

EXTRADIÇÃO 1.085 - CASO CESARE BATTISTI

[voto quanto ao mérito da extradição]

MINISTRO EROS ROBERTO GRAU

01. 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.

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.

02. 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 coincidissem 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.

03. Não vejo como compatibilizar a invalidação *de ofício* da concessão de refúgio, nos autos de extradição, com o disposto no artigo 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.

04. 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.

05. 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.

06. 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*"¹) 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*"². Um ou outro. Assim tem sido desde a vigência do decreto-lei 314/67 e das alterações que lhe seguiram (decreto-lei 898/69 e Lei n. 6.620/78), até a atual Lei de Segurança Nacional, Lei n. 7.170/83. 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.

07. 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

¹ Veja-se o decreto-lei 314/67, o decreto-lei 898/69 e a Lei 6.620/78.

² Lei 7.170/83, art. 1º.

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.

08. 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 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.

09. O processo de interpretação dos textos de direito encontra na *precompreensão* o seu momento inicial³. Aquele que tenta

³ Vou me valer, nas linhas que seguem, sintetizando-a, de exposição contida no meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, págs. 112 e seguintes.

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 arbitrarias. 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.

Isso não implica em 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 idiosincrasias 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 sua alteridade e, assim, possa pôr em confronto sua verdade objetiva com as opiniões prévias do intérprete.

10. 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 *precompreensão* 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. Neste 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 sócio-econômica 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.

11. O voto do Ministro Marco Aurélio esgota corretamente, no meu sentir, a matéria de mérito. Suas precompreensões 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, nos levam à mesma decisão. Também não são melhores do que as nossas, ou piores, as precompreensões 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 precompreensão. Eu, serena e prudentemente, não concedo a extradição.

[voto sobre a vinculação ou não vinculação do Presidente da República pela decisão do tribunal]

01. 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 Extradicação celebrado entre o Brasil e a Itália, tratado aprovado pelo decreto 863/93, que há de ser interpretado à luz da Constituição.

02. 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 Extradição 272, relator o Ministro Victor Nunes Leal, o seguinte: "1) Extradição, a) o deferimento ou recusa da extradição é direito inerente à soberania. b) A efetivação, pelo govêrno, 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'".

03. 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 [veja-se os incisos XVIII, XIX e XX desse mesmo artigo 84] A "Parte requerida" é o Estado, no Brasil presentado pelo Presidente da República. Quando não é assim o tratado refere, sempre, "autoridades judiciárias" (Artigos 1; 3.1,*a*; 7.2 e 7.5).

04. Daí que o Presidente da República está ou não obrigado a deferir extradição autorizada pelo tribunal nos termos do Tratado.

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 Artigo 3.1. Tanto é assim que o Artigo 14.1 dispõe que a recusa da extradição pela Parte requerida --- e a "Parte requerida", repito, é apresentada pelo Presidente da República --- "mesmo parcial, deverá ser motivada".

05. Pois esse Artigo 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.

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.

Voto nesse sentido. O que obriga o Presidente da República é o Tratado de Extradicação celebrado entre o Brasil e a Itália, aprovado pelo decreto 863/93. 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".

Membro Honorário do IAB, 2º Vice-Presidente do IAB - Gestão 1998/2000, Orador Oficial do IAB - Gestão 2000/2002 e Diretor-Adjunto do IAB - Gestão 2002/2004