

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.875
MEMORIAL DO EXTRADITANDO CESARE BATTISTI

SUMÁRIO

Introdução

DESCRIÇÃO DA HIPÓTESE

1. A impetração e seu argumento central
2. Fundamentos da decisão do Ministro da Justiça

I. DESCABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

1. Inexistência, mesmo em tese, de direito líquido e certo
2. Impossibilidade de discussão de questões de fato

II. IMPROPRIEDADE JURÍDICA DA REVISÃO DO MÉRITO DA DECISÃO

1. Discricionariedade, vinculação e mérito do ato administrativo
2. Competência privativa do Executivo em matéria de relações internacionais
3. Limites do controle judicial na matéria

III. VALIDADE DA DECISÃO IMPUGNADA NO SEU MÉRITO: VALORAÇÃO RAZOÁVEL DE ELEMENTOS OBJETIVOS

1. A questão no plano do direito interno
 - 1.1. Inexistência de impedimento legal à concessão de refúgio
 - 1.2. Não interferência em competência do STF
 - 1.3. Refúgio e asilo no direito brasileiro e internacional
2. A questão no plano do direito internacional

IV. CONCLUSÃO

Introdução¹

DESCRIÇÃO DA HIPÓTESE

CESARE BATTISTI apresenta, a seguir, de forma sistematizada e objetiva, as razões processuais e de mérito pelas quais deve ser denegado o mandado de segurança impetrado pela República Italiana. Como se depreende do pedido formulado na petição inicial, pretende a impetrante invalidar a decisão do Ministro de Estado da Justiça que concedeu refúgio ao ora requerente, nos termos da Lei nº 9.474, de 22.07.1997. A pretensão não merece ser acolhida, por fundamentos diversos, que serão apresentados de acordo com o roteiro acima.

Por convenção, a República Italiana será também referida como *impetrante* e Cesare Battisti como *requerente*.

1. A impetração e seu argumento central

1. Em 27 de junho de 2008, o ora requerente formulou pedido para que fosse reconhecida sua condição de refugiado, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951². O pedido foi acolhido pelo Ministro de Estado da Justiça, em sede de recurso, por decisão cuidadosamente motivada. Inconformada, a República Italiana impetrou mandado de segurança, alegando que o ato de soberania praticado pela autoridade legalmente competente – e endossado em mais de uma ocasião pelo Presidente da República – incorreria nas seguintes ilegalidades: (i) teria se fundado em motivos inexistentes e/ou falsos; (ii) violaria a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para apreciar pedido de extradição em curso (Extradição nº. 1.085-Itália); e (iii) violaria o princípio da

¹ Colaboraram na elaboração desta peça Ana Paula de Barcellos, Professora-Adjunta de Direito Constitucional da UERJ, Carmen Tiburcio, Professora-Adjunta de Direito Internacional Privado da UERJ e Eduardo Mendonça, mestre e doutorando pela UERJ.

² Lei nº 9.474/97: “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”.

impessoalidade, pois representaria mero ato de vontade da autoridade coatora. Não tem razão a impetrante.

2. Cumpre fazer dois registros iniciais. Em primeiro lugar, é de se notar que os argumentos (i) e (iii), identificados acima, se superpõem e podem ser enunciados em uma única proposição: a de que, em razão da ausência de motivos reais para a decisão tomada, ela teria consistido em mero ato de vontade da autoridade coatora, violando, desse modo, o princípio da impessoalidade. Quanto à suposta violação à competência do STF para decidir a extradição, é a própria Lei nº 9.474/97, no seu art. 33, que prevê de forma expressa que a concessão do refúgio produz a extinção da extradição eventualmente em curso³, na linha, aliás, dos padrões internacionais sobre a matéria⁴e⁵. Ou seja: a extinção da extradição na hipótese não decorre de qualquer manobra ou artifício impróprio associado ao ato coator. Ao contrário, a concomitância dos procedimentos é comum e, por isso mesmo, expressamente regulada pelo direito internacional⁶,

³ Lei nº 9.474/97, art. 33: “O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”. A propósito, a constitucionalidade desse dispositivo legal foi expressamente reconhecida pela Corte, como será destacado adiante. V. STF, DJE 17 ago. 2007, Ext. 1.008-Colômbia, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence

⁴ Em documento recente, o Alto Comissariado das Nações Unidas para a Proteção de Refugiados (UNHCR) manifestou expressamente o entendimento de que a concessão de refúgio pela autoridade competente deve impedir a concessão de extradição. Nesse sentido, v. UNHCR, *Guidance note on extradition and international refugee protection*, 2008, p. 22: “Quando um pedido de extradição é formulado pelo país de origem de um refugiado que foi reconhecido pelo Estado requerido como refugiado em conformidade com a Convenção de 1951, a determinação do status de refugiado pelas autoridades que concederam o asilo deve, na visão do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, vincular os órgãos estatais e instituições que lidam com o pedido de extradição. Nesses casos, as autoridades que concederam o asilo do Estado requerido reconheceram a existência do medo de perseguição do extraditando com relação ao Estado requerente”.

⁵ De forma sintomática, o Alto Comissariado das Nações Unidas para a Proteção de Refugiados (UNHCR) manifestou preocupação com a possibilidade de que esse Eg. STF venha a deferir a extradição do refugiado Cesare Battisti, o que consideraria um retrocesso na política brasileira para os refugiados, bem como um precedente perigoso para a prática internacional acerca do tema. Portal *Globo.com* (G1), 02.05.2009 (“Caso Battisti: ONU teme retrocesso em refúgios no País”).

⁶ V. art. IV da Convenção sobre Asilo Territorial de 1954, ratificada pelo Brasil e internalizada pelo Decreto nº 55929/65. No mesmo sentido, v. decisão da Corte Européia de Direitos Humanos determinando à Rússia a suspensão de uma extradição de indivíduos provenientes do Uzbequistão para esse país pois tinham status de refugiados concedido pelo UNHCR (Ismoilov and others v. Russia – Application 2947/06) e decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 27.10.1999 que concedeu medida cautelar a um peruano, residente na Argentina, cuja extradição estava sendo requerida pelo Peru, na pendência de pedido de refúgio (www.cidh.org/medidas/1999.sp.htm).

comparado⁷ e pelo legislador brasileiro.

3. Nesse contexto, portanto, o argumento da impetração que subsiste é o da inexistência ou falsidade dos motivos que embasaram o ato apontado como coator. Como se verá, porém, a decisão se baseia em um amplo conjunto de fatos objetivos, constantes dos próprios autos, tanto da extradição quanto do mandado de segurança

2. Fundamentos da decisão do Ministro da Justiça

4. Tendo em vista a tese central das razões apresentadas pela impetrante, afigura-se relevante identificar os fundamentos da decisão do Ministro da Justiça, para verificar se de fato são inexistentes ou falsos. Ao lançar os olhos sobre eles, qualquer observador isento irá constatar que a impetração é profundamente injusta, assim no tom como no conteúdo. Quase todos os pontos suscitados na decisão são objetivamente comprovados; e os poucos que envolvem valoração política são dotados de plena razoabilidade. Confira-se a enunciação esquemática das razões de decidir:

- 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, a instalação de um novo regime político-social (itens 12 e 13).
- b) Ao reagir à atuação das organizações revolucionárias, 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).
- c) Situações de extrema tensão social e política, como as vividas pela Itália, levam ao funcionamento de aparatos ilegais e/ou paralelos ao Estado, comandados por justiceiros “de fato”, configurando, por vezes, forte crise de legalidade (item 15).
- d) 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).

⁷ V. exemplificativamente Lei do Reino Unido sobre Extradicação de 2003, section 121 e Lei portuguesa sobre asilo, nº 70/93, art. 6.

- e) Determinadas medidas adotadas pela Itália nos “anos de chumbo” ressoam ainda hoje nas organizações internacionais que lidam com direitos humanos, como se verifica do relatório da Anistia Internacional e do Comitê Europeu para Prevenção da Tortura (item 20).
- f) 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)⁸.
- g) 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).
- h) A legislação de exceção italiana permitiu que se fizessem ao requerente acusações sobrepostas, com procedimentos e tipos penais singulares desenvolvidos pelo Estado requerente (item 23).
- i) As acusações feitas contra o requerente fundamentaram-se, precipuamente, em uma testemunha de acusação implicada pelos próprios fatos delituosos, qual seja, o delator premiado Pietro Mutti (item 24).
- j) A despeito da alegação de que as acusações ao requerente dizem respeito à violação da lei comum, é de se notar que a própria decisão sobre os homicídios afirma ter agido ele com a finalidade de “subverter a ordem do Estado”, “subverter as instituições e a fazer com que o proletariado tomasse o poder” 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 insurrecional e a pretensão de instituir um poder soberano “fora do ordenamento”. A natureza política da atuação do requerente é confirmada por carta do ex-Primeiro-Ministro e ex-Presidente Francesco Cossiga (itens 28 e 30).

⁸ De fato, o Reino Unido negou a extradição de Roberto Fiore e Massimo Morsello, fundadores do grupo neofascista Forza Nuova (http://en.wikipedia.org/wiki/Roberto_Fiore e http://en.wikipedia.org/wiki/Massimo_Morsello). O Japão recusou a extradição de Delfo Zorzi, considerado o inspirador de atentados de extrema direita em Milão e na Brescia (http://it.wikipedia.org/wiki/Delfo_Zorzi). A Nicarágua negou mais de uma vez a extradição de Alessio Casimirri, militante das Brigadas Vermelhas acusado de participação no sequestro de Aldo Moro (http://it.wikipedia.org/wiki/Alessio_Casimirri). Sem falar nos muitos ativistas que se abrigaram na França, por mais de uma década, durante a vigência da *Doutrina Mitterrand*, incluindo o próprio Cesare Battisti e Marina Petrella.

- l) O requerente esteve abrigado em solo francês, durante o Governo de François Mitterrand, tendo sido acolhido juntamente com vários militantes da extrema esquerda italiana na mesma situação (itens 30 e 31).
- m) A situação do requerente foi alterada durante o Governo Jacques Chirac, que mudou a política de abrigo aos militantes italianos. A extradição do requerente, que havia sido negada anteriormente pela França, veio a ser concedida, no contexto de mudanças políticas naquele país (item 34).
- n) O refúgio, 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 (item 39).
- o) Merece destaque o fato de que o requerente renunciou à luta armada, constituiu família, teve duas filhas e vive pacificamente como escritor há muitos anos (itens 31, 32 e 33).
- p) O pedido de extradição é para cumprimento de prisão perpétua (item 6).

5. Diante de tudo isso, concluiu o Ministro da Justiça, de maneira inequívoca, mas elegante, insuscetível de representar qualquer tipo de afronta, por padrões normais de susceptibilidade diplomática:

“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 conseqüência, há dúvida razoável sobre os fatos que, segundo o Recorrente, fundamentam seu temor de perseguição.

45. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer a condição de refugiado político a Cesare Battisti, nos termos do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97”.

6. Na visão da impetrante, República Italiana, os motivos alinhados acima seriam “inexistentes ou falsos”, constituindo “manifesto desvio de poder”, basicamente por três razões: (i) a Itália era, e é, uma democracia e, a seu juízo, tal argumento inviabilizaria que se pudesse cogitar de temor de perseguição política; (ii) os crimes imputados ao refugiado seriam comuns e não guardariam relação com sua atividade política; e (iii) o processo que resultou na condenação do requerente teria sido proferido por tribunais regulares, com garantia do devido processo legal, e não teria sofrido contaminação política.

7. Nada obstante, e como se verá, ainda que o presente *writ* fosse cabível, a verdade é que: (i) a circunstância de a Itália ser um Estado democrático não está em debate nem repercute da forma como supõe a impetrante sobre a avaliação a cargo do Ministro de Estado para fins de concessão de refúgio; (ii) a afirmação de que os crimes indicados acima e, sobretudo, a condenação que se quer executar não teriam vinculação política simplesmente não corresponde aos fatos incontroversos que constam dos autos; e (iii) os fatos envolvendo o processo que resultou na condenação do ora suplicante e o pedido de extradição – as leis de exceção, os julgamentos coletivos, a delação premiada como fundamento de nova condenação, o julgamento à revelia por júri popular e a tentativa de isolar determinados tipos penais do conjunto que integram, para fins de extradição – são reais e estão registrados objetivamente nos autos.

8. A impetrante, naturalmente, é livre para discordar politicamente da avaliação feita pelo Ministro de Estado da Justiça a respeito dos fatos descritos e sugerir uma visão alternativa acerca deles. Negar sua existência, porém, não parece razoável. Tampouco se pode afirmar que quem faça um juízo diferente incorre em “desvio de poder ou de finalidade”. É próprio do regime democrático que se reconheça o pluralismo e a possibilidade de diferentes valorações razoáveis sobre um mesmo tema ou conjunto de fatos. Em matéria submetida à soberania do Brasil, a valoração razoável que deve prevalecer é aquela realizada pela autoridade brasileira competente. Seja como for, sequer será próprio chegar a esse nível de análise, como se passa a demonstrar.

II. DESCABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

1. Inexistência, mesmo em tese, de direito líquido e certo

9. O mandado de segurança, nos termos constitucionais, tem por objeto a tutela de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de autoridade pública. Como é corrente, titular de um direito líquido e certo é a pessoa física ou jurídica a quem o ordenamento jurídico confere o poder de exigir determinada ação ou abstenção. Ao direito líquido e certo do impetrante do mandado de segurança há de corresponder, portanto, um dever jurídico por parte da autoridade pública. Ainda no campo conceitual, não custa lembrar que o mandado de segurança não se presta ao controle abstrato de legalidade dos atos praticados por agentes públicos. Para manejar o remédio constitucional em questão, é preciso que se pretenda defender um direito próprio⁹.

10. Ora bem: um Estado estrangeiro não tem direito – menos ainda líquido e certo¹⁰ – a que o Estado brasileiro negue refúgio a indivíduo que se encontra em seu território, submetido a sua soberania. Nenhum dispositivo da Constituição, das leis ou de ato internacional reconhece semelhante posição jurídica. A postulação da República Italiana pode ser veiculada no plano das relações políticas entre os países e deve ser dirigida ao Poder Executivo: não se trata, porém, de um direito subjetivo sindicável perante o Poder Judiciário. Como se sabe, cabe ao Executivo conduzir a política externa e decidir sobre a concessão de refúgio, a naturalização e a autorização para ingresso ou saída de pessoas do território nacional, veiculando, nesse contexto, as decisões soberanas da República Federativa do Brasil¹¹. É nessa mesma linha, aliás, que o Presidente da

⁹ Como se sabe, a substituição processual para a defesa de direito alheio depende de expressa previsão legal, mas o ponto sequer é pertinente aqui. Sobre a necessidade de que o impetrante postule a tutela de direito próprio, a título de exemplo, v. STF, *DJU* 24 ago. 2001, AgRg no MS 23.800/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa.

¹⁰ Carlos Alberto Menezes Direito, *Manual do Mandado de Segurança*, 1999, p. 67: “Claro que a locução direito *líquido e certo* impõe a prova pré-constituída, e que tal prova seja insuscetível de alta indagação. O mandado de segurança só é idôneo se o direito pleiteado for escoimado de qualquer dúvida razoável”.

¹¹ Nesse sentido, confira-se a seguinte passagem de voto do Ministro Sepúlveda Pertence na, Ext 1.008-Colômbia (*DJE* 17 ago. 2007): “Embora eu reconheça, sem subterfúgios, que o juízo final, na espécie, é do Executivo, e que a lei veio viabilizar, na pendência do processo de extradição, o deferimento do refúgio, que o Governo poderia ter concedido antes e, aí, nem sequer encaminhar um eventual pedido de extradição para julgamento do Supremo. Mas, isso pode ocorrer também se já

República sequer está obrigado a encaminhar pedido de extradição ao Supremo Tribunal Federal¹². Como é do conhecimento convencional, a fase judicial da extradição funciona como garantia de que a medida é juridicamente viável, mas não substitui a decisão política sobre a entrega do indivíduo, que é privativa do Presidente¹³.

11. Negada pela autoridade competente brasileira determinada postulação política formulada por Estado estrangeiro, nada há que ele possa exigir em face do Poder Judiciário. As decisões políticas soberanas proferidas pela autoridade competente nessas matérias haverão de ser respeitadas pelos demais Estados, assim como ao Brasil cabe respeitar decisões de soberanias estrangeiras das quais eventualmente discorde politicamente. Em suma: inexistente aqui qualquer direito líquido e certo da impetrante a ser tutelado, o que conduz ao descabimento do presente mandado de segurança.

instaurado o processo”. O mesmo raciocínio já foi explicitado ou indicado por diversos outros Ministros. Para um outro registro analítico, veja-se o voto do Ministro Néri da Silveira na Ext-QO 785-México (DJU 14 nov. 2003).

¹² No caso do ex-presidente Paraguaio Alfredo Stroessner, e.g., o pedido de extradição foi feito pelo Paraguai em 1983 e jamais foi enviado ao STF pelo governo brasileiro, que havia lhe concedido asilo político. Na já referida Ext 1.008-Colômbia, o ponto foi destacado de forma explícita pelos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, com a citação de precedente real. Veja-se a seguinte passagem de voto do Ministro Celso de Mello: “E há um aspecto lembrado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: o próprio encaminhamento, ao Supremo Tribunal Federal, do pedido de extradição dirigido ao Governo do Brasil por um estado estrangeiro, mesmo naqueles casos em que haja um tratado de extradição, é um ato sujeito à discricionariedade governamental – lembro recentemente, dois anos atrás, o que houve”.

¹³ Esta posição é largamente dominante na doutrina, como registra o Parecer do Professor José Afonso da Silva, elaborado a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no qual examina a concessão de refúgio a Cesare Battisti e conclui por sua validade: “Mas a extradição, em si, é ato administrativo, sujeita ao controle prévio de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mas não é o Judiciário que a concede, ainda que muitas vezes se lê (leia) nas decisões judiciais favoráveis, que concedem a extradição. Isso, na verdade, só significa que a extradição é constitucional e legalmente viável” (v. a íntegra em http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=82706). No mesmo sentido, v. Hildebrando Acioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, *Manual de Direito Internacional Público*, 1996, p. 358-9, Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro, In: Carmen Tiburcio, *Temas de direito internacional*, 2006, pp. 212-13 e Celso de Albuquerque Mello, *Direito Penal e Direito Internacional*, 1978, p. 60-1. E, também, Pedro Lenza, *Direito constitucional esquematizado*, 2008, p. 675; Uadi Lamego Bulos, *Curso de direito constitucional*, 2007 e Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 2005, p. 86. Em sentido diverso, v. Francisco Rezek, *Direito Internacional Público. Curso Elementar*, 1991, p. 203, entendendo que uma vez enviado o pedido ao STF, assume o Executivo o compromisso de extraditar, caso o Judiciário o autorize.

2. Impossibilidade de discussão de questões de fato

12. Mesmo que fosse possível superar o óbice apontado acima, há ainda uma segunda razão pela qual o presente mandado de segurança não pode ser conhecido. A impetrante contesta os motivos em que se baseou o ato coator, nem sempre negando-os, mas procurando contrapor outros fatos diversos dos que foram invocados pela autoridade competente. Alega, por exemplo, que a Itália era e é uma democracia – fato que não é controvertido e que foi afirmado pelo Ministro da Justiça em sua decisão –, e daí procura extrair, como consequência axiomática, que não se justificaria o temor de perseguição. A História, tragicamente, infirma tal conclusão¹⁴. Afirma a impetrante, ainda, que os crimes supostamente comuns pelos quais o requerente teria sido condenado não teriam qualquer relação com sua atividade política e, por fim, que os processos que resultaram em sua condenação, além de não terem sofrido qualquer influência política, lhe teriam assegurado todas as garantias do devido processo legal.

13. Afora o equívoco nas consequências que a impetrante pretende extrair dos fatos novos que alega, a verdade é que a demonstração desses mesmos fatos demandaria instrução probatória, o que é inviável em sede de mandado de segurança¹⁵. Não é possível, nessa instância, debater se houve ou não contágio político, devido processo legal ou a natureza política ou comum dos crimes. De modo que, também por essa razão, o presente *writ* é descabido. Ou seja: ainda que a impetrante pudesse ter, em tese, direito líquido e certo à não concessão de refúgio e pudesse confrontar as razões da autoridade coatora com outras, fundadas em outros fatos, que lhe parecem mais adequados, a prova de tais fatos não poderia ser feita em sede de mandado de segurança¹⁶. Há mais, no entanto.

¹⁴ Do julgamento de Sócrates ao não julgamento dos presos de Guantánamo, passando por Dred Scott, pelo Capitão Dreyfus e por Oscar Wilde, 2.500 anos de história provam que nem sempre é assim.

¹⁵ STF, *DJU* 16 fev. 2001, MS 23652/DF, Rel. Min. Celso de Mello: "(...) o processo mandamental não comporta dilação probatória. – O processo de mandado de segurança qualifica-se como processo documental em cujo âmbito não se admite dilação probatória, pois a liquidez dos fatos, para evidenciar-se de maneira incontestável, exige prova pré-constituída, circunstância essa que afasta a discussão de matéria fática fundada em simples conjecturas ou em meras suposições ou inferências".

¹⁶ Carlos Alberto Menezes Direito, *Manual do Mandado de Segurança*, 1999, p. 64: "Há na doutrina e na jurisprudência poucos desacertos com relação à matéria. O que o mandado de segurança exige é que o direito submetido ao julgamento dispense qualquer dilação probatória. O que há é a prova pré-constituída, presente no momento da impetração, de tal modo que o direito invocado pelo impetrante possa ser imediatamente protegido".

III. IMPROPRIEDADE JURÍDICA DA REVISÃO DO MÉRITO DA DECISÃO

1. Discricionariedade, vinculação e mérito do ato administrativo

14. Com pequena variação, a doutrina reconhece cinco aspectos essenciais a serem considerados no ato administrativo: sujeito (competência), conteúdo (objeto), forma, motivo e finalidade¹⁷. Igualmente amplo é o consenso acerca da subsistência dos conceitos de vinculação e discricionariedade, a despeito da efervescência contemporânea sobre o sentido e alcance de tais ideias. Discricionariedade, de acordo com o conhecimento convencional, expressa uma margem de liberdade reconhecida ao agente público, dentro dos parâmetros fixados pela ordem jurídica, para valorar a conveniência e oportunidade de determinado ato, bem como para escolher entre soluções possíveis¹⁸.

15. Ainda na linha do pensamento tradicional, os atos administrativos terão aspectos vinculados e discricionários, variando o grau de cada um deles. Como regra, entende-se que a competência, a forma e a finalidade são elementos sempre vinculados. E que o objeto e o motivo são o espaço eventual da discricionariedade¹⁹. De todo modo, já não prevalece a ideia de que a discricionariedade seja exterior ao Direito nem de que o mérito do ato administrativo seja absolutamente insindicável²⁰. Mas ainda vige, por certo, a convicção de que há um núcleo de apreciação e de escolha por parte da autoridade competente que deve ser preservado de interferência externa. Se assim não fosse, não haveria mais separação de Poderes.

¹⁷ V. M. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2005, p. 29 (atualiz. Gustavo Binenbojm); Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2008, p. 151 e s. (atualiz. Eurico de Andrade Azevedo e outros); Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 2007, p. 187-88; e Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2009, p. 291.

¹⁸ V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 2007, p. 142; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 142.

¹⁹ V. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 154; e M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 184.

²⁰ V. Germana de Oliveira Moraes, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2004, p. 34, onde utiliza a expressão “discricionariedade justiciável”.

2. Competência privativa do Executivo em matéria de relações internacionais

16. A exemplo da quase totalidade dos países democráticos, o Brasil tem por princípio fundamental e estruturante da República a separação de Poderes. Dele resulta a especialização funcional e a independência orgânica dos Poderes estatais. Para realizar tais propósitos, cada Poder tem um elenco de competências privativas, de garantias institucionais e de impedimentos. Pois bem: historicamente, no Brasil como em quase todo o mundo, a condução das relações internacionais é incluída no elenco de atribuições próprias do Poder Executivo. É o que decorre da letra expressa dos incisos VII e VIII do art. 84 da Constituição Federal²¹.

17. O Presidente da República, chefe do Poder Executivo, exerce suas funções auxiliado pelos Ministros de Estado (CF, art. 76), aos quais se atribui diversas competências, por lei ou ato administrativo. Insere-se no âmbito de atribuições do Executivo a prática de atos de administração, atos de governo e atos de Estado, variando em grau ascendente o conteúdo político das decisões. A intensidade do controle judicial é inversamente proporcional à carga política do ato, sendo máxima quando se trate de ato administrativo vinculado e mínima em relação aos atos praticados em nome da soberania do Estado²².

18. Nessas hipóteses de elevado grau de conteúdo político na decisão do Executivo, que envolvem forte dose de legítima discricionariedade, a fiscalização do Judiciário recai, notadamente, sobre os aspectos vinculados do ato. Pois bem: no caso aqui analisado, o ato foi praticado pelo agente *competente*. De fato, a concessão de refúgio a um cidadão estrangeiro envolve as relações internacionais do país e é típica decisão atribuída pela Constituição ao Poder Executivo. No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.474/97 atribui ao Ministro de Estado da Justiça a decisão final na matéria (art. 31). Também são suas, a propósito, outras competências afins, como as relativas à expulsão de

²¹ Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

²² Com efeito, a nomeação do primeiro colocado em um concurso público para a vaga a ser provida pode ser controlada e imposta pelo Judiciário. Já a decisão do Presidente da República de firmar ou não um tratado internacional refoge à fiscalização de juízes e tribunais.

estrangeiro²³ e à naturalização²⁴. Não custa lembrar que um Ministro de Estado é agente político diretamente nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum*, recebendo do chefe do Executivo orientação geral para as ações do Ministério.

19. Ainda no plano da competência, é de se registrar que a Lei nº 9.474/97 atribui ao CONARE a competência para decidir “em primeira instância” acerca da condição de refugiado do requerente (art. 12). Ao Ministro da Justiça, por sua vez, cabe o conhecimento do recurso contra o pronunciamento negativo daquele órgão colegiado e, conseqüentemente, a decisão final na matéria. Naturalmente, a exemplo do que se passa com as competências recursais dos tribunais, a decisão do órgão superior substitui a do órgão *a quo*. Por isso mesmo, não há fundamento jurídico para se tratar a decisão do Ministro da Justiça como portadora de qualquer desvalia em relação à do CONARE²⁵. É exatamente o contrário.

20. No tocante à *forma*, foi igualmente observado o devido processo legal, com o cumprimento das etapas previstas em lei para o reconhecimento da condição de refugiado (Lei nº 9.474/97, arts. 17 a 31). E, por fim, também a *finalidade* pública do ato é clara: a proteção dos direitos humanos (CF, art. 4º, II) e fundamentais (CF, art. 5º). O fato de alguém poder divergir da valoração da autoridade competente diz respeito ao mérito do ato, aos seus motivos. E o mérito, isto é, a conveniência, oportunidade e a solução escolhida, quando se trate de uma decisão essencialmente política, somente há de ser revisto quando se trate de situações teratológicas, de manifesta violação dos princípios constitucionais. Do contrário, estar-se-ia substituindo o juízo político do Poder competente pelo juízo político de outro Poder, criando-se uma “instância hegemônica”, condenada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁶. A isso se dedica o tópico seguinte.

²³ Decreto nº 3.347, de 5.05.2000.

²⁴ Lei nº 6.815, de 19.08.1980, art. 111.

²⁵ No mesmo sentido, v. parecer do Procurador-Geral da República, proferido nos autos do processo de extradição, fls. 2977

²⁶ V. STF, *DJU* 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

3. Limites do controle judicial na matéria

21. A existência de parâmetros jurídicos para a concessão de refúgio não afasta a natureza essencialmente política da decisão que aprecia o pedido²⁷. Em um Estado de Direito, é natural que o exercício do poder seja regulado pela ordem jurídica e, portanto, que todas as decisões do Poder Público, inclusive as inerentes à soberania, sejam submetidas a determinadas exigências jurídicas. E, quanto a esses aspectos, sempre serão passíveis de revisão judicial. Isso não significa, porém, que não haja decisões reservadas de forma privativa pela Constituição aos diferentes Poderes ou que o Poder Judiciário esteja legitimado a rever o mérito de toda e qualquer decisão, substituindo-se aos agentes políticos de forma indiscriminada. Essa é a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

22. Tome-se como exemplo a hipótese de julgamento do Chefe do Executivo por crime de responsabilidade, atribuído pela Constituição ao Poder Legislativo. O Plenário do STF já assentou a possibilidade de exercer controle sobre a observância das exigências constitucionais, legais e até regimentais relacionadas ao devido processo legal, mas não de rever o mérito do juízo que venha a ser proferido pelas Casas Legislativas²⁸. Essa mesma lógica foi adotada por essa Eg. Corte em mandado de segurança no qual se atacava decisão da Câmara dos Deputados que determinara a cassação de mandato parlamentar por quebra de decoro. A Corte reconheceu expressamente que não lhe cabia avaliar os fatos que haviam motivado a cassação, contentando-se com o seu enquadramento, em tese, a uma das hipóteses regimentais de quebra de decoro²⁹.

²⁷ O ponto foi destacado explicitamente pelo Ministro Sepúlveda Pertence na Extradicação nº. 1008, solicitada pela Colômbia (*DJE* 17 ago. 2007): "O deferimento do refúgio é questão da competência política do Poder Executivo, condutor das relações internacionais do país". A natureza política da decisão foi destacada, igualmente de forma explícita, nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

²⁸ STF, *DJU* 7 abr. 1995, MS 23.689/DF, Rel. Min. Carlos Velloso. (Caso Collor)

²⁹ STF, *DJE* 24 ago. 2007, MC no MS 25.579/DF, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa: "Na hipótese dos autos, contudo, embora afastado do exercício do mandato parlamentar, o Impetrante foi acusado de haver usado de sua influência para levantar fundos junto a bancos "com a finalidade de pagar parlamentares para que, na Câmara dos Deputados, votassem projetos em favor do Governo" (Representação nº 38/2005, formulada pelo PTB). Tal imputação se adequa, em tese, ao que preceituado no art. 4º, inciso IV do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados que qualifica como suscetíveis de acarretar a perda do mandato os atos e procedimentos levados a

23. O mesmo raciocínio aplica-se à hipótese aqui examinada. A decisão de concessão do refúgio valorou um conjunto de fatos incontroversos que situam o refugiado em um contexto político particularmente conturbado. O ato coator considerou relevante, *e.g.*, o fato de o refugiado haver sido condenado por crimes políticos puros (como associação subversiva, apologia e propaganda subversivas, desordem pública, incitação à subversão, etc.) e, no mesmo contexto, também pelos quatro homicídios referidos, reivindicados por grupos políticos radicais na ocasião, cuja autoria o suplicante nega. São fatos que constam dos autos. A decisão impetrada levou em conta, ainda, a repercussão desses elementos sobre a persecução criminal desencadeada contra o refugiado e considerou relevante, *e.g.*, o fato de a condenação se basear substancialmente na delação premiada de indivíduo preso e também acusado pelos crimes.

24. Observe-se, ademais, um detalhe importante. Nos dois exemplos referidos acima – *impeachment* e cassação de mandato por quebra de decoro –, a decisão atribuída privativamente ao Poder Legislativo poderia – e, de fato, o fez – restringir diretamente direitos fundamentais de natureza política dos indivíduos envolvidos. Essa foi, aliás, a razão decisiva para esse STF cogitar da possibilidade de controle³⁰. Ainda assim, a Corte entendeu que não lhe cabia rever o mérito da decisão tomada pelo Poder Legislativo, pois, na distribuição de competências próprias à separação de Poderes, a Constituição atribuiu tais deliberações de forma privativa a outro Poder. No caso aqui em exame, diversamente, a decisão concessiva de refúgio não restringe direito fundamental de qualquer indivíduo, muito ao contrário. Sequer há direitos subjetivos em jogo, mas apenas interesse político do Estado requerente, legítimo como possa ser³¹. Ora, se a Corte

efeito no intuito de "fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação. Medida liminar indeferida". (Caso José Dirceu)

³⁰ Nesse sentido, registrando o ponto de forma explícita, v. STF, *DJE* 24. ago. 2007, MC no MS 25.579/DF, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa: "Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de auto-contenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão. À luz deste último imperativo, cumpre a esta Corte conhecer de impetração na qual se discute se os atos ministeriais do parlamentar licenciado se submetem à jurisdição censória da respectiva Câmara Legislativa, pois a matéria tem manifestamente estatutura constitucional, e não *interna corporis*".

³¹ Ato exclusivamente político é, precisamente, aquele insuscetível de afetar direitos subjetivos.

entende que o respeito a decisões privativas dos outros Poderes é próprio mesmo quando haja restrição a direito fundamental, muito mais se haverá de entender nesse sentido quando a decisão privativa de outro Poder visar a proteger direito fundamental³².

25. Como se vê, o ponto é simples. Diante dos fatos descritos, o Ministro de Estado da Justiça concluiu que a possibilidade de perseguição política era real e justificava a proteção da República Federativa do Brasil. Essa é uma típica competência política do Poder Executivo, explicitada pelo legislador brasileiro. O fato de a lei instituir procedimentos e requisitos não transfere o juízo acerca do mérito da questão para o Poder Judiciário³³. Simplesmente não é o caso de a instância judicial reavaliar o amplo conjunto de elementos descrito acima e atrair para si decisão política inserida na esfera de atribuições de outro Poder. Essa é a jurisprudência antiga, consolidada e pacífica do Supremo Tribunal Federal, inexistindo qualquer razão para que seja superada.

IV. VALIDADE DA DECISÃO IMPUGNADA NO SEU MÉRITO: VALORAÇÃO RAZOÁVEL DE ELEMENTOS OBJETIVOS

1. A questão no plano do direito interno

26. Como se registrou no tópico anterior, a decisão do Ministro da Justiça é válida em todos os seus aspectos vinculados: competência, forma e finalidade. Ficou consignado, ademais, que, na linha da jurisprudência do próprio STF, não cabe à Corte rever o mérito da decisão que concede ou nega refúgio, tendo em conta a natureza política da competência. A menos que se estivesse diante de hipótese de irracionalidade

³² Sobre o parâmetro hermenêutico da interpretação da ordem jurídica em conformidade com os direitos fundamentais, v., em doutrina, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, 2006, p. 235 e s. Na jurisprudência, v., por todos, STF, *DJU* 28 fev. 2003, Ext. 811-Peru, Rel. Min. Celso de Mello.

³³ Sobre o ponto, v. Gustavo Binenbojm, ob. cit., p. 239, em passagem na qual procura sistematizar parâmetros de controle judicial dos atos do Poder Público: "III. Quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores de *legitimidade democrática* e *responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado". (grifos no original)

ou de aberração jurídica, o que evidentemente não é o caso³⁴. Discordância política, como intuitivo, não afeta a validade de um ato. De todo modo, também quanto ao mérito o ato é inatacável juridicamente.

27. O Estado impetrante sustenta que a concessão do refúgio seria um ato administrativo *inteiramente vinculado*: como já se viu, não é esse o caso³⁵. De todo modo, ainda que assim fosse, a expressão “perseguição política” ou, mais analiticamente, “fundados temores de perseguição por motivos de opiniões políticas” (Lei nº 9.474/97, art. 1º, I) configuraria um *conceito jurídico indeterminado*³⁶. Como natural, o emprego dessa técnica legislativa abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva. Um conceito jurídico indeterminado apresentará sempre uma zona de certeza positiva (onde não há dúvida do que ele seja) e outra de certeza negativa (onde não há dúvida do que ele não seja). Ambos os extremos são controláveis pelo Judiciário. Mas todo espaço intermediário é deferido à apreciação da autoridade legalmente competente³⁷.

³⁴ Nesse sentido, ressaltando a necessidade de que o Judiciário – especialmente o Tribunal Constitucional – se abstenha de invalidar ou desconstituir atos do Poder Executivo fundados em considerações razoáveis, ainda quando não correspondam à sua própria avaliação do que seria a decisão correta, v. Aharon Barak. *The judge in a democracy*, 2006, p. 248: “Quando o agente do Executivo exercita seu poder razoavelmente, opera no âmbito de sua autoridade e o juiz não deve intervir. Isso é verdadeiro ainda que o juiz, caso tivesse sido a ele conferida a autoridade executiva, a fosse exercer de outra forma razoável. Não há espaço para intervenção judicial se o exercício da autoridade executiva se situa dentro da zona de razoabilidade. A Corte deve se conter para não impor suas próprias preferências à sociedade na qual opera” (Tradução livre).

³⁵ Não é o caso de se fazer aqui o desvio teórico para demonstrar que o moderno direito administrativo já não utiliza a terminologia ato vinculado e ato discricionário. O ponto já foi registrado no texto. Como anota Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 159, “alguns aspectos de cada ato são vinculados ou discricionários, não o ato propriamente dito”.

³⁶ Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Daí a delegação feita ao intérprete para proceder a valoração em concreto de expressões como pluralismo político, calamidade pública ou interesse social. V. Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2009, p. 312. V. tb. José Carlos Barbosa Moreira, “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: Temas de Direito Processual, segunda série, 1988, p. 66 e s. Sobre a distinção entre conceito jurídico indeterminado e discricionariedade, v. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2003, p. 203, e Andreas J. Krell, “A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle de discricionariedade no Brasil, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. I, 2004, p. 33 e s.

³⁷ V. Gustavo Binenbojm, ob. cit., p. 315: “[Na zona intermediária ou de penumbra], não deve o magistrado pretender *definir* o que é o conceito, mas apenas verificar a *sustentabilidade* das razões da autoridade administrativa tendo em vista sua *possível* existência (ou inexistência). (grifos no original)

28. Portanto, ainda que a concessão de refúgio não fosse um ato essencialmente político quanto ao seu mérito – o que se admite apenas para argumentar, sem conceder –, não resta dúvida de que os requisitos instituídos pela lei não são de apreciação matemática, cabendo ao agente competente a preferência na valoração da matéria. Não há um instrumento de precisão capaz de medir e pesar a perseguição política, nem tampouco se exige que ela seja expressamente declarada para que possa ser reconhecida. No caso, as circunstâncias excepcionais que embasam o temor de perseguição são manifestas, mas convém ter em mente que a simples dúvida já seria suficiente para justificar a concessão do refúgio³⁸. Ainda mais em hipótese na qual se cuida da imposição de prisão perpétua, com período de isolamento solar, a ser cumprida em ambiente marcado por evidente ressentimento contra o refugiado³⁹. Ou seja: apesar da insatisfação da impetrante com seu conteúdo, a decisão impugnada enquadrando adequadamente os fatos envolvendo Cesare Battisti na hipótese legal que autoriza a concessão de refúgio, diante de fundado temor de perseguição devido a razões políticas.

29. Em suma: no caso aqui discutido, a decisão que a impetrante pretendeu atacar por meio de mandado de segurança valeu-se de um conjunto de fatos incontroversos – descritos acima – e fez uma valoração mais do que razoável acerca deles. Diante desses fundamentos – e nem seria o caso de se exigir tantos – resta claro que o enquadramento da situação sob exame no art. 1º, I, da Lei nº 9.474/97 não pode ser tido como irrazoável, muito menos desprovido de motivos reais. A rigor, uma revisão do mérito na hipótese apenas seria possível diante de situações extremas, absurdas e de clara irracionalidade. Não é preciso concordar com o mérito da decisão impugnada para constatar que ela sequer passa perto de tais limites negativos que admitiriam o controle judicial.

³⁸ Líliliana Lyra Jubilut, *O direito internacional dos refugiados*, 2007, p.198: “É importante ressaltar que, enquanto o seu pedido não for analisado, a permanência do refugiado no Brasil é legal, e que em caso de dúvida quanto à procedência do pedido de refúgio deve-se concedê-lo”.

³⁹ V. Relato objetivo dos fatos, itens 18 e 19. Um exemplo: em Milão, italianos descontentes com a decisão foram às ruas, marchando em passeata até o consulado brasileiro, à frente o Ministro da Defesa, Ignazio La Russa. *Estadão Online*, 8.02.2009 (“Italianos protestam contra asilo brasileiro a Battisti”). Outro exemplo emblemático: o mesmo Ministro da Defesa, ao comentar a possibilidade de Battisti vir a ser torturado, fez a seguinte declaração “jocosa”: “Fazem crer aos brasileiros que se nos entregam [Battisti], torturá-lo-emos. Fá-lo-ia? Torturá-lo? Se nos entregarem...Não digo que não me agradaria, mas nos detenhamos. Não, estou brincando, não o faremos nunca”.

1.1. Inexistência de impedimento legal à concessão de refúgio

30. A Lei nº 9.474/97, no seu art. 3º, III, prevê que não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que “tenham cometido crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas”. O requerente não se enquadra em qualquer dessas previsões. Rememore-se que ele nega, peremptoriamente, desde sempre, a prática dos crimes de homicídio. Mais que isso, no primeiro julgamento, de 1981, quando estava presente e pôde se defender, não foi sequer acusado de qualquer deles. Somente a partir de 1982, após sua fuga e com base em delação premiada de um dos acusados de homicídio, é que Cesare Battisti se transformou, subitamente, no responsável pelos quatro homicídios.

31. A verdade é que, embora faça alegações vagas sobre “crimes hediondos”, o Estado impetrante sequer se empenha em demonstrar que os fatos imputados ao requerente se enquadrariam nessa categoria. As equiparações esparsas que faz são meras expressões retóricas, e não uma tentativa técnica de comprovação do argumento. Como se sabe, as hipóteses em que o homicídio será considerado crime hediondo no Brasil estão taxativamente previstas no art. 2º da Lei nº 8.072/90⁴⁰ e definitivamente não seriam pertinentes no caso. Ainda que não fosse assim, a figura do crime hediondo somente foi instituída pela Constituição de 1988 e regulamentada por lei em 1990. Assim, sequer seria possível enquadrar no conceito fatos típicos praticados antes desse marco, há mais de trinta anos⁴¹. Por tais razões cumulativas, a caracterização de

⁴⁰ Lei nº 8.072/90, art. 1º: “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 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); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994); II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A – (VETADO); VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado”. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

⁴¹ Sobre a inviabilidade jurídica de se caracterizar como crime hediondo fato praticado antes da edição da Lei nº 8.072/90, a título de exemplo, v. STF, DJU 16 jun. 1995, HC 72.106/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Impossibilidade jurídico-constitucional de outorgar eficácia retroativa ao art. 2., par.

crime hediondo sequer seria juridicamente viável. Em rigor, o registro que se considera próprio fazer quanto a este ponto é outro e, embora de natureza teórica, parece fundamental.

32. Não é incomum, pelo contrário, que a perseguição contra indivíduos tenha como veículo justamente a acusação de que eles teriam perpetrado crimes hediondos ou contra a paz ou ainda se envolvido em atos terroristas, sobretudo tendo em conta a relativa abertura semântica de tais expressões. Com efeito, descrever as condutas que se deseja punir e proscrever valendo-se da qualificação mais grave disponível em determinado sistema jurídico é técnica tão antiga quanto as sociedades humanas: já foram alvo de severa punição, como se sabe, o “ateísmo e corrupção da juventude”, a difusão de heresias, os crimes de lesa-majestade, a traição à revolução e ao partido, dentre outras possibilidades. Nada obstante, a percepção do ponto é importante para demonstrar que, nesse contexto, não bastam as afirmações do Estado que deseja punir o indivíduo. A apreciação da existência ou não de alguma das vedações de que cuida o art. 3º, III, da Lei nº 9.474/97 haverá de ser feita levando-se em conta o mesmo contexto em que se avalia a presença da perseguição. E, também aqui, a avaliação cabe preferencialmente ao Ministro de Estado da Justiça, que não vislumbrou tal impedimento.

1.2. Não interferência em competência do STF

33. Como já assinalado brevemente, a impetrante procurou caracterizar o ato impugnado como interferência indevida do Poder Executivo na competência do STF para julgar processos de extradição. A substância da presente impetração, nesse particular, pode ser assim resumida: acusa-se um Ministro de Estado de praticar ato da sua competência, em momento oportuno e com extensa fundamentação, apenas pelo fato de a lei atribuir a esse ato determinada consequência jurídica que não atende aos interesses da impetrante.

1., da Lei 8.072/90, em relação a fatos delituosos ocorridos em momento anterior ao da vigência da lei dos crimes hediondos. Doutrina e precedentes”.

34. É o caso de reiterar que a decisão impugnada não é um subterfúgio de que a autoridade reclamada estaria se valendo para produzir efeitos no processo de extradição: as consequências que a decisão concessiva de refúgio produz sobre pedido de extradição pendente estão expressamente previstas em lei que o próprio STF já reconheceu como válida⁴² – não foram “criadas” pelo ato impugnado. As conjecturas da impetrante acerca de eventual motivação subjetiva da autoridade evidentemente são apenas isso mesmo: conjecturas. Elas não interferem com as competências do Poder Executivo, que decorrem da Constituição e foram explicitadas em lei, e nem alteram a circunstância de que a concessão de refúgio é uma prerrogativa inerente à soberania do Estado brasileiro.

1.3. Refúgio e asilo no direito brasileiro e internacional

35. Em sua petição inicial, empenha-se a impetrante em descrever a figura do asilo como um ato de natureza puramente política, em contraste com o refúgio, supostamente um ato técnico. Com o respeito devido e merecido aos (poucos) que pensam dessa forma, a tese simplesmente não se sustenta. Os dois conceitos referem-se a instrumentos de proteção do indivíduo que sofre perseguição e recebem tratamento uniforme no direito internacional e comparado, sendo muitas vezes tratados como sinônimos⁴³. Do ponto de vista do direito interno brasileiro, a distinção fundamental é que

⁴² STF, *DJE* 17 ago. 2007, Ext. 1.008-Colômbia, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence: “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 9.474/97, 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 L. 9474/97, 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”.

⁴³ Vejam-se como exemplos os documentos elaborados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, *Guidance note on extradition and international refugee protection*, de abril de 2008 e *General conclusion on international protection*, 10 October 2008. No. 108 (LIX)- Online. UNHCR Refworld, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/490885f1789.html>, que tratam indistintamente dos asilados e refugiados. No mesmo sentido, v. também o relatório elaborado pelo Comitê Europeu sobre problemas criminais, *Summary of the replies to the questionnaire on the relationship between asylum procedures and extradition procedures*, Conselho da Europa, PC-OC (2009) 04, a Convenção sobre Asilo Territorial de 1954 e a Conclusão do Comitê Executivo do Alto Comissariado da ONU para Refugiados (No. 44 (XXXVII) 1986), aprovada pela Assembleia Geral da

os dois institutos são regidos por legislação diversa, ainda que bastante similar⁴⁴, sendo que a proteção concedida pelo refúgio abarca, inclusive, mais hipóteses do que aquela oferecida pelo asilo⁴⁵. O principal ponto de aproximação consiste justamente na regra que impede o envio de indivíduo ao país em que sofre perseguição, que se aplica em ambos os casos^{46e47}. **Ou seja: as duas figuras, por força de disposições expressas da convenção e da lei, impedem a extradição.** Ambas pressupõem igualmente avaliações de natureza marcadamente política.

ONU em 4.12.1986 (Resolução 41/124). A própria Itália trata ambas as figuras indistintamente. V. Lei nº 189/2002, art. 1-sexies.

⁴⁴ O asilo é instituto mais antigo do que o refúgio e pode ser *territorial* – quando concedido pelo Estado no qual o indivíduo se encontra, com base na Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, promulgada pelo Decreto nº 55.929/65 - ou *diplomático* – concedido pelo Embaixador, temporariamente para permitir a saída do asilado do país onde se encontra, com base na Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, promulgada pelo Decreto nº 42.628/1957. A condição de refugiado se baseia na Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, promulgada pelo Decreto nº 50.215/61, e no Protocolo de 1967, promulgado pelo Decreto nº 70.946/72, afóra a Lei nº 9.474/97.

⁴⁵ O status de refugiado é concedido em razão de efetiva perseguição ou de simples temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, enquanto que a condição de asilado exige a efetiva perseguição – não bastando o temor – por crenças, opiniões e filiação política ou delitos políticos.

⁴⁶ V. UN High Commissioner for Refugees, *General conclusion on international protection*, de outubro de 2008, *Guidance note on extradition and international refugee protection*, de abril de 2008, p. 22 e 26 e a Conclusão do Comitê Executivo do Alto Comissariado da ONU para Refugiados (No. 44 (XXXVII) 1986), aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 4.12.1986 (Resolução 41/124), item (i). No mesmo sentido, v. também o relatório elaborado pelo Comitê Europeu sobre problemas criminais, *Summary of the replies to the questionnaire on the relationship between asylum procedures and extradition procedures*, Conselho da Europa, PC-OC (2009) 04, p. 2, nota 2, onde se constata que ao menos 10 países europeus não extraditam asilados/refugiados (Armênia, Áustria, República Tcheca, Hungria, Islândia, Lituânia, Polônia, Portugal, Eslováquia e Espanha).

⁴⁷ No tocante ao refúgio, a previsão consta da Lei nº 9.474/97, art. 33. No caso do asilo, o art. IV da Convenção sobre Asilo Territorial, em vigor no Brasil pelo Decreto 55.929/1965, também proíbe a extradição do asilado nos seguintes termos: "A extradição não se aplica quando se trate de pessoas que segundo a classificação do Estado suplicado, sejam perseguidas por delitos políticos ou delitos comuns cometidos com fins políticos, nem quando a extradição for solicitada obedecendo a motivos predominantemente políticos". O STF chegou a apreciar dois pedidos de extradição em que o asilo havia sido concedido, sem prejuízo de reconhecer que a concessão de asilo deveria ser tomada como forte indício para a caracterização de extradição política disfarçada. Nos dois casos, a questão do asilo foi objeto de discussão por alguns ministros, mas não foi determinante para o desfecho do processo, já que a extradição restou indeferida por outros fundamentos: uma em razão de tribunal de exceção (Ext. 232-Cuba, 1961) e outra por inépcia do pedido (Ext. 524-Paraguai, 1989). Vale o registro de que essa linha de entendimento afasta-se da posição que prevalece de longa data no direito internacional e comparado. De qualquer forma, ambos os precedentes são anteriores à edição da Lei nº 9.474/97. Ainda quando se entenda que não tenham sido superados, é fato que a Corte reconheceu, na Ext. 1.008, a impossibilidade de extradição após a concessão de refúgio, nos termos da lei.

2. A questão no plano do direito internacional

36. Cabe aqui registrar, de plano, que é totalmente impróprio compreender a concessão de refúgio como uma afronta à soberania do país estrangeiro: não se vislumbra perseguição apenas nas hipóteses em que o Estado está institucionalmente comprometido com ela. Com efeito, embora a perseguição seja, lamentavelmente, um fenômeno frequente, a adoção oficial de sua prática, por determinado Estado, é um fenômeno bem menos comum historicamente. A concessão de refúgio tampouco equivale a um juízo de condenação moral ou política das instituições, atuais ou pretéritas, do país estrangeiro. Fatores diversos, próprios da história de cada povo, podem acarretar desvios variados. De todo modo, nenhum Estado soberano pode ser privado da possibilidade de formar um juízo próprio, em cada caso.

37. Mesmo os Estados democráticos estão sujeitos a circunstâncias que podem desencadear graves arbitrariedades^{48e49}. A possibilidade já foi identificada por esta Corte em processo de extradição, justamente para reconhecer que a condenação por tribunais regulares não significa necessariamente que tenha havido respeito a todas as garantias democráticas⁵⁰. A admissão dessa possibilidade, a rigor, é que justifica a

⁴⁸ Tome-se o exemplo dos Estados Unidos da América, cujo direito constitucional, há muitas gerações, é tido como um modelo seguido mundialmente. A Revista *Veja* de 29.04.2009 traz matéria intitulada “A vida depois da tortura”, onde se lê: “Logo nos primeiros dias de seu mandato, Obama acabou com a tortura como método de interrogatório, fechou as prisões secretas da CIA e ordenou o fechamento do centro de detenção de Guantánamo no prazo de um ano”. Tortura e prisões secretas!! Em editorial intitulado *The Torturers’ Manifesto*, datado de 19 de abril de 2009, o jornal *New York Times* divulga e critica com contundência os memorandos do Departamento de Justiça sobre o interrogatório de presos.

⁴⁹ V. nota 14, com exemplos de perseguição por opinião política, pela raça, pela religião e por orientação sexual em Estados que são referências democráticas. A República Federativa do Brasil, sob o regime democrático da Constituição de 1988, já sofreu mais de uma condenação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde, de resto, pontificava um jurista brasileiro, o eminente Professor Cançado Trindade, hoje na Corte de Justiça da Haia. Vale mencionar, também, que diversos cidadãos brasileiros obtiveram a concessão de refúgio ou asilo no exterior, sem que se cogite de afronta à soberania brasileira. A título de exemplo, Bruno Daniel, irmão do ex-prefeito de Santo André, Celso Daniel, encontra-se refugiado na França desde o final de 2006 (<http://www.autresbresils.net/spip.php?article1481>), o que não impediu a celebração do “Ano da França no Brasil” em 2009. Além disso, há pelo menos seis casos de brasileiros que receberam asilo nos Estados Unidos por alegada perseguição em razão de sua orientação sexual (<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/06/3immigration.cfm>).

⁵⁰ STF, DJU 08 mar. 1991, Ext 524, Rel. Min. Celso de Mello: “A noção de tribunal de exceção admite, para esse efeito, configuração conceitual mais ampla. Além de abranger órgãos estatais

participação dos Estados nos atos internacionais que tratam do assunto e, por isso mesmo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados registra que a concessão de refúgio não pode ser considerada desrespeito ao Estado de origem do beneficiado⁵¹. Como se vê, a sociedade internacional simplesmente não ratifica a alegação de desrespeito à soberania nos casos em que se conceda refúgio, notadamente quando haja histórico comprovado de conturbação política. Em precedente recente, aliás, o STF determinou a extinção do processo de extradição em que se pedia a entrega de cidadão colombiano, justamente por conta do refúgio concedido. Na ocasião, nem se cogitou de ofensa à soberania da Colômbia⁵².

38. Na mesma linha, os tratados bilaterais de extradição celebrados pelo Brasil – incluindo o tratado entre Brasil e Itália – prevêem que o Estado requerido pode negar a entrega de indivíduo nos casos em que alegue “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”. Note-se que a hipótese não se confunde com a negativa de entrega pela imputação de crime político, prevista em item diverso. Ou seja: independentemente das outras normas aplicáveis, e ainda que se estivesse diante de condenação por crimes comuns, o tratado entre Brasil e Itália já autoriza o Estado requerido a fazer a avaliação de que se cuida acima.

39. A rigor, o tratado apenas explicita uma prerrogativa decorrente do chamado princípio do *non refoulement*, ao qual se atribui natureza de direito internacional

criados *ex post facto*, especialmente instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de certas infrações penais, com evidente ofensa ao princípio da naturalidade do juízo, também compreende os tribunais regulares, desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias inerentes ao devido processo legal. A possibilidade de privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante – impede o válido deferimento do pedido extradicional”.

⁵¹ V. Flavia Piovesan, O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados, nota 22, In: Nadia de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (Coord.), *O direito internacional dos refugiados: Uma perspectiva brasileira*, 2001, p. 50: “De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados: ‘Na problemática dos refugiados, o interesse daquele que busca refúgio ou asilo como ser humano deve prevalecer sobre eventuais conflitos de interesses entre Estados’”.

⁵² STF, *DJU* 17 ago. 2007, Ext. 1008-Colômbia, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

obrigatório (*jus cogens*). Tal princípio reconhece aos Estados soberanos a decisão sobre a proteção de pessoas que se encontrem em seu território, permitindo-lhes que façam um juízo sobre o risco de que o indivíduo venha a ser vítima de perseguição, ainda que no contexto de condenações penais regulares⁵³. Por isso mesmo, a decisão impugnada não se pronunciou – e nem seria o caso – sobre a natureza política do crime do ponto de vista técnico-jurídico, examinando apenas o contexto em que se deram os fatos e seu julgamento. O reconhecimento de fundado temor de perseguição política não pressupõe necessariamente que se acuse o indivíduo da prática de crimes, tampouco de que eventuais acusações ou condenações tenham natureza política, explícita ou velada. No entanto, é bastante comum que a perseguição se manifeste por meio desse tipo de imputação e, por isso mesmo, o direito internacional⁵⁴, comparado⁵⁵ e a própria Lei nº 9.474/97 cuidaram da hipótese.

V. CONCLUSÃO

40. Por tudo que foi exposto, é possível assentar, objetivamente, que:

I. O mandado de segurança impetrado pela República Italiana não é cabível na hipótese:

1. pela inexistência, mesmo em tese, de direito líquido e certo por parte de Estado estrangeiro à denegação de refúgio a qualquer pessoa que se encontre em território nacional;

⁵³ Carmen Tiburcio, *A condição jurídica do estrangeiro na Constituição Brasileira de 1988*, In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coord.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, 2008, p. 747: “Além disso, a norma de *non-refoulement* para refugiados (isto é, eles não podem ser mandados de volta pra o país onde foram processados) tem sido citada como uma regra geral de direito internacional, tendo efeitos além da aplicabilidade da Convenção de Refugiados”. No mesmo sentido, v. Thamy Pogrebinski, *O direito de asilo e a Constituinte de 1987-88*, p. 341. In: Nádia de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (Coord.), *O Direito internacional dos refugiados: Uma perspectiva brasileira*, 2001; José Francisco Siber Luz Filho, *Non-refoulement: Breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*, p. 203 e s; e Flávia Piovesan, *O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados*, p. 341, todos em: Nádia de Araújo e Guilherme Assis de Almeida, *O direito internacional dos refugiados: Uma perspectiva brasileira*, 2001, p. 203 e s.

⁵⁴ V. art. 33 da Convenção da ONU relativa ao estatuto dos refugiados, de 1951, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 50.215/61 e o art. 22.8 do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, internalizado pelo Decreto nº 678/92.

⁵⁵ V. como exemplo, art. 7.10 do Decreto-Lei nº 416/89 italiano sobre asilo, entrada e permanência de estrangeiros.

2. pela impossibilidade técnica, em mandado de segurança, de se discutirem fatos e, menos ainda, se forem fatos novos e dependentes de instrução probatória.

II. A Constituição reserva ao Poder Executivo a competência privativa para conduzir as relações internacionais da República, de que é exemplo a concessão de refúgio. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é antiga, pacífica e reiterada no sentido de que o Poder Judiciário não deve sobrepor a sua própria valoração política àquela que foi feita pelo Poder competente.

III. A decisão de concessão de refúgio foi tomada pela autoridade competente, observando o procedimento legal. Trata-se, portanto, de ato formalmente válido. Além disso, no seu mérito, fez uma valoração dos fatos relevantes que é racional e razoável, para concluir, em tom diplomático e respeitoso, que havia “dúvida razoável” acerca do risco de perseguição política. A discordância política em relação ao ato não é fundamento legítimo para invalidá-lo. Em precedente recente, que envolvia situação processual idêntica, a Corte sequer cogitou de discutir o mérito da decisão concessiva do refúgio.

41. Nada justifica, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, afastando-se de sua própria jurisprudência, firmada e pacificada de longa data, tome a decisão grave de anular uma decisão política do Ministro de Estado da Justiça, endossada pelo Presidente da República, em tema que envolve ato de soberania nacional e relações internacionais, tradicionalmente reservado à competência do Poder Executivo.

42. Pelas razões expostas – e endossando as que constam das informações do Ministério da Justiça, especialmente acerca da incompetência do juízo e da ilegitimidade ativa –, pede-se que o presente mandado de segurança sequer seja conhecido ou, por eventualidade, que seja denegado o pedido formulado.

Brasília, 4 de maio de 2009.

LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ nº 37.769