vícios de inconstitucionalidade ou de ilegalidade sem a edição da lei instituidora do incentivo fiscal, da qual não há notícia nos autos.

6. Cumpre realçar, no ponto, que os arts. 4º e 5º não estão sujeitos ao prazo estipulado pelo art. 10 para a regulamentação da lei questionada.

É que esses dispositivos apenas enunciam o comprometimento do Estado em se esforçar para que o incentivo fiscal às entidades que enumera se concretize, donde se conclui que a efetivação dessa vontade não depende somente dos Poderes Executivo e Legislativo do Estado de Santa Catarina, mas também, conforme já realçado, da deliberação dos demais Estados-membros e do Distrito Federal.

7. De resto, a forma de apresentação dos produtos elaborados sem a utilização de glúten está relacionada com a competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo e proteção e defesa da saúde (art. 24, V e XII, da Constituição da República), sendo que o § 1º do art. 55 do Código de Defesa do Consumidor também atribui aos Estados o controle da publicidade de produtos e do mercado de consumo **no interesse da preservação da saúde**.

A propósito da determinação para que os produtores de alimentos sem glúten façam constar no rótulo de seus produtos a inscrição "não contém glúten" (parágrafo único do art. 4º da Lei estadual 12.385/2002), rememoro o que assentado no julgamento da ADI 2.832 (Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, *DJE* de 19-6-2008), no sentido de considerar legítima a competência legislativa suplementar do Estado-membro para assegurar ao consumidor o direito de obter informações sobre os produtos que adquire, estando o acórdão assim ementado:

> *Ementa: Direito constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei paranaense 13.519, de 8 de abril de 2002, que estabelece obrigatoriedade de informação, conforme especifica, nos rótulos de embalagens de café comercializado no Paraná. Alegação de ofensa aos arts. 22, I e VIII, 170, caput, IV, e parágrafo único, e 174, da Constituição Federal. Proteção ao consumidor. Ofensa indireta. Ação julgada parcialmente procedente*. I – Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão somente, assegurar a proteção ao consumidor. II – Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de

que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis. III – Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor. IV – Inocorre delegação de poder de fiscalização a particulares quando se verifica que a norma impugnada estabelece que os selos de qualidade serão emitidos por entidade vinculada à administração pública estadual. V – Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades da Federação.

III

8. Pelo exposto, **voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucionais tão somente os arts. 2º; 3º e seus parágrafos; 7º; 8º; e 9º, parágrafo único e seus incisos, da Lei do Estado de Santa Catarina 12.385, de 16 de agosto de 2002.**

EXTRATO DA ATA

ADI 2.730/SC — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina (Advogado: PGE/SC – Walter Zigelli). Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 5 de maio de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

MANDADO DE SEGURANÇA 27.938 — DF

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Impetrante: Partido da República – PR — Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados — Litisconsorte passivo: Jairo Paes de Lira

Constitucional. Eleitoral. Fidelidade partidária. Troca de partido. Justa causa reconhecida. Posterior vacância do cargo. Morte do parlamentar. Sucessão. Legitimidade.

O reconhecimento da justa causa para transferência de partido político afasta a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Contudo, ela não transfere ao novo partido o direito de sucessão à vaga.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em denegar a segurança.

Brasília, 11 de março de 2010 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Partido da República (PR) contra ato da Presidência da Câmara dos Deputados, consubstanciado no indeferimento de pedido para que fosse dada posse ao primeiro suplente do Deputado Clodovil Hernandez.

Narra o impetrante ter requerido à autoridade impetrada a posse do primeiro suplente do partido, em razão do falecimento do Deputado Clodovil Hernandez em 17-3-2009. Segundo argumenta, o Tribunal Superior Eleitoral teria reconhecido a existência de justa causa para a transferência do deputado do Partido Trabalhista Cristão (PTC) para o PR. Não obstante, a autoridade coatora houve por bem empossar o litisconsorte passivo Jairo Paes de Lira, primeiro suplente do PTC, na vaga.

O impetrante afirma ter direito líquido e certo à posse de suplente de sua agremiação na vaga, na medida em que o mandato pertenceria ao partido e não ao candidato.

Ante o exposto, pediu-se a concessão de medida liminar para que a autoridade coatora declarasse vago o mandato do Deputado Clodovil Hernandez e para que convocasse o atual primeiro suplente do PR. No mérito, pede-se a con-

cessão da segurança para afastar o atual ocupante da vaga e a posse definitiva do primeiro suplente do Partido da República.

As informações foram prestadas pela Presidência da Câmara dos Deputados (fls. 57-60). Entende a autoridade coatora que a decisão do TSE que reconheceu a legitimidade da desfiliação do Deputado Clodovil Hernandez não implica a transferência da titularidade da vaga eletiva ao PR, pois o único efeito jurídico do reconhecimento da justa causa é a permanência do mandato. Prosseguindo no raciocínio, a autoridade reclamada pondera que o Deputado Clodovil poderia ter exercido o mandato até o fim, sem a necessidade de filiar-se a qualquer outro partido.

Indeferi o pedido para concessão de medida liminar (fls. 62-63). Transcrevo, apenas para fins de registro, o teor da decisão:

> Decisão: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Partido da República (PR) contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu requerimento do impetrante para preenchimento da vaga decorrente do falecimento do Deputado Clodovil Hernandez. Alega o impetrante que tal ato violou seu direito líquido e certo, na qualidade de partido político, de manter a vaga decorrente do falecimento do Deputado Clodovil Hernandez uma vez que o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu, nos autos do Processo Pet 2.766, que referido deputado tinha motivos para se desligar de sua antiga agremiação partidária, o Partido Trabalhista Cristão (PTC), e assegurou a manutenção do mandato em curso do deputado pertencente ao PR (fl. 3). Argumenta-se que a vaga em questão é "decorrente do falecimento do titular e não de infidelidade partidária, motivo pelo qual o deputado a assumir referida vaga é o primeiro suplente do PR", agremiação à qual pertencia o deputado Clodovil Hernandez (fl. 8). Requer-se medida liminar para que se declare vago o mandato do Deputado Clodovil Hernandez, convocando-se o atual primeiro suplente do Partido da República (fl. 11). Informações prestadas às fls. 57-60, nas quais se alega que "o mandato eletivo pertence ao partido ou à coligação pela qual foi eleito seu ocupante original". No presente caso, tem-se que o Deputado Clodovil Hernandez foi eleito pelo Partido Trabalhista Cristão (PTC). Por consequência, a vaga decorrente de seu falecimento pertence ao PTC independentemente de o TSE ter considerado justa a causa de desfiliação do Deputado Clodovil Hernandez do referido partido político. É o breve relatório. Decido o pedido de liminar. A concessão de medida liminar em mandado de segurança somente se justifica quando (i) "for relevante o fundamento" e (ii) "do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida" (art. 7º, II, da Lei 1.533/1951). Tais requisitos são cumulativos e concomitantes, de modo que, na ausência de algum deles, não se legitima a concessão da liminar sem prejuízo de novo exame do feito, por ocasião da análise de mérito da presente controvérsia, não vislumbro, em um primeiro momento, a presença dos requisitos autorizadores para a concessão da liminar pleiteada. No presente caso, sustenta-se a existência de direito líquido e certo do PR a manter a vaga decorrente do falecimento do Deputado Clodovil Hernandez, já que o TSE reconheceu a justa causa na desfiliação do referido deputado do PTC. Contudo, entendo que são relevantes as considerações da autoridade coatora. Efetivamente, este Supremo Tribunal Federal reconheceu aos partidos políticos a titularidade dos mandatos de cargos eletivos para os quais seus candidatos foram eleitos. Nesse particular, decidiu-se que "é direito do partido político manter

> o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais" (MS 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 3-10-2008). Dentro desse quadro, ressalvando-me o direito a uma apreciação mais detalhada do caso quando da análise de mérito, indefiro o pedido de medida liminar. Conceda-se vista ao Ministério Público. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2009. Ministro Joaquim Barbosa, Relator.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pelo Subprocurador-Geral da República Paulo da Rocha Campos, opina pela denegação da segurança (fls. 86-89).

O litisconsorte passivo Jairo Paes de Lira se manifestou às fls. 747-755. O Partido Trabalhista Cristão, embora intimado, não se manifestou (fl. 757).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A segurança deve ser denegada.

Por ocasião do julgamento dos MS 26.602 (Rel. Min. Eros Grau), 26.603 (Rel. Min. Celso de Mello) e 26.604 (Rel. Min. Cármen Lúcia), esta Corte entendeu que a observância do dever de fidelidade partidária é condição para exercício de mandato eleitoral.

Conforme orientação tomada pela maioria do Colegiado, no sistema de eleições proporcionais, o exercício de mandato eletivo não é direito pessoal do candidato e está vinculado à lealdade à agremiação. Nas palavras do eminente Ministro Celso de Mello, a fidelidade partidária é requisito para que o candidato não perca a "representatividade conquistada nas urnas".

No julgamento dos mandados de segurança e da ADI 3.999, de que fui Relator, externei minha preocupação quanto à subtração do eleitorado – o **povo** – do debate relativo ao direito que assistiria aos partidos políticos de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, na hipótese de se configurar a desobediência, por parte do mandatário eleito, ao princípio da fidelidade ao partido pelo qual se elegeu. O exercício das prerrogativas do cargo eletivo pertence, em razão última, ao **cidadão**, não ao partido ou ao próprio candidato.

Recordo algumas de minhas palavras no voto proferido na ADI 3.999:

> O sistema de eleição baseado na apuração proporcional pressupõe a identidade entre o interesse dos eleitores e a postura e o programa adotados pelo partido político. Essa presunção, contudo, não é absoluta na quadra histórica atual.
>
> Não devemos confundir a vontade do partido político com a vontade do eleitor (povo), pois o primeiro não pode substituir o segundo na escolha **direta** de seus representantes.
>
> (...)
>
> A infidelidade partidária implica instabilidade do sistema democrático em duas ordens diversas. Em primeiro lugar, como decidiu a Corte, o acesso do candidato ao cargo eletivo pressupõe a força do partido político, nas eleições proporcionais. Em contraponto, contudo, não me parece possível ignorar a relação

> estabelecida diretamente entre o eleito e o eleitorado. Relembro a frase do eminente Ministro Victor Nunes Leal, já citada por ocasião do julgamento do MS 26.602, de que, "embora escolhido pelo critério partidário, [o deputado] representa o povo". Nos EUA, durante o julgamento do caso Reynold v. Sims, o juiz-presidente Warren bem anotou que os "legisladores representam pessoas, não árvores ou extensões de terra. Legisladores são eleitos por eleitores, não fazendas, cidades ou interesses econômicos". Em outra passagem, o juiz Potter Stewart diz que "legisladores não representam números sem rosto. Eles representam pessoas, ou, com maior precisão, a maioria de eleitores em seus distritos – pessoas com necessidades e interesses identificáveis.

Este mandado de segurança manifesta inequivocamente uma das faces da reflexão que propus à Corte. Por um lado, o partido impetrante invoca o reconhecimento da justa causa para estabelecer vínculo de afinidade político-democrática com o falecido deputado para justificar que a vaga *lhe pertence*. Como articulado, o **justo** e **lícito** rompimento do vínculo de fidelidade partidária **retira** do partido original (PTC) a legitimidade democrática para representar os eleitores do deputado.

Ademais, a enorme quantidade de votos individuais recebidos pelo Deputado Clodovil criaria situação excepcional, de modo a identificar o exercício do mandato eletivo com a figura do **candidato**. Nesse sentido, o prestígio deveria ser atribuído ao **novo vínculo partidário**, e não ao anterior.

De outro lado, o deputado preencheu o requisito de filiação partidária por sua ligação com o PTC. No momento da eleição, para formar sua convicção, dispunha o eleitor do vínculo de fidelidade com o partido litisconsorte, não com o partido impetrante.

Entendo não ser possível clivar na jurisprudência da Corte solução híbrida, variável em função do maior ou menor potencial do candidato para angariar votos individuais. Como a Corte decidiu que a fidelidade partidária é requisito para a manutenção do exercício do mandato eletivo, pois o resultado favorável em eleição proporcional **depende** da sigla, todo e qualquer candidato deve permanecer fiel ao partido. A justa causa para desfiliação permite que o mandato continue a ser exercido, mas não garante ao candidato, por mais famoso que ele seja, carregar ao novo partido relação que foi aferida no momento da eleição.

Noutras palavras, não é possível adotar critério de isonomia orwelliana para estabelecer que alguns candidatos são *mais iguais que os outros*. Fosse feita distinção em razão do potencial para angariar votos, este seria o resultado: candidatos de grande fama transfeririam sua vaga para o novo partido, enquanto candidatos menos expressivos não teriam a mesma sorte.

Por outro lado, entendo que o exame da fidelidade partidária, para fins de sucessão no caso de vacância do cargo, deve ser aferido no momento em que ocorre a eleição. O sistema brasileiro é desprovido de mecanismos que permitam ao eleitor confirmar sua aderência ao candidato ou à linha adotada pelo partido no curso do mandato. Não há *votos de confiança* ou de *reafirmação* intercorrentes ao mandato parlamentar. Do ponto de vista eleitoral, o parâmetro utilizado

pelo cidadão somente pode ser colhido nas urnas, no momento em que o candidato é eleito ou busca sua reeleição.

De fato, ao ser eleito, a relação de fidelidade partidária escapa ao domínio completo do candidato, pois passa a ser comungada, em maior ou menor extensão, por seus eleitores. Assumir que a justa causa permite a manutenção do mandato não implica dizer que a Constituição autoriza a transferência da vaga ao novo partido.

Como a troca de partidos não é submetida ao crivo do eleitor, o novo vínculo de fidelidade partidária não recebe legitimidade democrática inequívoca para sua perpetuação e, assim, não há a transferência da vaga à nova sigla.

Em síntese, a justa causa permite ao candidato continuar a exercer o mandato, mas não transfere ao partido o direito de sucessão à vaga, na hipótese de vacância.

Ante o exposto, **denego a segurança**.

Fica prejudicado o exame do agravo regimental.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estou plenamente de acordo. O Ministro Joaquim Barbosa resumiu bem a questão em suas últimas palavras. E a decisão do TSE, reconhecendo a justa causa para a mudança de partido, simplesmente garantiu ao deputado falecido que continuasse no exercício do mandato, mas não transferiu a sua vaga para o novo partido, cujo preenchimento continua, enfim, sendo direito do partido original.

Se a ordem fosse concedida tal como pleiteada, nós alteraríamos a vontade do eleitor, modificaríamos o resultado do último pleito, inclusive, o número de cadeiras obtidas pelo partido original nas últimas eleições.

Portanto, com essas brevíssimas considerações, louvando o objetivo e vertical voto do Relator, eu o acompanho integralmente.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Também quero, apenas em reforço por acompanhar o Ministro Relator, lembrar o que foi decidido no MS 26.602 – em coerência com o voto de Vossa Excelência.

Acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, sem dúvida, é um voto muito bem elaborado. A tessitura do raciocínio

me parece lógica. Sua Excelência faz uma interpretação defensável da situação em que o candidato deixa o partido por justa causa, mas, segundo Sua Excelência, o Ministro Relator, quando essa migração para outro partido, quando essa desfiliação do primeiro partido se faz acompanhar de uma migração para outro partido, o partido de destinação não se apropria, não ganha o direito de substituir o novo filiado. O direito à sucessão do antigo filiado permanece com o partido de origem.

Lembro-me, Presidente, de que, lá, no TSE, esse caso foi tido como peculiaríssimo, um caso absolutamente inusitado, insimilar. Cheguei a dizer, lá, que estava a me deparar com um paradoxo, e disse as seguintes palavras:

> O Deputado Clodovil Hernandez foi um verdadeiro carro-chefe da campanha do seu partido, uma locomotiva, um puxador de votos.

Ele teve quase 500 mil votos. O partido era absolutamente insignificante em termos de desempenho eleitoral. Ganhou notoriedade e prestígio a partir da candidatura do Deputado Clodovil Hernandez.

E eu disse:

> E o que seria de esperar do partido, que somente obteve representação congressual e funcionamento parlamentar graças a esse excepcional candidato? Todo o apoio jurídico, logístico, administrativo, físico, com instalações condignas, para que revelasse até gratidão [partidária], reverência a um candidato que teve performance eleitoral brilhantíssima – numa estreia eleitoral, diga-se, que Sua Excelência nunca fora candidato. E o partido, por meio desse porta-voz, dessa estrela, que fizesse aquilo que é próprio de todo partido: propaganda, autopromoção, marketing partidário, a fim de angariar simpatizantes e filiados, tirando proveito, portanto, da visibilidade, da notoriedade de um candidato que já era conhecidíssimo, sem qualquer filiação partidária. Também ficou claro para mim, (...) que o próprio acidente vascular cerebral foi contraído pelo candidato a partir do inferno astral que passou a viver em um partido que, mais do que lhe desprestigiar, o boicotou, de olho na sua vaga.

As provas então produzidas nos levaram a concluir que o partido tudo fez para defenestrar o candidato, negando a ele até assessoria jurídica e instalações condignas. Ele viveu, o então Deputado Clodovil, um verdadeiro inferno astral no seio do Partido pelo qual se elegeu, mas, sem dúvida, por efeito de um prestígio pessoal, muitíssimas vezes suplantador da força eleitoral própria do partido.

Em suma, nós decidimos que a desfiliação do candidato se deu por motivo justo. Dissemos, em última análise, que o partido não se fez digno do candidato. O candidato contraiu uma doença séria, veio a falecer, dois ou três dias após a nossa decisão veio a falecer, antes, porém, de fato, migrara para o Partido Republicano.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Imagina, Vossa Excelência, se a decisão tivesse sido contrária a ele. Atribuiriam a morte ao Tribunal Superior Eleitoral!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sem nenhuma dúvida, diriam: morreu por causa da decisão do Superior Tribunal Eleitoral. Pelo menos ele morreu colhendo essa vitória retumbante lá no Tribunal Superior Eleitoral.

Então, o caso me parece peculiaríssimo. Não sei se não seria, Senhor Presidente, a hipótese de que trata o § 2º do art. 56 da Constituição, que diz – vou dizer antes isso: na situação atual esse partido a que pertencera o candidato e do qual ele se desfiliou por justa causa juridicamente reconhecida, está tirando proveito, agora, digamos, do próprio comportamento indigno, está recuperando uma vaga que em rigor.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não contribuiu para a morte do Deputado Clodovil. O partido não contribuiu!

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O partido que recebeu não conquistou pela eleição a vaga decorrente da morte.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Por isso vou fazer uma proposta de voto heterodoxa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O Partido recipiendário ou receptor não conquistou essa vaga em eleição.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu concordo. O raciocínio do Ministro Joaquim Barbosa, secundado por Vossa Excelência, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, parece-me formalmente perfeito. O novo partido não concorreu para eleição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: As curiosidades são grandes. Não podemos transformar a sessão em sessão espírita para perquirir, para indagar a vontade do falecido. Que Deus o tenha!

O Sr. Ministro Ayres Britto: Só concluindo, um partido já foi contemplado com eleição por arrastamento de alguns, salvo engano três, de outros candidatos. O Clodovil levou com ele outros candidatos, que foram eleitos afinal pelo partido, graças a esse prestígio pessoal do Clodovil.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite, só para raciocinarmos em voz alta? A situação realmente é singular. A problemática de ele ter sido um puxador de votos não repercute no desfecho da causa.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Também acho.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tivemos puxadores até maiores. Lembro-me de um candidato à Presidência da República que proclamava "meu nome é Enéas" ou algo assim.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Teve seiscentos mil votos ou algo em torno disso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Teve um milhão e duzentos mil votos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Não foram seiscentos mil votos?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não. Foi um milhão e duzentos mil votos.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Isso foi numa primeira eleição. Na última creio que foram seiscentos mil.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E acabou fazendo, pela legenda, pelo quociente partidário, deputados que obtiveram pouquíssimos votos e que, portanto, não perderam a legitimidade por esse fato.

Agora, necessariamente – outro aspecto –, imaginemos que tivesse havido simples desvinculação do partido que capitaneou a eleição e que não tivesse ocorrido uma impugnação. Nesse caso, também concluiríamos que o suplente do partido que capitaneara a eleição não assumiria? A resposta, a meu ver, é negativa. Ele assumiria.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Ortodoxamente, sim. Não tenha dúvida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E, no caso, precisamos perceber que, quando da apuração dos votos, fecha-se uma conta considerado o quociente eleitoral – divisão dos votos válidos pelo número de cadeiras a serem preenchidas – e, em um segundo passo, pelo quociente partidário – divisão dos votos válidos obtidos pelo partido pelo quociente eleitoral – para saber-se quantas cadeiras esse partido terá. Há mais: o Código Eleitoral é expresso ao versar os suplentes. O que nos vem do Código Eleitoral e daí o acerto da decisão do Presidente Michel Temer? Vem-nos que são considerados suplentes os mais votados sob a mesma legenda – art. 112.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Tudo está perfeito. Do ponto de vista ortodoxo, formal, de direito positivo estrito, não há dúvida. O voto do Ministro Joaquim Barbosa é perfeito. Estou apenas mostrando que há uma injustiça material flagrante no caso concreto. E lembrei-me de que a Constituição tem um dispositivo interessante, § 2º do art. 56, que diz:

> Art. 56. (...)
> § 2º Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato.

Faltando menos de quinze meses, não se preenche essa vaga.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Parece-me, com o deslocamento de uma sigla para outra, que não houve modificação quanto à situação jurídica de terceiros, os suplentes.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O suplente tem uma relação jurídica própria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nem dos partidos.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Bem disse o Ministro **Marco Aurélio**, o art. 112 do Código Eleitoral c/c o art. 215 manda diplomar o suplente, determina isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mais um aspecto.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Ele determina, ele é diplomado lá atrás. Então ele tem um diploma que cria uma relação jurídica de direito subjetivo dele à assunção daquele cargo por aquela coligação ou por aquele partido.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Mas olhe como as coisas não são tão fáceis. Suplente de quem? Suplente de um candidato que não é mais do partido; já é de outro.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Ele não é suplente do candidato, ele é suplente...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele não é suplente do candidato, mas é suplente na lista do partido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Peso justo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O partido que recebeu o candidato não tem vaga nenhuma.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Permita-me, Ministro **Ayres Britto**, uma metáfora? Vossa Excelência, que sempre é bastante criativo e inteligente nas metáforas, permite-me tentar, aqui, fazer uma metáfora sobre o que ocorreu? O parlamentar falecido mudou de casa, mudou para a casa vizinha. Não vou dizer, aqui, que ele pulou a cerca porque o TSE entendeu legal essa mudança de casa.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Legítima.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Sim, foi legítima a mudança.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Legítima. Então, ele mudou de casa; saiu pela porta da frente de uma casa e entrou pela porta da frente da outra casa. Não levou a casa com ele para a outra casa. A casa anterior ficou no terreno onde já estava.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: A particularidade desse caso é que o deputado falecido seria eleito tanto por um quanto por outro partido.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministra Ellen Gracie, Vossa Excelência me permite, com relação a esse argumento?

O Ministério Público, no seu parecer, faz um raciocínio que me parece muito interessante, a excepcionalidade do caso e o princípio da razoabilidade não consubstanciam o direito líquido e certo a ponto de nós concedermos a ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas direito líquido e certo, no caso, não há direito nenhum.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não há ilegalidade ou abuso de poder por parte do ato tido como coator, porque o Presidente da Câmara aplicou a lei.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: E o Tribunal quando fixou que o mandato, e o cargo é do partido, abstraiu essa situação daquele que se elege por conta própria, e tem mais votos do que o quociente mínimo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E a saída do partido gera uma situação subjetiva definida, limitada, considerado aquele que sai e o próprio partido.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Embora lamentando profundamente a injustiça da apropriação dessa vaga pelo partido de origem, o partido que não se fez digno do candidato, que praticamente foi enxotado, foi obrigado a migrar para outra

sigla, mas, no ponto de vista formal, é perfeito o raciocínio do eminente Relator, vou acompanhar Sua Excelência.

DEBATE

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Mas eu fiquei vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite? Caso contrário a situação do suplente ficaria ao sabor da vontade daquele que saísse do partido.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Eu acompanho o Relator porque formalmente está correto o raciocínio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Acaba pairando uma certa perplexidade. É interessante.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Em última análise, o que esta nossa Corte está afirmando, e está fundamentada, é a supremacia da relação de institucionalidade sobre a relação de pessoalidade. Ou seja, o partido, na sua institucionalidade, na sua impessoalidade, prevalece, pelo menos quanto à relação de suplência, sobre a situação jurídica pessoal do candidato que migrou. Formalmente está correto o raciocínio.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, eu fiz algumas considerações *a latere* ao voto do eminente Relator, cujo brilho e correção lógica ressalto. Sensibiliza-me a questão, exatamente por essa aparente injustiça que decorre do fato de um partido haver obtido quatro ou cinco cadeiras no Parlamento, que não obteria se não contasse com a presença desse deputado que abre a vaga.

Por outro lado, também o fato de que ele teve reconhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral a justeza do seu comportamento em afastar-se desse partido de origem onde não encontrava nem apoio, nem respaldo. Ou seja, foi adequado, legítimo o seu comportamento.

Mas não posso, não encontro razões jurídicas para me opor ao voto do eminente Relator, especialmente tomando em conta o direito, esse sim, líquido e certo do suplente, já diplomado, em assumir a vaga então aberta.

De modo que, oposto esse direito líquido e certo do suplente ao pretendido direito do segundo partido, não há como chegar à conclusão diversa daquela que alcançou o Ministro Joaquim Barbosa.

Eu o acompanho.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Também acompanho Vossa Excelência.

Em resumo, de todos os argumentos que convergem, temos que distinguir aqui duas questões: uma, da justificabilidade da transferência, que foi bem resolvida pelo egrégio TSE; outra, do preenchimento da vaga resultante da morte do parlamentar que se transferiu, o que também foi bem decidida pela Câmara dos Deputados.

EXTRATO DA ATA

MS 27.938/DF — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Impetrante: Partido da República – PR. (Advogado: Wilson Azevedo). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Litisconsorte passivo: Jairo Paes de Lira (Advogado: Elias Miler da Silva).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a segurança. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Falou pelo impetrante o Dr. Wilson Azevedo.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 11 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 96.407 — RS

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Volnei Minotto Pereira — Impetrantes: Fábio Bittencourt da Rosa e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional e processual penal. Desentranhamento das provas coligidas e apreendidas no escritório de advocacia do paciente. Extensão da empresa investigada. Mandado de busca e apreensão expedido por autoridade judicial competente. Possibilidade.**

1. Restou demonstrado nos autos que o escritório de advocacia onde foram encontrados os documentos de que ora se pretende o desentranhamento era utilizado pelo paciente, também, para o gerenciamento dos seus negócios comerciais. O sucesso da busca no escritório de advocacia comprova que, de fato, aquele local era utilizado como sede de negócios outros, além das atividades advocatícias.

2. É adequada a conduta dos policiais federais que estavam autorizados a cumprir os mandados de busca e apreensão, expedidos por autoridade judicial competente, "nas sedes das empresas", com a finalidade de coletar provas relativas aos crimes investigados no inquérito.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de abril de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Fábio Bittencourt da Rosa, Iolanda Regina Monteiro e Athos Stock da Rosa em favor de Volnei Minotto Pereira, buscando o desentranhamento, dos autos da ação penal, das provas coligidas e apreendidas no escritório de advocacia do paciente.

Apontam como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 88.532/RS, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, impetrado àquela Corte com objetivo idêntico ao ora pretendido.

Os impetrantes sustentam, em síntese, violação ao direito à intimidade do paciente, uma vez que:

> (...) **Sem um mandado judicial foi invadido o seu escritório profissional** e retirados documentos de clientes. Nada mais. Se ele era sócio, dono, ou algo mais da empresa, não interessa. O endereço do escritório de advocacia do paciente não constava do mandado judicial. Só isso. Se a polícia quisesse invadir o escritório deveria ter voltado ao juiz e pedido novo mandado.
>
> O endereço invadido era o escritório de advocacia do paciente e isso foi admitido pela acusação. Por outro lado. O endereço da sede da empresa nunca foi em tal escritório.
>
> Afirmar que o mandado poderia ser cumprido "nas sedes das empresas" e que, pelos termos da denúncia, o escritório poderia ser suspeito, constitui uma depreciação do direito à intimidade.
>
> (Fl. 18 – Grifo no original.)

Argumentam, ainda, que "se existem 'sérias dúvidas acerca da ilicitude da apreensão dos documentos' está evidenciada a lesão ao direito do paciente, justificando a concessão do *mandamus*. Não poderia ser concedida a ordem se existisse certeza a respeito da licitude da prova. Admitindo que paira a dúvida sobre a legalidade da prova, em matéria penal a consequência é a aplicação do princípio *in dúbio pro reo*. A prova, diante disso, tem de ser considerada viciada" (fl. 19 – grifos no original).

Ao final, requerem que seja deferida liminar para "determinar a retirada da prova em questão (documentos ilicitamente apreendidos no escritório de advocacia do paciente) dos autos da ação penal a que responde ou, sucessivamente, acaso indeferido esse pedido, determine-se que não seja julgada a ação penal até julgamento deste *writ*". No mérito, pedem "a concessão da ordem (...), nos mesmos termos do provimento liminar" (fl. 22).

O pedido de liminar foi indeferido pelo Ministro **Menezes Direito**. Foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 26 a 30).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 32 a 37).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 88.532/RS, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, e tem como objetivo o desentranhamento, dos autos da ação penal, das provas coligidas e apreendidas no escritório de advocacia do paciente.

Tem-se, nos autos, que, durante o inquérito policial no qual o paciente era investigado por suposta prática de crimes diversos, foi determinada a busca e

apreensão de "documentos e demais objetos que possam servir como prova de crime praticado por funcionário público ou particular contra a administração, crime contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e/ou crime organizado (...)" (fl. 11 do apenso).

Posteriormente, o paciente, juntamente com outra pessoa, foi denunciado por suposta prática dos crimes de formação de quadrilha (art. 288, *caput*, do CP), falsidade ideológica (art. 299, *caput*, do CP, c/c art. 71 do CP) e descaminho (art. 334, *caput*, do CP).

Os impetrantes narram que:

> (...)
> 1. A Polícia Federal de Bagé estava fazendo investigações a respeito do crime de descaminho que ocorria no âmbito de suas atribuições. Em virtude de suspeita a respeito das atividades da empresa Pelopel Importação de Bebidas Ltda., que tinha sede na cidade de Aceguá e filial em Bagé, resolveu investigar a documentação fiscal dessa empresa. Postulou a autoridade policial, então, à MM. Juíza Federal, que então jurisdicionava a Vara de Bagé, mandado de busca e apreensão nos endereços da mencionada empresa, o que foi deferido.
> 2. No referido mandado de busca e apreensão (doc. 1) os policiais foram autorizados a penetrar nas dependências da empresa e na residência do investigado, exclusivamente. O mandado é bem claro ao mencionar expressamente os endereços onde se realizaria a busca: Rua Sete de Setembro, 253, ou Avenida General Osório, 855, Bagé/RS. Adiante o mandado é expresso ao esclarecer que a busca far-se-ia nas sedes das empresas.
> 3. Pois bem, a Polícia Federal foi nos endereços acima referidos e, em seguimento, invadiu o escritório de advocacia do paciente, no mesmo apreendendo inúmeros documentos, inclusive de clientes, CPUs, etc. como se vê do auto de apreensão (doc. 2).
> (Fls. 2/3.)

Contra referido ato da Polícia Federal, entendendo pela ilicitude das provas coligidas, a defesa do paciente peticionou ao Juízo de origem, requerendo seu desentranhamento dos autos da ação penal, o que foi afastado por aquele Juízo, nos termos seguintes:

> (...)
> Não obstante a relevância e gravidade do pedido, tenho que a matéria atinente à ilicitude material probatório deva ser apreciada por ocasião da sentença, como preliminar. Deixo, pois, por ora, de apreciar o pedido liminar, respeitando o contraditório e o devido processo legal, já tendo oportunizado ao órgão acusatório manifestação sobre o requerimento. Ademais, tenho que é necessária, para análise desse pedido, a solicitação de cópia da decisão que determinou a expedição do mandado de busca e apreensão, bem como informação da Inspetoria da Receita Federal acerca da Representação Fiscal.
> (Fl. 68 do apenso.)

Contra essa decisão, foi impetrado *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou a ordem nos seguintes termos:

Habeas corpus. Busca e apreensão. Documentos apreendidos. Ilicitude da prova. Análise aprofundada de matéria fático-probatória. Inadequação da via.

– Havendo sérias dúvidas acerca da licitude da apreensão dos documentos efetuados no escritório do paciente, questão que demandaria exame aprofundado de matéria fático-probatória, não se mostra o *habeas corpus* a via adequada para o seu deslinde.

– Ordem denegada.

(Fl. 231 do apenso.)

Daí a impetração do HC 88.532/RS ao Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, denegou a ordem, nos termos da ementa seguinte:

Habeas corpus. Paciente denunciado por infração aos arts. 288, caput, 299, caput, c/c art. 71, e 334, caput, todos do CPB. Medida de busca e apreensão. Escritório de advocacia que, segundo a denúncia, abrigava a sede da pessoa jurídica supostamente utilizada para o cometimento dos delitos. Confronto de versões. Exame aprofundado de provas. inadmissibilidade da via eleita. Precedentes do STJ. Ordem denegada.

1. Assentou o acórdão impugnado que as alegações trazidas pela impetração demandavam profundo exame do conjunto probatório carreado aos autos, sendo, pois, inadmissível a sua análise na estreita via cognitiva do *writ*.

2. Sustenta a impetração que o escritório profissional do paciente, que é advogado, foi alvo de uma ilegal medida de busca e apreensão, executada pela Polícia Federal, porquanto o seu endereço não constava do mandado.

3. Todavia, elementos fáticos havia na exordial acusatória suficientes para sustentar que no mesmo local em que funcionava o referido escritório de advocacia também se abrigava a sede da empresa Pelobel Importação de Bebidas Ltda., pessoa jurídica supostamente utilizada para a realização dos diversos delitos, tal como descritos na denúncia, concluindo-se, portanto, pela legalidade da medida de busca e apreensão realizada.

4. Sustentando a impetração versão completamente distinta, não se mostra adequada a via do *writ* para eventual confronto de informações, dada a evidente estreiteza cognitiva do instrumento. Precedentes do STJ.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(Fl. 265 do apenso.)

É contra essa decisão que se insurgem os impetrantes neste *writ*.

Na hipótese dos autos, não há elementos aptos a sustentar essa conclusão, já que não há qualquer indicação de ato ilegal ou abusivo por parte da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça a configurar constrangimento ilegal.

A questão do presente *writ* é saber se os policiais que cumpriram o mandado de busca e apreensão extrapolaram ou não os limites determinados pelo Juízo processante.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, muito bem destacou as circunstâncias em que se deu a diligência:

(...)

8. Como visto, a defesa busca o desentranhamento dos autos da ação penal n. 2000.71.09.001518-0 das provas colhidas durante o cumprimento de medida de busca e apreensão no escritório profissional do paciente, situado na **Rua Fabrício Pilar, n. 768**, por entender que foram obtidas de forma ilícita, porquanto o referido endereço não constava do mandado.

9. O mandado de busca e apreensão de fl. 11 (apenso) estabelece que os documentos e demais objetos deveriam ser apreendidos na **Rua Sete de Setembro, 253** ou **Avenida General Osório, 855**, em Bagé, Rio Grande do Sul, e "nas **sedes das empresas** em qualquer horário". Assim, é essencial verificar se o imóvel situado na **Rua Fabrício Pilar n. 768** – onde a medida judicial foi realizada – inclui-se nos parâmetros de "sedes das empresas", contido de forma expressa no mandado de busca e apreensão.

10. De um lado, a defesa afirma que na **Rua Fabrício Pilar n. 768** funcionava apenas o escritório de advocacia do paciente, o qual não teria nenhuma relação com a empresa Pelopel Importação de Bebidas Ltda. De outro lado, contudo, a Procuradoria da República no Rio Grande do Sul aponta diversos indícios que levam à conclusão de que aquele local abriga também a sede da empresa investigada, como se verifica a seguir (fls. 38 e 43/44):

> "10. Não resta qualquer dúvida de que o imóvel localizado à **Rua Fabrício Pilar nº 768**, em Bagé, **era a sede principal da empresa Pelopel Importação de Bebidas Ltda., de propriedade de Volnei Minotto Pereira, ou seja, era onde estavam localizados os escritórios encarregados da administração do empreendimento.**
>
> 11. **Os inúmeros documentos relativos a essa empresa apreendidos no endereço em comento comprovam, sem a menor sombra de dúvida, que ali efetivamente se desenvolvia a administração do negócio, não obstante a existência de depósitos em locais diversos** (Autos de Arrecadação e Apreensão às fls. 14/25).
>
> 12. **Se assim não fosse, por que motivo toda a escrituração, inclusive notas fiscais emitidas pela empresa, se encontrava naquele local?**
>
> 13. Além disso, diligências levadas a efeito pela Inspetoria da Receita Federal em Bagé comprovaram que a empresa não funcionava precisamente nos endereços declarados às Autoridades Fazendárias.
>
> (...)
>
> 27. Não se trata da primeira tentativa do acusado de livrar-se, de qualquer maneira, das provas licitamente obtidas dos delitos que praticou. Tal fato fica evidente diante da constatação registrada no auto de apreensão de fls. 15-25, do qual se extrai:
>
> > '**Duas (02) sacolas do supermercado nacional contendo em seu interior vários documentos que estavam sendo destruídos pelo funcionário de nome Mário. na sala dos fundos do escritório de Volnei Minotto Pereira, quando da chegada da equipe desta PF no local (fl. 25).**'
>
> 28. Entretanto, os documentos que estavam sendo destruídos foram reconstituídos pela equipe da Receita Federal, conforme restou relatado na Representação Fiscal para Fins Penais de fls. 1096-1155:
>
> > 'Conforme descrito no último item do Auto de Apreensão do Departamento da Polícia Federal, datado de 29.08.2000 (fls. 18),

> **foram apreendidos vários documentos que estavam sendo rasgados por um funcionário da empresa Pelopel, nos fundos do escritório de Volnei Minotto Pereira**. Tais documentos foram encaminhados a esta Inspetoria, através da Justiça Federal, em sacolas plásticas de supermercado. **Ao abri-las verificamos que se tratavam de notas fiscais rasgadas.** (grifos no original).
>
> Passamos então a tentar reconstituir tais notas fiscais, a fim de verificar sobre o que tratavam. Para nossa surpresa, **conseguimos reconstruir 38 (trinta e oito) notas fiscais da empresa Pelopel, as quais faziam parte dos talonários de numeração 401 a 450 da matriz** (...). Verificamos, também, que as notas fiscais reconstruídas correspondiam às primeiras, terceiras e quartas vias das notas fiscais constantes dos talonários mencionados.'"
>
> [Grifou-se.]
>
> 11. Nesse contexto, nota-se que o escritório do paciente, de fato, abrigava, também, a sede da empresa investigada, pois diversos documentos a ela relativos foram encontrados no local. Por consequência, conclui-se que a diligência e as provas dela decorrentes são legais, nos termos da prévia autorização judicial.
>
> (Fls. 35 a 37 – Grifos no original.)

Como se vê, restou muito bem demonstrado que o escritório de advocacia onde foram encontrados os documentos de que ora se pretende o desentranhamento era utilizado pelo paciente, também, para o gerenciamento dos seus negócios comerciais. Do contrário, a diligência teria sido frustrada. O sucesso da busca no escritório de advocacia comprova que, de fato, aquele local era utilizado como sede de negócios outros, além das atividades advocatícias.

Embora um escritório de advocacia não seja, usualmente, utilizado como escritório comercial, no caso concreto, restou muito bem demonstrado que o paciente fazia daquele local uma extensão da sua empresa, utilizando-o para guardar e organizar documentos.

Dessa forma, tenho como adequada a conduta dos policiais federais que estavam autorizados a cumprir os mandados de busca e apreensão, expedidos por autoridade judicial competente, "nas sedes das empresas" (fl. 11 do apenso), com a finalidade de coletar provas relativas aos crimes investigados no inquérito.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, o escritório, na verdade, não era escritório.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não era um escritório de advocacia.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Isso eu quero deixar claro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inclusive votei vencido na "Operação Furacão".

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quando houve uma diligência no escritório de um advogado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aqui a situação é diversa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Havia uma maquiagem no sentido de que aquilo não era só um escritório, digamos, ou não era, prevalentemente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não era um escritório de advocacia, mas o centro dos negócios alusivos à empresa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, eu acompanho o Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 96.407/RS — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Volnei Minotto Pereira. Impetrantes: Fábio Bittencourt da Rosa e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 6 de abril de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 101.726 — ES

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Pacientes: Agnaldo Ferreira Lima Santos e Paulo Francisco Rosa — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do HC 118.581 do Superior Tribunal de Justiça

Direito processual penal. *Habeas corpus*. Demora no julgamento pelo STJ. Ordem concedida. Recomendação de julgamento.

1. A grande quantidade de processos nos Tribunais Superiores inviabiliza a prestação jurisdicional em prazo razoável, como asseverado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Essa realidade tem levado esta Corte a recomendar, e não a determinar, o imediato julgamento ao Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. Ordem concedida, com recomendação ao Superior Tribunal de Justiça de que dê absoluta preferência ao julgamento do HC 118.581/ES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 22 de junho de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra conduta omissiva do Relator do HC 118.581/ES, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça.

Narra a inicial que o referido *writ* foi distribuído e encaminhado, em 10-10-2008, à conclusão do Ministro Relator, que indeferiu o pedido de liminar em decisão publicada em 24-10-2008. Em 2-12-2008, o Ministério Público manifestou-se e, novamente, os autos foram conclusos ao Relator.

Alega a impetrante que, até o presente momento, o feito não foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Requer, assim, a concessão da ordem do presente *habeas corpus*, para que se determine o célere julgamento do referido *writ*.

3. Em 26-11-2009, solicitei informações ao Relator do HC 118.581/ES acerca das eventuais circunstâncias que ensejavam a demora do julgamento da mencionada impetração.

4. Em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça na internet (www.stj.jus.br), verifico que, até a presente data, não houve julgamento do *writ* em questão.

5. A Procuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem, para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que "apresente o HC 118.581/ES, em mesa, na primeira sessão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, subsequente à comunicação da presente ordem, nos termos do art. 202 do RISTF e do art. 664 do Código de Processo Penal" (fl. 30).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A impetração deste *habeas corpus* foi motivada por alegada conduta omissiva do Relator do HC 118.581/ES, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

2. A demora no julgamento do referido *writ*, impetrado no Superior Tribunal de Justiça em 10 de outubro de 2008, deu-se em virtude da grande quantidade de processos nos Tribunais Superiores, o que inviabiliza a prestação jurisdicional em prazo razoável, como asseverado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Essa realidade tem levado esta Corte a conceder a ordem de *habeas corpus*, para recomendar o imediato julgamento ao Superior Tribunal de Justiça.

3. Ante o exposto, **concedo** a presente ordem de *habeas corpus*, **recomendando** ao Superior Tribunal de Justiça que dê absoluta preferência ao julgamento do HC 118.581/ES.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Na mesma linha do Ministro Gilmar, eu também, aqui neste caso, estou recomendando ao Superior Tribunal de Justiça que dê absoluta preferência ao julgamento deste *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): Vossa Excelência, portanto, defere o pedido com essa recomendação?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Não, eu denego a ordem, mas recomendo ao STJ a preferência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O que nós estamos fazendo é deferir.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Para recomendar.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Então, vamos uniformizar. Eu defiro, para o efeito de recomendar.

EXTRATO DA ATA

HC 101.726/ES — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Pacientes: Agnaldo Ferreira Lima Santos e Paulo Francisco Rosa. Impetrante: Defensoria Pública da União (Procurador: Defensor Público-Geral Federal). Coator: Relator do HC 118.581 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 22 de junho de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Ct — Ação de improbidade administrativa. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF — ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Prejudicialidade. Advogado: capacidade postulatória privativa em Juizado Especial. Revogação tácita pela Lei 9.099/1995. Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "juizados especiais". ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm — ***Administração pública.*** Sala especial para advogado. Utilização de bem público. Controle pela OAB: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 7º, § 4º, expressão "e controle": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr — ***Advocacia.*** Capacidade postulatória. Atividade essencial à administração da justiça. Presença de advogado em todos os atos jurisdicionais: não obrigatoriedade. CF/1988, art. 133. Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "qualquer": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn — ***Advocacia.*** Imunidade profissional: limite. Exercício de múnus público. Autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. Estatuto da OAB, art. 2º, § 3º. Estatuto da OAB, art. 7º, § 2º, expressão "ou desacato": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr ***Advocacia.*** Incompatibilidade. Poder Judiciário, Juizado Especial e Justiça de Paz. Juiz eleitoral e suplente: exclusão. Estatuto da OAB, art. 28, II: inconstitucionalidade parcial. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Advogado. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Advogado. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Advogado. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Advogado: capacidade postulatória privativa em Juizado Especial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Apreciação da decisão pelo Poder Judiciário: medida liminar ou tutela antecipada. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental. Controvérsia judicial relevante: aplicabilidade imediata do art. 14, § 9º, da CF/1988, redação da ECR 4/1994. Lei 9.882/1999, art. 3º, V. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Norma impugnada anterior à ECR 4/1994: descabimento de ADI. Inexistência de outro meio eficaz. Princípio da subsidiariedade. CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994. Lei Complementar 64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e*, *g* e *h*, e 15. Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Legitimidade ativa. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Pertinência temática: funcionamento do Poder Judiciário. CF/1988, art. 103, IX. Lei 9.882/1999, art. 2º, I. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Arguição de descumprimento de preceito fundamental: processo de caráter objetivo. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Asilo: distinção. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr Atividade essencial à administração da justiça. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Atuação como ministro do TSE. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Pn Autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

B

PrGr ***Busca e apreensão.*** Advogado. Escritório ou local de trabalho: inviolabilidade. Presença de representante da OAB. Estatuto da OAB, art. 7º, II. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Busca e apreensão. (...) ***Prova criminal.*** HC 96.407 *RTJ* 215/623

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Capacidade eleitoral passiva: suspensão. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr Capacidade postulatória. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Cargo de direção: alcance. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct CDC/1990, art. 55, § 1º. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrCv CF/1988, art. 5º, VI e VIII. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

PrSTF CF/1988, art. 5º, LII. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int CF/1988, art. 5º, LII. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn CF/1988, art. 5º, LXXVIII, redação da EC 45/2004. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrSTF CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

El CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct CF/1988, arts. 15, V, e 37, § 4º. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct CF/1988, art. 24, V e XII. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct CF/1988, arts. 37, *caput*, e 103-B, § 4º, II. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct CF/1988, art. 61, § 1º, II, *e*. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct CF/1988, art. 102, I, *g*: alcance. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF CF/1988, art. 103, IX. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr CF/1988, art. 133. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Comparecimento: caráter facultativo. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Compatibilidade com as finalidades da lei: requisito. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct ***Competência.*** Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nepotismo: vedação. Princípios da administração pública no âmbito do Poder Judiciário: aplicação. Princípio da independência e harmonia dos Poderes e princípio federativo: ofensa inocorrente. CF/1988, arts. 37, *caput*, e 103-B, § 4º, II. Resolução 7/2005-CNJ. ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct ***Competência legislativa concorrente.*** Estado-membro. Consumo, proteção e defesa da saúde: doença celíaca. Supermercado e hipermercado: determinação de concentração de produtos sem glúten em um mesmo local ou gôndola. Instituição de incentivo fiscal: possibilidade condicionada. Interferência do Poder Legislativo na função administrativa: ausência. CF/1988, art. 24, V e XII. CDC/1990, art. 55, § 1º. Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 4º, 5º e 6º. ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Int Compromisso formal: necessidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Comutação em pena não superior a trinta anos. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrGr Concessão de refúgio pelo ministro da Justiça. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Conduta omissiva do relator: inocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

Ct Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** Nepotismo: vedação. Cargo de direção: alcance. Função de chefia: inclusão do termo. Resolução 7/2005-CNJ, art. 2º, II, III, IV e V: interpretação conforme à Constituição. ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Consumo, proteção e defesa da saúde: doença celíaca. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** Processo de caráter objetivo. Impedimento ou suspeição: inaplicabilidade. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Controle jurisdicional: cabimento. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Controle pela OAB: impossibilidade. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Controvérsia judicial relevante: aplicabilidade imediata do art. 14, § 9º, da CF/1988, redação da ECR 4/1994. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrPn Crime afiançável: impossibilidade. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Crime comum ou crime político: caracterização. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Crime político: não caracterização. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

D

PrCv Data alternativa ao *Shabat* para realização do exame: descabimento. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

Int Defensor constituído. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Deferimento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Deferimento. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrPn Demora no julgamento pelo STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrGr Devido processo legal: ofensa. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrCv Dificuldades administrativas e práticas. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

Int Direito de defesa: exercício. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct ***Direitos políticos.*** Capacidade eleitoral passiva: suspensão. Ação de improbidade administrativa. Trânsito em julgado da condenação: necessidade. Princípio da não culpabilidade. CF/1988, arts. 15, V, e 37, § 4º. Lei 8.429/1992, art. 20. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct ***Direitos políticos.*** Capacidade eleitoral passiva: suspensão. Reconhecimento de inelegibilidade: necessidade de trânsito em julgado. Princípio da não culpabilidade: eficácia irradiante extrapenal. Probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato: ofensa inocorrente. Lei Complementar 64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e* e *h*, e 15. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct ***Direitos políticos.*** Capacidade eleitoral passiva: suspensão. Rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública. Apreciação da decisão pelo Poder Judiciário: medida liminar ou tutela antecipada. Suspensão da inelegibilidade. Probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato: ofensa inocorrente. CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *g*. Súmula 1 do TSE. ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr Disciplina. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Documentos sigilosos: impossibilidade. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

E

PrPn Escritório de advocacia: extensão da empresa investigada. (...) ***Prova criminal.*** HC 96.407 *RTJ* 215/623

PrGr Escritório ou local de trabalho: inviolabilidade. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Estado-membro. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrSTF Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "juizados especiais". (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 1º, I, expressão "qualquer": inconstitucionalidade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn Estatuto da OAB, art. 2º, § 3º. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 7º, II. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Estatuto da OAB, art. 7º, IV e § 3º. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Estatuto da OAB, art. 7º, V, expressão "assim reconhecidas pela OAB": inconstitucionalidade. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 7º, IX: inconstitucionalidade. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Pn Estatuto da OAB, art. 7º, § 2º, expressão "ou desacato": inconstitucionalidade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Estatuto da OAB, art. 7º, § 4º, expressão "e controle": inconstitucionalidade. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Estatuto da OAB, art. 28, II: inconstitucionalidade parcial. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Estatuto da OAB, art. 50, expressão "requisitar": interpretação conforme à Constituição. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

El Exame da vida pregressa de candidato a cargo político: necessidade de lei complementar. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrCv Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM): participação de estudantes judeus. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

Pn Exercício de múnus público. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Existência jurídica, validez e eficácia do ato administrativo: questão preliminar. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Extinção da punibilidade: inocorrência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Deferimento. Presidente da República: não vinculação à decisão do STF. Lei 6.815/1980, art. 89, *caput*: interpretação. Tratado Brasil-Itália: observância necessária. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Instrução. Tradução deficiente. Potencial de dano semântico: ausência. Lei 6.815/1980, arts. 78, I e II, e 80, § 1º. Tratado Brasil-Itália, Artigo 10, n. 2. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF ***Extradição.*** Julgamento. Matéria constitucional. Voto do presidente do STF: necessidade. CF/1988, art. 5º, LII. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 146. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Prescrição da pretensão executória: suspensão. Extinção da punibilidade: inocorrência. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Prisão perpétua. Comutação em pena não superior a trinta anos. Compromisso formal: necessidade. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição.*** Reexame de prova: impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Lei 6.815/1980, art. 85, § 1º. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrGr Extradição em curso. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição executória.*** Deferimento. Homicídio. Crime político: não caracterização. Natureza do fato: critério da preponderância. CF/1988, art. 5º, LII. Lei 6.815/1980, art. 77, VII e § 1º e § 2º. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Extradição executória.*** Processo condenatório: nulidade inocorrente. Revelia: irrelevância. Comparecimento: caráter facultativo. Defensor constituído. Direito de defesa: exercício. Princípio do devido processo legal. Tratado Brasil-Itália, Artigo 5, *a*. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

F

Ct Função de chefia: inclusão do termo. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

G

PrPn Grande quantidade de processos: inviabilização da prestação jurisdicional em prazo razoável. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrCv Grave lesão à ordem jurídico-administrativa. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Demora no julgamento pelo STJ. Conduta omissiva do relator: inocorrência. Grande quantidade de processos: inviabilização da prestação jurisdicional em prazo razoável. Recomendação: absoluta preferência para julgamento imediato. Princípio da razoável duração do processo. CF/1988, art. 5º, LXXVIII, redação da EC 45/2004. HC 101.726 *RTJ* 215/630

El Hipóteses: enumeração constitucional. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Homicídio. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

I

PrSTF ***Impedimento.*** Inocorrência. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: processo de caráter objetivo. Ministro do STF. Atuação como ministro do TSE. Informações prestadas como presidente do TSE. Súmula 72 do STF. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Impedimento ou suspeição: inaplicabilidade. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Pn Imunidade profissional: limite. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Incompatibilidade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

El Inelegibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Inexistência de outro meio eficaz. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Informações prestadas como presidente do TSE. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Inocorrência. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Instituição de incentivo fiscal: possibilidade condicionada. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Int Instrução. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Interferência do Poder Legislativo na função administrativa: ausência. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrSTF Interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr Inversão tumultuária do procedimento. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

J

PrGr Juiz eleitoral e suplente: exclusão. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Julgamento. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

L

PrPn Lavratura do auto: presença de representante da OAB. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrSTF Legitimidade ativa. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Lei 6.815/1980, art. 77, VII e § 1º e § 2º. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Lei 6.815/1980, art. 77, § 2º. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Lei 6.815/1980, arts. 78, I e II, e 80, § 1º. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Lei 6.815/1980, art. 85, § 1º. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Lei 6.815/1980, art. 89, *caput*: interpretação. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Lei 8.429/1992, art. 20. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Lei 9.474/1997, arts. 1º e 3º. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Lei 9.474/1997, art. 33: interpretação. (...) ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 2º, I. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 3º, V. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Lei Complementar 64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e* e *h*, e 15. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Lei Complementar 64/1990, arts. 1º, I, *d*, *e*, *g* e *h*, e 15. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *g*. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 2º, 3º, 7º, 8º e 9º: inconstitucionalidade. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 4º, 5º e 6º. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrCv Liberdade religiosa e direito à educação: ofensa inocorrente. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

M

PrPn Mandado judicial: abrangência das sedes das empresas. (...) ***Prova criminal.*** HC 96.407 *RTJ* 215/623

PrSTF Matéria constitucional. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrSTF Ministro do STF. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr Momento posterior ao voto do relator. (...) ***Sustentação oral.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

El Morte de parlamentar: sucessão da vaga na Câmara dos Deputados. (...) ***Partido político.*** MS 27.938 *RTJ* 215/612

Adm Motivação: necessidade. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Motivo ligado ao exercício da profissão. (...) ***Prisão em flagrante.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr MS 27.875: prejudicialidade. (...) ***Questão de ordem.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

El Mudança de partido político no curso do mandato: justa causa. (...) ***Partido político.*** MS 27.938 *RTJ* 215/612

N

Int Natureza: ato administrativo vinculado. (...) ***Refúgio.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Natureza do fato: critério da preponderância. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Nepotismo: vedação. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Nepotismo: vedação. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

PrSTF Norma impugnada anterior à ECR 4/1994: descabimento de ADI. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

O

Adm ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções. Requisição de cópias de peças e documentos. Motivação: necessidade. Compatibilidade com as finalidades da lei: requisito. Recolhimento do custo: condição. Documentos sigilosos: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 50, expressão "requisitar": interpretação conforme à Constituição. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Organização administrativa do Estado. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

P

El ***Partido político.*** Morte de parlamentar: sucessão da vaga na Câmara dos Deputados. Mudança de partido político no curso do mandato: justa causa. Transferência da vaga ao novo partido: descabimento. MS 27.938 *RTJ* 215/612

PrSTF Pertinência temática: funcionamento do Poder Judiciário. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrGr Poder Judiciário, Juizado Especial e Justiça de Paz. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Potencial de dano semântico: ausência. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Prejudicialidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Prescrição da pretensão executória: suspensão. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrGr Presença de advogado em todos os atos jurisdicionais: não obrigatoriedade. (...) ***Advocacia.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrGr Presença de representante da OAB. (...) ***Busca e apreensão.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Presidente da República: não vinculação à decisão do STF. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Adm Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

El Princípio da divisão funcional dos Poderes e da não culpabilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Princípio da independência e harmonia dos Poderes e princípio federativo: ofensa inocorrente. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

PrCv Princípio da isonomia e da neutralidade do Estado. (...) ***Suspensão de tutela antecipada.*** STA 389-AgR *RTJ* 215/165

Ct Princípio da não culpabilidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Princípio da não culpabilidade: eficácia irradiante extrapenal. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrPn Princípio da razoável duração do processo. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

Ct Princípio da simetria. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrSTF Princípio da subsidiariedade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Princípio do devido processo legal. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Princípios da administração pública no âmbito do Poder Judiciário: aplicação. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

PrPn ***Prisão em flagrante.*** Advogado. Motivo ligado ao exercício da profissão. Lavratura do auto: presença de representante da OAB. Crime afiançável: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 7º, IV e § 3º. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn ***Prisão especial.*** Advogado. Sala de Estado Maior. Reconhecimento das instalações pela OAB: impossibilidade. Estatuto da OAB, art. 7º, V, expressão "assim reconhecidas pela OAB": inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Prisão perpétua. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato: ofensa inocorrente. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Processo condenatório: nulidade inocorrente. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Processo de caráter objetivo. (...) ***Controle concentrado de constitucionalidade.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

El ***Processo eleitoral.*** Inelegibilidade. Hipóteses: enumeração constitucional. Exame da vida pregressa de candidato a cargo político: necessidade de lei complementar. Princípio da divisão funcional dos Poderes e da não culpabilidade. CF/1988, art. 14, § 9º, redação da ECR 4/1994: não autoaplicabilidade. Súmula 13 do TSE. ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct ***Processo legislativo.*** Matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo. Organização administrativa do Estado. Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca. Princípio da simetria. CF/1988, art. 61, § 1º, II, *e*. Lei estadual 12.385/2002/SC, arts. 2º, 3º, 7º, 8º e 9º: inconstitucionalidade. ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

PrPn ***Prova criminal.*** Busca e apreensão. Escritório de advocacia: extensão da empresa investigada. Mandado judicial: abrangência das sedes das empresas. Prova ilícita: ausência. HC 96.407 *RTJ* 215/623

PrPn Prova ilícita: ausência. (...) ***Prova criminal.*** HC 96.407 *RTJ* 215/623

Q

PrGr ***Questão de ordem.*** Concessão de refúgio pelo ministro da Justiça. Extradição em curso. Existência jurídica, validez e eficácia do ato administrativo: questão preliminar. MS 27.875: prejudicialidade. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

R

Adm Recolhimento do custo: condição. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

PrPn Recomendação: absoluta preferência para julgamento imediato. (...) ***Habeas corpus.*** HC 101.726 *RTJ* 215/630

PrPn Reconhecimento das instalações pela OAB: impossibilidade. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Reconhecimento de inelegibilidade: necessidade de trânsito em julgado. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Reexame de prova: impossibilidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int ***Refúgio.*** Natureza: ato administrativo vinculado. Controle jurisdicional: cabimento. Asilo: distinção. Lei 9.474/1997, arts. 1º e 3º. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 146. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Adm Requisição de cópias de peças e documentos. (...) ***Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Ct Resolução 7/2005-CNJ. (...) ***Competência.*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Ct Resolução 7/2005-CNJ, art. 2º, II, III, IV e V: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*** ADC 12 *RTJ* 215/11

Int Revelia: irrelevância. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

PrSTF Revogação tácita pela Lei 9.099/1995. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

S

PrPn Sala de Estado Maior. (...) ***Prisão especial.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Adm Sala especial para advogado. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

Int Sistema de contenciosidade limitada. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Súmula 1 do TSE. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

El Súmula 13 do TSE. (...) ***Processo eleitoral.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrSTF Súmula 72 do STF. (...) ***Impedimento.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Ct Supermercado e hipermercado: determinação de concentração de produtos sem glúten em um mesmo local ou gôndola. (...) ***Competência legislativa concorrente.*** ADI 2.730 *RTJ* 215/604

Ct ***Supremo Tribunal Federal (STF).*** Crime comum ou crime político: caracterização. CF/1988, art. 102, I, *g*: alcance. Lei 6.815/1980, art. 77, § 2º. Lei 9.474/1997, art. 33: interpretação. Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Ct Suspensão da inelegibilidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

PrCv ***Suspensão de tutela antecipada.*** Grave lesão à ordem jurídico-administrativa. Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM): participação de estudantes judeus. Data alternativa ao *Shabat* para realização do exame: descabimento. Dificuldades administrativas e práticas. Liberdade religiosa e direito à educação: ofensa inocorrente. Princípio da isonomia e da neutralidade do Estado. CF/1988, art. 5º, VI e VIII. STA 389-AgR *RTJ* 215/165

PrGr ***Sustentação oral.*** Disciplina. Momento posterior ao voto do relator. Inversão tumultuária do procedimento. Devido processo legal: ofensa. Estatuto da OAB, art. 7º, IX: inconstitucionalidade. ADI 1.127 *RTJ* 215/528

T

Int Tradução deficiente. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

El Transferência da vaga ao novo partido: descabimento. (...) ***Partido político.*** MS 27.938 *RTJ* 215/612

Ct Trânsito em julgado da condenação: necessidade. (...) ***Direitos políticos.*** ADPF 144 *RTJ* 215/31

Int Tratado Brasil-Itália: observância necessária. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Tratado Brasil-Itália, Artigo 5, *a*. (...) ***Extradição executória.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

Int Tratado Brasil-Itália, Artigo 10, n. 2. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

U

Adm Utilização de bem público. (...) ***Administração pública.*** ADI 1.127 *RTJ* 215/528

V

PrSTF Voto do presidente do STF: necessidade. (...) ***Extradição.*** Ext 1.085 *RTJ* 215/177

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

12	(ADC)	Rel.: Min. Ayres Britto	215/11
144	(ADPF)	Rel.: Min. Celso de Mello	215/31
389	(STA-AgR)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	215/165
1.085	(Ext)	Rel.: Min. Cezar Peluso	215/177
1.127	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Ricardo Lewandowski	215/528
2.730	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	215/604
27.938	(MS)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	215/612
96.407	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	215/623
101.726	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	215/630