



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 6192 - PGR-AF

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.875/DF

IMPETRANTE : REPÚBLICA ITALIANA

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA (PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.011373/2008-83)

LIT. PASSIVO : CESARE BATTISTI

RELATOR : Ministro **Cezar Peluso**

*MANDADO DE SEGURANÇA IMPE-
TRADO POR ESTADO ESTRANGEIRO
CONTRA ATO DO MINISTRO DE
ESTADO DA JUSTIÇA QUE
CONCEDEU STATUS DE
REFUGIADO POLÍTICO. DECISÃO
RELACIONADA A PROCESSO DE
EXTRADIÇÃO QUE TRAMITA
PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL. COMPETÊNCIA DESSA
CORTE PARA O PROCESSAMENTO E
O JULGAMENTO DO MANDAMUS.
PRECEDENTES. NATUREZA EMI-
NENTEMENTE POLÍTICA DO ATO DE
CONCESSÃO DE REFÚGIO,
EXPRESSÃO DA SOBERANIA DO
ESTADO BRASILEIRO E QUE SE
SUJEITA À DISCRICIONARIEDADE E
À CONVENIÊNCIA DO PODER EXE-
CUTIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD
CAUSAM. INEXISTÊNCIA DE
ILEGALIDADE E DE ABUSO DE
PODER. INEXISTÊNCIA DE DIREITO
LÍQUIDO E CERTO. PARECER PELA
EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM
JULGAMENTO DE MÉRITO E, CASO
SUPERADA A PRELIMINAR, NO
MÉRITO, PELA IMPROCEDÊNCIA DA
AÇÃO MANDAMENTAL.*

1. Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela REPÚBLICA ITALIANA contra ato do MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA consubstanciado no reconhecimento da condição de refugiado

político ao nacional italiano CESARE BATTISTI nos autos do Procedimento Administrativo nº 08000.011373/2008-83 (fls. 2/62).

2. Os argumentos deduzidos na inicial podem ser assim resumidos:

a) preliminarmente, a REPÚBLICA ITALIANA tem legitimidade e interesse jurídico para a impetração do *mandamus*, tendo em vista que, caso não o ajuizasse, as relevantes questões decorrentes da decisão proferida pelo Ministro de Estado da Justiça não seriam apreciadas por essa Corte;

b) a competência para processar e julgar a ação é do Supremo Tribunal Federal, conforme o entendimento sufragado nas Reclamações nºs 2.040/DF e 2.069/DF e no *Habeas Corpus* nº 83.113/DF;

c) a concessão do *status* de refugiado a CESARE BATTISTI constitui ato manifestamente ilegal, inconstitucional e abusivo, cujo único fim foi o de obstar o seguimento do processo de Extradicação nº 1.085. A decisão estaria em desacordo com a prova documental contida nos autos do processo administrativo, fato que o torna insubsistente formal e materialmente;

d) a decisão impugnada baseia-se em duas falsas alegações: *i*) a de que a República Italiana não teria oferecido resistência à qualificação de crime político defendida por CESARE BATTISTI e *ii*) a de que as sentenças e acórdãos condenatórios italianos teriam reconhecido o dolo de subversão à ordem do Estado na prática dos homicídios qualificados que são imputados a CESARE BATTISTI;

e) não há perfeita identidade temática entre o pedido de extradicação e os fatos que fundamentaram a concessão do *status* de refugiado a CESARE BATTISTI, embora a decisão do Ministro de Estado faça menção genérica e imprecisa aos crimes de homicídio qualificado;

f) ademais, não existiam os pressupostos previstos em lei para a concessão do refúgio. Os delitos praticados por CESARE BATTISTI configuram crimes de natureza hedionda, o que impede o refúgio, a teor do art. 3º da Lei nº 9.474/97;

g) ao contrário do sugerido pelo Ministro da Justiça, o Estado italiano preservou suas instituições democrático-representativas mesmo durante os chamados “anos de chumbo” e que CESARE BATTISTI foi condenado por Tribunais regulares pelo cometimento de crimes comuns. A Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou a legalidade do julgamento a que CESARE BATTISTI foi submetido, não tendo verificado nenhum vício ou indício de perseguição que pudesse comprometer os acórdãos condenatórios;

h) as decisões do Supremo Tribunal Federal citadas como paradigmas pelo Ministro da Justiça¹ não se assemelham à situação fática da Extradicação nº 1.085, considerando que os argumentos utilizados por essa Corte para indeferir aquelas extradicações seriam a não ocorrência de crimes contra a vida ou contra a incolumidade ou liberdade das pessoas; consumação da prescrição ou o fato de que os delitos teriam ocorrido no decorrer de manifestações políticas;

i) o Ministro da Justiça agiu “*como se estivesse a conceder, sem competência para tanto, asilo político*”; não obstante, até a concessão de asilo político não seria recomendada “*em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum*”;

j) o ato impugnado infringiu o princípio constitucional da impessoalidade ante a ausência de objetivo público, sendo a decisão ilegítima pois se trataria de ato praticado com “*manifesto desvio de poder e patente desvio de finalidade*”, representando uma afronta à soberania da República italiana;

l) aplicar-se à hipótese a teoria dos motivos determinantes à hipótese, impondo-se reconhecer que o ato do Ministro da Justiça é nulo pois os motivos adotados em sua decisão são inexistentes ou falsos.

3. Requer o Impetrante a concessão da medida liminar para suspender os efeitos do ato impugnado e, no mérito, a concessão da segurança a fim de que se declare a insubsistência ou a anulação da decisão que concedeu o *status* de refugiado a CESARE BATTISTI.

4. Às fls. 84, a medida liminar foi indeferida.

5. O Ministro da Justiça prestou as informações necessárias às fls. 110/130, afirmando, em preliminar, que o Supremo Tribunal Federal é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado (art. 105, I, *b*, da Constituição Federal) e que a República Italiana não tem legitimidade ativa *ad causam* para discutir a legalidade de ato político que concedeu refúgio a extraditando.

6. No mérito, sustentou que a concessão de refúgio tem natureza jurídica de ato político, o que impossibilita seu controle pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da Separação dos Poderes.

¹ Seriam essas: EXT nº 694; EXT nº 994; EXT nº 581 e EXT nº 597.

7. Asseverou, ainda, que a decisão que concedeu refúgio político a CESARE BATTISTI adequou-se aos requisitos previstos na Lei nº 9.474/97, especialmente considerando o princípio “*in dubio pro reo*” e que o “*currículo de luta política do refugiado justifica seu temor de perseguição política*”.

8. Arguiu, por fim, que não compete ao Ministro da Justiça analisar a hediondez dos crimes de homicídio atribuídos ao extraditando e que o feito deve ser extinto sem julgamento de mérito e, caso ultrapassadas as preliminares, a segurança deve ser negada.

9. CESARE BATTISTI apresentou resposta à impetração às fls. 133/204.

COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

10. O Supremo Tribunal Federal é o órgão jurisdicional competente para processar e julgar o presente Mandado de Segurança.

11. Isso porque, embora o Ministro de Estado da Justiça figure como autoridade coatora, o que, em tese, indicaria a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o feito, a teor do art. 105, I, *b*, da Constituição Federal, o objeto do Mandado de Segurança - *ato de concessão do status de refugiado político ao extraditando CESARE BATTISTI* - não só tem o condão de afetar o exercício, por essa Corte, da competência que lhe foi outorgada com exclusividade pelo art. 102, I, *g*, da Constituição Federal, como também de afetar os direitos subjetivos do litisconsorte; afinal, não há dúvida que a Extradicação nº 1.085 sofrerá os reflexos de eventual concessão da segurança.

12. Confirmando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 83.113/DF, entendeu que qualquer questão ou incidente que possa **influir** ou **prejudicar** decisão da Corte acerca de pedido de extradição passiva subsume-se à sua competência originária².

13. Ressalto que tal entendimento encontra-se consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há quase quatro décadas.

14. Apenas com o intuito de exemplificar, reporto-me às decisões proferidas na Extradicação nº 296³ e no *Habeas Corpus* nº

² Rel. Min. Celso de Mello. DJ 29.8.2003. Nesse mesmo sentido: HC nº 80.923/SC. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ 21.6.2002.

³ Rel. Min. Amaral Santos. DJ 10.9.1971.

47.903/DF. Nesse *Habeas Corpus*, o Ministro Relator THOMPSON FLORES, ao rejeitar a preliminar de incompetência absoluta do Supremo Tribunal Federal, fê-lo sob o argumento de que, estando o pedido do *habeas corpus* vinculado ao da extradição e, sendo esta afeita à competência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, inegável que cabe a este órgão sua apreciação⁴.

15. Inclusive, no julgamento da Reclamação nº 2.069/DF, o Ministro Relator CARLOS VELLOSO asseverou:

“(…)

Nesse julgamento [RCL nº 2.040/DF], invocou-se a Lei 6.815, de 1980, que estabelece que o extraditando fica à disposição do Supremo Tribunal, pelo que a este compete processar e julgar os incidentes processuais que possam surgir e relacionados com aquele. Na ocasião, em aparte que me foi concedido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, aduzi que, estando a extraditanda à disposição do Supremo Tribunal, 'somos responsáveis por tudo que lhe diga respeito, em termos processuais'.

Estou em que, no caso, a competência para decidir o incidente processual surgido, o mandado de segurança impetrado com a finalidade de impedir a decisão a ser tomada sobre a condição de refugiado dos extraditados, é do Supremo Tribunal Federal. A uma, tendo em vista a orientação jurisprudencial da Corte, acima indicada. A duas, porque, bem sustenta o autor da reclamação, 'pendente a exequibilidade dos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal, nas Extradicações 783, 784 e 785, ao que vier a ser resolvido pelo Ministro da Justiça a respeito do pedido de refúgio de extraditados submetidos à jurisdição do mesmo Supremo Tribunal Federal, exsurge, de modo iniludível, a competência da Suprema Corte para julgar o mandado de segurança sob comento'. A três, porque, questões que poderão aflorar no julgamento do citado mandado de segurança já teriam sido examinadas e decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Raciocinar no sentido de que não seria a competência do Supremo Tribunal o julgamento em tela, bem registra o Procurador-Geral da República, 'equivalaria, em última análise, a admitir que juízo de grau inferior pudesse, ao interferir no desempenho de atividade administrativa vinculada, alterar, na prática, a inteligência ou a eficácia de julgamento do Supremo Tribunal'.”⁵ (Grifei)

ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

16. À República da Itália, não pode ser reconhecida a titularidade do direito à impetração do Mandado de Segurança. E não o pode ser pela simples razão de sua natureza de pessoa jurídica de direito público internacional. Cuida-se, a um só tempo, de pessoa estrangeira e de direito público. Por esta, impõe o obstáculo de que a titularidade de

⁴ DJ 5.8.1970.

⁵ DJ 1º.8.2003. Informação obtida no site www.stf.jus.br. Acesso em 18 de março de 2009. Nesse mesmo sentido: RCL nº 2.040/DF. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ 27.6.2003.

garantia fundamental só pode ser atribuída ao universo de pessoas e entes de caráter privado. Sob pena de subversão à própria afirmação e desenvolvimento histórico de tais direitos, não se há de reconhecer a um ente de Estado a pretensão jusfundamental.

17. Não pode tampouco, por ser entidade estrangeira, diante da literalidade do disposto no caput do art. 5º da Constituição, com o destaque: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corporis* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

18. É certo que a jurisprudência dessa Corte tem sido liberal na interpretação dos dois óbices suscitados. Tem-se admitido, por um lado, que pessoa jurídica de direito público se valha do *writ* para defesa de prerrogativa ou de interesse legítimo, assim como se tem atribuído a estrangeiro, designadamente pessoa física ou jurídica de direito privado, o poder de impetração do *mandamus*.

19. No primeiro caso, tem-se invocado o caráter ora da titularidade jusfundamental de entes públicos, ora o de garantia processual da Segurança para assegurar “direitos subjetivos públicos” ou posições subjetivas líquidas e certas de tais entes, decorrentes de normas de direitos não fundamentais.

20. No entanto, parece um contra-senso atribuir ao Estado a posição jurídica de titularidade ativa e passiva, credor e devedor de um direito fundamental. Esse argumento já era empregado analogamente, por exemplo, por August Thon à refutação da tese recorrente de que órgãos estatais fossem titulares de direitos subjetivos, uma vez que exerciam poderes correlatos a interesses da coletividade⁶; e, mesmo que fosse o caso, dizia Sebastiano Cassarino, jamais seria de se admitirem tecnicamente direitos subjetivos públicos da Administração Pública⁷. O tema demandará mais aprofundamento.

⁶ Norma Giuridica e Diritto. Soggettivo. Trad. Alessandro Levi. 2. ed. Padova : CEDAM, 1951, p. 177.

⁷ Le Situazioni Giuridiche e l'Oggetto della Giurisdizione Amministrativa. Milano: Giuffrè, 1956, p. 112-113.

21. Os pressupostos da admissibilidade do writ se situam tanto no ponto da titularização ativa do poder público aos direitos fundamentais, quanto na questão da teoria do direito e da processualística a respeito da confusão entre partes na relação processual da garantia constitucional do *mandamus*. A primeira linha argumentativa já foi defendida algumas vezes nessa Casa, mas teve na letra do Min. Gilmar Mendes mais recente coro:

*“Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor as ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.”*⁸.

22. Na segunda perspectiva, aparece o combate ao argumento da confusão entre titularidade ativa e passiva com a noção de personalidade jurídica. O Ministro Castro Nunes firmou claramente o ponto de discussão, afastando a coincidência entre personalidade jurídica e personalidade para estar em juízo. Disse o publicista: que, contrariamente às primeiras manifestações opostas à legitimidade ativa *ad causam* das pessoas jurídicas de direito público à impetração do Mandado de Segurança, a praxe judiciária passou a aceitá-la por, corretamente, diferenciar a qualidade da pessoa, de índole material, do poder de estar em juízo, de caráter processual. Disse ele, com apoio em José Alberto dos Reis, que “não havia uma coincidência necessária entre a personalidade jurídica e a personalidade judiciária, que um dispositivo de direito português definia como a ‘susceptibilidade de ser parte’”⁹.

23. Mais recentemente, o Ministro Sepúlveda Pertence reiterou a orientação, ao expor que:

“A legitimidade ad causam no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência

⁸ MI 725, Rel. Gilmar Mendes, julgamento em 10-05-2007, DJ de 21-09-2007. (AC 1.033- AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-06, DJ de 16-6-06). No mesmo sentido: ACO 1.048-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-8-07, DJ de 31-10-07

⁹ RE 55821, Rel. Victor Nunes, julgamento em 18-09-67, DJ de 24-11-67.

brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em ‘subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’. *A jurisprudência — com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) — tem reconhecido a capacidade ou ‘personalidade judiciária’ de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente — porque instrumento essencial de sua atuação — e não se pode dissolver na personalidade jurídica do estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos.”¹⁰.*

24. O primeiro argumento, da titularidade jusfundamental por pessoas jurídicas de direito público, considera os direitos fundamentais como técnica jurídica mais do que instituições jurídicas de natureza política. Certamente que, cotado como elemento constitutivo da práxis do direito, a fundamentalidade pode ser associada a posições constitucionais subjetiváveis por entidades públicas. A tese está longe de ser pacífica. Ainda ressoam as críticas a essa titularidade. Pontes de Miranda, ao analisar a redação do artigo 170 da Constituição de 1967, que repetiam 1946 e foi, neste ponto, repetida por 1988, escreveu:

“Sofismas desleais pretenderam que a regra jurídica constitucional, ao falar de Brasileiros e de estrangeiros residentes, também se referisse às sociedades e às mais pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras, de jeito que todos os parágrafos [do art. 150 da Constituição de 1967] protegeriam pessoas físicas e pessoas jurídicas. De modo nenhum. (...) [A] Constituição assegura os mesmos direitos a Brasileiros e a estrangeiros residentes e, em se tratando de garantias institucionais [a propriedade, por exemplo], às vezes às pessoas jurídicas”¹¹.

¹⁰ MS 21.239, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-6-91, DJ de 23-4-93). No mesmo sentido: MS 26.264, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21-5-07, DJ de 5-10-07.

¹¹ Comentários à Constituição de 1967. Tomo IV. São Paulo: RT, 1967, p. 700-701.

25. A doutrina dominante, entretanto, passou a reconhecer essa titularidade “sempre e quando a natureza [da pessoa jurídica] permitir a aplicação” de tais direitos, como assinala Konrad Hesse¹². O autor alemão está amparado em disposições constitucionais expressas. A Lei Fundamental de Bonn, em seu artigo 19.III dispõe que “os direitos fundamentais valem também para as pessoas jurídicas na medida em que sejam aplicáveis segundo a sua natureza”. A Constituição de Portugal, nessa linha, fala em “direitos compatíveis com a natureza [das pessoas jurídicas]” (art. 12.2) e parte da doutrina daquele país se acostumou a tratar dos “direitos fundamentais atípicos” ou “análogos” quando se refere aos direitos fundamentais das pessoas coletivas¹³.

26. No Brasil, o reconhecimento também é feito segundo as peculiaridades do direito em causa, havendo situações de todo incompatíveis com a natureza das pessoas jurídicas, a exemplo da liberdade de consciência¹⁴. Outra coisa, no entanto, é estender a titularidade jusfundamental a pessoas jurídicas de direito público.

27. Há quem os que a defendem para as hipóteses de “situações de sujeição” ou “de subordinação” que se possam encontrar tais entidades em face do Estado¹⁵. Na doutrina alemã, a tese vem desde que Georg Jellinek passou a reconhecer às pessoas jurídicas de direito público a titularidade de direitos públicos subjetivos¹⁶. Castán Tobeñas¹⁷, a propósito, identifica quatro possíveis classes de direitos encontrados nas Declarações internacionais: a) direitos da pessoa humana; b) direitos das comunidades menores ou infraestatais como a família; c) direitos dos Estados na esfera interna e d) direitos dos Estados e dos povos na comunidade internacional.

28. Ocorre que tais direitos são, antes de mera técnica jurídica, produtos históricos e elementos políticos que funcionam, para usar a metáfora de Dworkin¹⁸, como cartas de trunfo ou coringas, primariamente, oponíveis à opressão que recai sobre indivíduos e grupos sociais, praticada

¹² “Significado de los Derechos Fundamentales”. In BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. Trad. Antonio Lopez Piña. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.106.

¹³ ANDRADE, José Carlos V. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p; 179.

¹⁴ CRETILLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 293; SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190-191.

¹⁵ AUBERT, Jean François. Traité de Droit Constitutionnel Suisse. Neuchatel: Ed. Ides et Calendes, 1967, vol. II, p. 629.

¹⁶ JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen rechte. Tübingen: Scientia, Aalen, 1919; DREIER, Ralf. “Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen *Recht*”. In ACHTERBERG, von N. (Hrsg). Öffentliches Recht und Politik. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag Berlin: Duncker und Humblot, 1973, p. 105 *et seq.*

¹⁷ Los derechos del hombre. Madrid: Reus, 1992, p. 42-43.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Eighth impression. London: Ducworth, 1996.

pelo Estado ou por poderes civis organizados, ou não; e, secundariamente, como exigências jurídicas de proteção e promoção por parte do próprio poder público. **O Estado – e suas instrumentalidades – podem bem ser considerados como inimigos (na visão liberal) ou amigos (na perspectiva social) dos direitos fundamentais, nunca seus titulares.**

29. **Por mais flexibilidade que o direito permita na constituição de seus institutos, ele não pode desvirtuar a finalidade ou função de posições jurídicas subjetivas de emancipação humana, mesmo que extensível com adaptação ou atipia a suas projeções orgânicas privadas, sob pena de frustrar a própria razão de ser e o status de tais direitos.** Ademais, mesmo do ponto de vista técnico, é para lá de problemática a coincidência necessária entre direito público subjetivo e direitos fundamentais na própria e adequada leitura de Jellinek¹⁹.

30. A negativa plena de titularidade dos direitos fundamentais pelo Estado ou suas entidades é rigorosamente afastada nos Estados Unidos, em doutrina e jurisprudência, dada a compreensão reinante de que tais direitos são de caráter individual e oponíveis ao Estado, sendo absurdo se falar em tal assunto. Em outros países, a admissibilidade, quando existe, é excepcional e quase sempre ligada ao devido processo legal e a alguns remédios constitucionais. O exemplo alemão e espanhol basta.

31. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem afirmado que, por força do artigo 19, III, da Lei Fundamental, alguns direitos fundamentais, inclusive as garantias constitucionais de jurisdição, são reconhecidos às pessoas jurídicas de direito privado²⁰, não, entretanto, àquelas de direito público, ainda que de caráter processual-jurisdicional: “1. Os direitos fundamentais não são por princípio aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público ao realizarem tarefas públicas. Nesse caso, não lhes cabe o remédio da Reclamação Constitucional²¹. Ou, por outra, “o Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais²²”.

32. Porém, quando certos entes públicos forem dotados em relativa independência em relação ao próprio Estado e titularerem direitos que tenham relação imediata com fatos da vida protegidos pelos direitos fundamentais, por exemplo, o ensino, a pesquisa e a ciência, é possível,

¹⁹ *System der subjektiven öffentlichen rechte.*, cit., p. 50; GÓMEZ MONTORO, Ángel J. “La titularidad de derechos fundamentales por Persona Jurídica: Un Intento de Fundamentación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, 2002, p. 49-105, 72-73.

²⁰ BVerfGE 3, 383 [390]; 4, 7 [12 e 17].

²¹ BVerfGE 21, 362 –Sozialversicherungsträger.

²² BVerfGE 15, 256 [262].

excepcionalmente, reconhecer-lhes a legitimidade, independente de sua capacidade jurídica²³. Ou, de mesma forma, com as igrejas e a outras sociedades religiosas criadas com o status de órgão de direito público, relativamente à liberdade religiosa. O mesmo, enfim, vale para emissoras públicas de rádio e tevê, com status de autonomia em relação ao próprio Estado, exatamente para realizarem adequadamente a liberdade de radiodifusão²⁴.

33. Na Espanha, a doutrina, com acerto, afasta a disfuncionalidade do reconhecimento de posições jusfundamentais serem tituladas por órgãos estatais, mas a jurisprudência, sob cerradas críticas, tem-na admitido em situações muito específicas²⁵.

34. Na STC 64/1988, de 12 de abril, por exemplo, o Tribunal Constitucional espanhol (TCE) declarou que *“no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos”*. No mesmo sentido, SSTC 197/1988, de 24 de outubro; 91/1995, de 19 de junho.

35. Com base no artigo 24.1 da Constituição espanhola, o TCE reiterou a orientação negando à pessoa jurídica de direito público (o Município, no caso) legitimidade para interpor o recurso de amparo, porque aquele dispositivo não protegia por igual os sujeitos públicos e os sujeitos privados²⁶. A jurisprudência foi mitigada, para admitir, apenas em situações excepcionalíssimas e no âmbito exclusivamente processual, que as pessoas jurídicas de direito público gozavam de direito oponível ao Estado²⁷. Reafirmou o Tribunal que a regra era a ilegitimidade, conforme a seguir:

“[...]II- Fundamentos jurídicos [...] 5. A partir de la Jurisprudencia constitucional se puede concluir que sólo en supuestos excepcionales una organización jurídico pública disfruta -ante los órganos judiciales del Estado - del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y por lo mismo, sólo excepcionalmente podemos considerar al recurso de amparo como cauce idóneo para que las personas públicas denuncien una defectuosa tutela de los

²³ BVerfGE 15, 256 [262].

²⁴ BVerfGE 31, 314.

²⁵ NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “Titularidad y Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales”. *Revista de Derecho Publico*, v. 1, n. 63, 2001, p. 200-208, 203; LASAGABASTE, Iñaki. “Derechos Fundamentales y Persona Jurídica de Derecho Publico”. In BAQUER, Sebastián M.-R. (coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, v. 2, p. 666.

²⁶ STC 123/1996, de 8 de julho; ATC 187/2000.

²⁷ STC 175/2001, de 26 de julho.

jueces y Tribunales. Más adelante nos detendremos en los ámbitos procesales en que, por excepción, las personas públicas disfrutan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ahora debemos precisar que, más allá del contenido constitucional garantizado por el art. 24.1 CE, corresponde a las leyes procesales establecer qué tutela judicial deben prestar los jueces y Tribunales a las personas públicas. Los derechos procesales que las leyes otorgan a los sujetos públicos obviamente vinculan a los órganos judiciales, pero no gozan, lógicamente, de la garantía extraordinaria del amparo constitucional.”

36. A jurisprudência constitucional espanhola manteve-se firme nesse sentido. Em decisão atual, na STC 85/2008, de 21 de julho, o Tribunal Constitucional reafirmou o precedente acima, para conceder legitimidade extraordinária apenas no que tange a direitos de ordem processual. *In verbis*:

“[...] II- Fundamentos jurídicos [...] 4. Abordando el enjuiciamiento del fondo de la cuestión, al ser la parte demandante un Ayuntamiento debe recordarse que este Tribunal afirmó en la STC 175/2001, de 26 de julio, que las personas públicas son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso, constituyendo doctrina consolidada de este Tribunal (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 2) que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión.”

37. A segunda posição doutrinária, por não falar de direito fundamental de tais, sofre menos crítica. Na verdade, tenta-se conferir, por meio da legitimidade de impetração do writ, um sistema de garantias a prerrogativas, competências ou direitos-deveres ou tarefas orgânico-funcionais de entidades, a organismos e funções de Estado. Vale dizer que o mandado de segurança, embora seja ele mesmo um direito-garantia fundamental, pode, como instrumento processual disciplinado pela Lei nº 1533/1951, tutelar direitos não fundamentais. A tese é, no mínimo, curiosa uma vez que promove uma espécie de interpretação da Constituição conforme a lei ou, quando menos, segue a aplicar sem maiores detalhamentos entendimento firmado com base no art. 119, I, *i*, *in fine*, da Constituição de 1967/1969.

38. Se certo é que amplia o número de legitimados para ativar o Judiciário, é indubitoso, também, que retira em parte a força do remédio

constitucional para defesa dos direitos jusfundamentais qualificados pela certeza e liquidez, o que tem sido definido pela doutrina como “desvirtuamento” dos propósitos garantistas. Mas, para atender a circunstâncias específicas ou excepcionais de exigências de integridade institucional ou sistêmica, a exemplo das garantias da magistratura ou do ministério público, esse vezo hermenêutico pode ser neutralizado.

39. Excepcional também deve ser a admissibilidade de pessoa estrangeira valer-se das ações constitucionais em defesa de seus direitos ou interesses, bem como ser titular de outros direitos fundamentais. Essa Corte tem superado a literalidade do caput do art. 5º, da atual Constituição, na seqüência do pensamento mais liberal, firmado após a II Guerra Mundial. É sabido que, sob a Constituição de 1891, consolidou-se compreensão exatamente contrária, admitindo-se, apenas em hipóteses excepcionais, o ajuizamento do habeas corpus²⁸.

40. Sob a Constituição de 1946, o Tribunal passou a se inspirar nos ideários universais da proteção dos direitos para buscar fundamentos mais nas intenções do Projeto da Constituição (art. 159) do que no texto do artigo 141 aprovado, que resultou das Emendas Constituintes 381 e 3085. Tome-se, por exemplo, o MS 4706, sob a relatoria do Min. Ary Franco e julgado em 13 de setembro de 1957, no qual se lia: “O estrangeiro embora não residente no Brasil, goza do direito de impetrar mandado de segurança”, tese sufragada também no MS n. 8844 (DJ de 22/2/1962). Mas o estrangeiro ali suposto era sempre a pessoa física. Tanto era assim que, no RE n.44621, o Min. Cândido Motta, ao reconhecer a legitimidade ativa de estrangeiro não residente para obter a Segurança, frisara mais de uma vez que a razão da admissibilidade estava na proteção de alguns direitos fundamentais como era o caso do direito de propriedade. E mesmo agora, quando se buscam os registros das decisões de reconhecimento da legitimação de estrangeiros para impetração de tais ações, vê-se referências a pessoas físicas ou, quando muito, a pessoas jurídicas de direito privado. Note-se, a respeito do *habeas corpus*:

“É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de habeas corpus, eis que esse remédio constitucional - por qualificar-se como verdadeira ação popular - pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional”²⁹.

“O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do status

²⁸ STF. Ac n. 388/1893; 2753/1909; 2972/1909; 2940/1910; 3047/1911; 3434/1913.

²⁹ Pleno. HC-QO n. 72391-DF. Rel. Min Celso de Mello.

*libertatis e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do due process”*³⁰.

41. A doutrina também se aplica ao Mandado de Segurança, como se denota no excerto adiante: “Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, **caput**, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LXIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido.”³¹.

42. No caso, discutia-se sobre a possibilidade de estrangeiros não residentes no país, inclusive pessoas jurídicas, impetrem o *mandamus*. A Ministra Relatora, em seu voto, deu claramente a entender, contra a opinião do ex-Ministro Sepúlveda Pertence, que mesmo as pessoas morais estrangeiras possuíam legitimidade ativa para a impetração, secundando-se na doutrina de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz Tucci³², Celso Ribeiro Bastos com Ives Gandra Martins³³ e Cretella Jr³⁴, este a não diferenciar pessoas de direito privado ou de direito público.

43. É preciso dizer que o tema da titularidade das pessoas jurídicas, e ainda mais, de direito público, é marcado pelo dissenso. Carlos Maximiliano, em alento à tese da extensão, defendia que o “texto supremo não distingue nem os estrangeiros, nem os nacionais, em *singulares* e *coletivos*”³⁵.

44. Alcindo Pinto Falcão e Pontes de Miranda, entretanto, pensavam diferentemente. Para o magistrado do antigo Distrito Federal, a comentar o Texto de 1946, o “liberalismo da extensão” até mesmo a estrangeiros não residentes, independentemente de sua natureza, poderia vir a abarrotar os tribunais brasileiros com demandas ajuizadas por alienígenas, que dirá por pessoas jurídicas, agravando a presteza da entrega jurisdicional aos brasileiros. “Poderá até”, escreveu, “em caso de guerra externa, colocar o país em situação de inferioridade perante o inimigo, tornando inconstitucionais medidas que todos os povos tomam...”³⁶.

45. O mestre baiano admitia, em determinadas circunstâncias, o emprego da Segurança por estrangeiros não residentes, a exemplo da

³⁰ 2ª Turma. HC n. 94016-SP. Rel. Min. Celso de Mello.

³¹ 1ª Turma. RE n. 215267. Rel. Min. Ellen Gracie.

³² Constituição de 1988 e Processo, p. 138.

³³ Comentários à Constituição do Brasil, v. 2.

³⁴ Comentários à Constituição de 1988, v. 2, p. 663.

³⁵ Comentários à Constituição Brasileira. Vol. III. Rio de Janeiro; S. Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 33.

³⁶ Constituição Anotada. Vol. II. Rio de Janeiro: José Kofino, 1957, p. 49.

negativa de imigração com violação à lei ou de atentado ao direito de propriedade³⁷.

46. O direito comparado vacila na liberalidade aos estrangeiros. Nos Estados Unidos, por exemplo, os *writs* são ativados apenas pelos nacionais e pelos estrangeiros que se encontrem no território do país:

“A mera presença lícita [do estrangeiro] no país cria uma garantia implícita de conduta segura e dá a ele certos direitos; tais direitos se tornam mais extensivos e seguros quando ele faz uma declaração preliminar de intenção de se tornar cidadão; e eles se ampliam aos que obtêm cidadania plena depois da naturalização: Mere lawful presence in the country creates an implied assurance of safe conduct and gives him certain rights; they become more extensive and secure when he makes preliminary declaration of intention to become a citizen, and they expand to those of full citizenship upon naturalization” (Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763, 770 (1950)).

47. Durante o período de naturalização, na chamada “probationary residence”, os *Justices* asseguraram aos estrangeiros o direito a uma audiência plena e justa contra a deportação³⁸. Aos estrangeiros residentes, ademais, são atribuídas as garantias constitucionais, como o devido processo legal da XIV Emenda, para proteger as suas pessoas e bens³⁹. A jurisdição das cortes norte-americanas, em compensação, não se aplica aos estrangeiros não residentes ou fora do território nacional⁴⁰. Portanto, a IV Emenda não se aplicaria a buscas e apreensões realizadas por agentes norte-americanos em propriedades de estrangeiros não residentes e localizados em um país estrangeiro⁴¹.

48. Como se pode ver, o regime de extensão da titularidade de direitos fundamentais a pessoas jurídicas de direito público é tão excepcional quanto particular é o seu exercício por estrangeiros não residentes. Admitir a legitimidade *ad causam* de Estado estrangeiro para deduzir pretensão em mandado de segurança (e ainda combatendo um ato do Governo brasileiro) é reunir as duas exceções para dar origem a uma terceira ainda mais excepcional e atípica figura processual, desnaturando a função do *writ* e todo o sistema de garantias fundamentais da República do Brasil. Diante de tais razões,

³⁷ *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1967, p. 332; tomo IV, p. 701.

³⁸ *The Japanese Immigrant Case*, 189 US 86 (1903); *Low Wah Suey v. Backus*, 225 US 460 (1912); *United States ex rel. Tisi v. Tod*, 264 US 131 (1924); *United States ex rel. Vajtauer v. Comm'r*, 273 US 103 (1927); *Bridges v. Wixon*, 326 US 135 (1945); *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 US 33 (1950).

³⁹ *Yick Wo v. Hopkins*, 228 US 356 (1886).

⁴⁰ *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 771 (1950).

⁴¹ *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 264-275 (1990).

preliminarmente, entendo que o **processo deve ser julgado extinto, sem julgamento de mérito.**

Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder

49. Como demonstrarei mais detidamente à frente, o Ministro da Justiça não praticou ato ilegal ou abusivo, porquanto a sua decisão se pautou na Constituição, nas Leis e nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

50. Alega o Impetrante, por um lado, que o ato seria ilegal, por ter desconsiderado os requisitos legais para a concessão do refúgio, especialmente a vedação do benefício em caso de prática de crime contra a paz, crime hediondo e de atos terroristas ou tráfico de drogas (art. 3º, III, Lei 9474/1997) e mesmo o uso de passaporte falso; por outro, aponta que houve atentado ao princípio administrativo dos motivos determinantes, principalmente por se ter baseado em fatos incorretos, como a ausência da garantia do devido processo legal, argumento, aliás, afastado pelo Judiciário francês e pela Corte Européia de Direitos Humanos, em decorrência, provavelmente, da insuficiência de documentos probatórios nas peças recursais à decisão do CONARE.

51. Quanto ao primeiro argumento, de que não poderia ser concedido o refúgio a CESARE BATTISTI, porque *“legitimamente condenado pela Justiça italiana por quatro crimes comuns de especial gravidade (homicídios qualificados), definidos na legislação brasileira como crimes hediondos”* esqueceu-se o ilustre impetrante que o direito constitucional brasileiro estabelece como garantia fundamental do cidadão brasileiro e estrangeiro aqui residente, o princípio da legalidade penal: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

52. Os crimes pelos quais CESARE BATTISTI foi condenado ocorreram, um em 1977, e os demais, em 1979, quando, no Brasil, ainda não existiam os chamados crimes hediondos, que somente foram incorporados ao sistema jurídico com a Constituição de 1988.

53. A eventual insuficiência de documentos que subsidiaram a decisão do Ministro da Justiça não afeta em nada a validade do ato, seja porque a história de CESARE BATTISTI é pública e notória, bem como as idas e vindas de seus processos na Itália, na França e na Corte Européia de Direitos Humanos, tendo o Ministro de Estado, à toda evidência presente nestes autos e em suas comunicações públicas, ciência completa dos fatos;

seja porque não cabe avaliar na via sumária do Mandado de Segurança se as provas foram ou não bastantes para a tomada da decisão político-administrativa.

54. Tampouco é legítimo o controle *in casu* da valoração da autoridade decisória sobre os fatos e circunstâncias que lhe deram a convicção de que o postulante ao refúgio estava a sofrer perseguição política.

55. Não se trata de desvio de poder ou de seu abuso, nem de aplicar-se a tese dos motivos determinantes, de modo a avaliar se o Ministro da Justiça fez juízo certo ou errado a respeito dos fatos, especialmente porque não se cuidava de processo sancionatório ou de criação de privilégio descabido, mas de intento de promoção dos direitos humanos. E estes, como síntese dos valores comuns ocidentais, devem-se impor diante dos motivos persecutórios, quaisquer que sejam, como, aliás, tem sido a tônica dessa Corte.

56. O dilema que a Impetrante tenta produzir, se houve o cometimento de crime de terrorismo ou de crime hediondo, nos homicídios em que foi condenado CESARE BATTISTI, de modo a fazer incidir a vedação do refúgio, como demonstrei acima, é falso. Os crimes cometidos por CESARE BATTISTI não são hediondos para o direito brasileiro.

57. A motivação política dos crimes, deliberadamente, foi desqualificada por ela, mas foi, dentro do juízo próprio do Ministro da Justiça, elemento central às suas conclusões.

58. Muito embora tenha me manifestado, no processo de extradição, contrariamente à qualificação política dos crimes atribuídos a CESARE BATTISTI, entendo que o Ministro da Justiça podia formar convicção própria no processo de refúgio, não se achando vinculado às qualificações eventualmente dadas pelos Estados estrangeiros.

59. Essa Corte tem enfrentado situações análogas em inúmeros casos de extradição: os requerentes tentam sempre fazer crer, baseando-se, muitas vezes, em decisões proferidas por seus respectivos órgãos jurisdicionais, que os crimes cometidos pelo reclamado possuem natureza comum, jamais política. E, como não poderia deixar de ser, tais decisões não vinculam o juízo que a Corte faz a respeito da natureza dos delitos, para conceder ou negar o pedido.

60. Do ponto de vista dogmático, tanto o direito interno quanto o direito internacional encontram grandes dificuldades para decidir se

determinados atos de subversão e com o emprego de violência devem ser tratados como crimes comuns ou como delitos políticos. Essa ambivalência, como bem notam Jan Klabbers, Christine Van Den Wijngaert, Geoffrey S. Gilbert e Giulio Uberts, está presente, inclusive, nos tratados sobre o *jus belli*, bem como nos instrumentos internacionais mais diretamente associados ao combate ao terrorismo, sendo certo que o acusado deve sempre receber tratamento humanitário e que a dúvida há de militar em favor do móvel político⁴².

61. Por tudo isso, não é dado sequer ao Supremo Tribunal rever o juízo de mérito firmado pelo Ministro. Tampouco, há usurpação da competência dessa Corte na definição do que seja crime político. Em primeiro lugar, porque a Constituição não diz isso expressamente. Em segundo, porque toda argumentação se faz sempre com aplicação do art. 77, § 2º, da Lei n. 6815/1980, como fosse ela uma sobrenorma a se impor à legislação subsequente, inclusive ao Estatuto do Refugiado, que tem nítido caráter de proteção humanitária e de direitos humanos.

62. Enfim, o emprego de documento falso em nada interfere no julgamento do feito. Aliás, o sistema global de proteção dos direitos humanos, levando em conta as situações particulares por que passam os refugiados, não admite que o postulante ao refúgio tenha o pedido negado pelo simples fato de dispor apenas de documentação falsa⁴³.

Inexistência de direito líquido e certo

63. Ainda por outro fundamento, o Impetrante é carente de ação. É que está ausente a imprescindível liquidez e certeza do direito, além de a tutela jurisdicional pleiteada padecer de utilidade.

64. A liquidez e certeza do direito ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, isto é, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca⁴⁴.

⁴² KLABBERS. “Rebel with a Cause? Terrorists and Humanitarian Law”. European Journal of International Law, v. 14, n 2, 2003, p. 299-312; WIJGAERT. The Political Offence Exception to Extradition: The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order. Deventer: Kluwer. 1980, p. 2; GILBERT. “Terrorism and the Political Offence Exemption Reappraised”. International & Comparative Law Quarterly, v. 34, 1985, p 695-723; UBERT. “Délit Politique, Terrorisme, Extradition”. Revue Internationale de Droit Penal, v. 60, 1985, p. 368-379.

⁴³ GOODWIN-GILL, Guy S. “Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugee: non penalization, detention, and protection”. In FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (eds.). Refugee protection in international law: UNHCR's global consultations on international protection. Cambridge: New York; Geneva: Cambridge University Press; UNHCR, 2003. p. 185.

⁴⁴ MS nº 20.882/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 23.9.1994.

65. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Exige-se que o direito invocado encontre-se expresso em norma legal e traga em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao Impetrante⁴⁵.

66. A respeito de tais exigências, CELSO RIBEIRO BASTOS dispõe que o direito líquido e certo é *conditio sine qua non* para o conhecimento do mandado de segurança⁴⁶.

67. No presente caso, a questão consiste em saber se existe direito líquido e certo por parte da República Italiana em promover a revisão do ato de concessão do refúgio político.

68. A meu ver, a resposta negativa se impõe.

69. Já se disse que o ato do Executivo não pode sofrer o qualificativo de ilegalidade ou abusividade. Tão pouco violou algum direito *líquido e certo* da República da Itália. E não o fez, porque não há um tal direito em relação à própria revisão do refúgio e tampouco em relação ao pedido de extradição. Quer-se, em ambos os pedidos, o imediato e o remoto, imiscuir-se no mérito administrativo e político do Governo brasileiro, invertendo, a um só tempo, o princípio da soberania nacional e o sistema de proteção dos direitos humanos consagrado no País.

70. Ao ingressar com o pedido junto a mais alta Corte judiciária brasileira, a Itália tenta extrair dela uma determinação que, com mero expediente e roupagem jurídica, visa a negar a subsistência de uma decisão de Estado, posto que é o Executivo, na pessoa do Presidente da República ou de autoridades por ele acreditada, a instância de soberania constitucionalmente responsável pela adoção da política exterior e pelo estabelecimento das relações internacionais. De modo reflexo, portanto, visa a contrariar ato de soberania que outra coisa não é do que, no plano exterior, ser tratado com igual respeito, consideração e independência pelos poderes estrangeiros, impondo-se, internamente, sua qualidade de poder constitucional supremo⁴⁷.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem*. P. 38.

⁴⁶ *In Mandado de Segurança*. SP: Saraiva, 1982. P. 18.

⁴⁷ VERHOEVEN, Joe. *Droit International Public*, Bruxelles: Larcier, 2000, p. 52 ss; PERRIN, Georges J. *Droit International Public: Sources, sujets, caractéristiques*. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag: 1999, p. 570; COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit International Public*. 3e. ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 266 ss.

71. Ao mesmo tempo, o pedido atenta contra o sistema de proteção dos direitos humanos que tem no asilo e no refúgio dois elementos importantes, centrais mesmos, para conferir tutela a pessoas estrangeiras que se encontrem em situações excepcionais, de risco ou de perseguição, inclusive por atividades políticas, segundo o juízo de conveniência do Estado brasileiro. Não se deve nunca deixar de aplicar, em casos como esse, o princípio da interpretação mais benéfica aos direitos humanos. O que, a toda evidência, beneficia o refugiado e não a Itália.

72. Além do mais, a tutela jurisdicional, porventura, prestada em sentido afirmativo por essa Corte tenderá a ser ineficaz ou de pouca utilidade, a considerar-se que a impetrante deseja levantar óbice ao pedido de extradição. Mas, como é de todos mais que rotineiro, o processo de extradição passiva, objetivo final da pretensão deduzida, compõe-se de uma série de atos, ordenados legalmente, para garantir a entrega às autoridades do Estado estrangeiro da pessoa reclamada com o objetivo de responder por atividades criminosas, como também para ser julgada pelos órgãos jurisdicionais daquele Estado ou para nele cumprir pena ou medida de segurança que lhe foram impostas⁴⁸.

73. Não importa tanto discutir a natureza do processo, se ato de assistência jurídica internacional, como entendem, por exemplo, Robert Zimmerman⁴⁹ ou de matiz técnico-normativo, embora, pelo primeiro, autorize-se a entrega da pessoa ainda que em desrespeito à Constituição e às leis do país requerido, enquanto, no segundo, exija-se o respeito às normas jurídicas internas e internacionais, especialmente à integridade dos direitos humanos e fundamentais, como é adotado acertadamente no Brasil.

74. Para a análise do presente feito, é mais interessante afirmar que, se o Supremo Tribunal reconhecer a possibilidade da extradição, esta apenas ocorrerá por decisão discricionária do Presidente da República, como, aliás, é tendência do direito comparado, em vista da condução executiva dos negócios externos⁵⁰. O tema é pacífico na jurisprudência do

⁴⁸ VERDUZCO, Alonso G-R.. Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y Tendencias Relevantes. México: UNAM, 1996, p. 16; NOCETE, Jose Almagro. "El Proceso de Extradición Pasiva". In Derecho Procesal el Proceso Penal, Tomo II, vol II., Valencia:: Tirant le Blanch, 1988, p. 249.

⁴⁹ La Coopéraion Judiciaire Intemationale en Matière Pénale, 2e éd. Bruxelles: Bruylant ; Berne: Staempfli, 2004, p. 5.

⁵⁰ O'HIGGINS, Paul. "Disguised Extradition: The Soblen Case". The Modern Law Review, v. 27, n. 5, 1964, p. 521-539); ROLIN, Elisabeth. Le Conseil d'État, Juge de l'Extradition. Paris: LGDJ, 1999; OSSMAN, G. "The Doctrine of Abuse of Process of the Court: Its Impact on the Principles of Extradition without a Conventional Obligation and of Speciality". The Liverpool Law Review, 1994, v. 16, n. 1, p. 67-84; WARBRICK, Colin. "Judicial Jurisdiction and Abuse of Process". International & Comparative Law Quarterly, v. 49, 2000, p 489-496.

Tribunal, bastando a menção a um julgado recente, decidido por unanimidade:

“O Supremo Tribunal 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, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, 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”⁵¹.

75. A utilidade do provimento desse duvidoso Mandado de Segurança fica assim comprometida, pois caberá ao Executivo, mas especificamente ao Presidente da República, a decisão final sobre a entrega do extraditando ao Estado italiano.

76. No mais, mantenho a posição que expus nos autos da Extradicação nº 1.085 e reitero que a análise do ato de concessão de refúgio deve-se restringir a verificar a ocorrência da pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição.

77. Nesse diapasão, ao compulsar os documentos juntados pelas partes, confirmo que não há dúvida de que a decisão do Ministro da Justiça, concessiva do *status* de refugiado ao extraditando, teve em consideração o mesmo conjunto fático e jurídico que serviu de suporte ao pedido de extradição formulado pela ora Impetrante.

78. Inclusive, entendo que eventual discordância da interpretação que foi dada ao referido conjunto de fatos pelo Ministro da Justiça ou em relação aos fundamentos adotados em sua decisão não autorizam a anulação do ato político.

79. Em outros termos, a análise do mérito da presente impugnação, sem que se atente para a natureza jurídica política do ato questionado, constituirá uma violação ao princípio constitucional da Separação de Poderes, pois as discussões que versam sobre questões atinentes à política internacional competem **única e exclusivamente** ao Poder Executivo.

⁵¹ Ext. n.1114/República do Chile. Rel. Min. Cármen Lúcia.

80. A independência e a harmonia, fundamentos da Separação de Poderes, dizem respeito justamente ao livre exercício por cada Poder do Estado das atribuições que lhes são próprias⁵².

81. Outro não é o entendimento dessa Corte.

82. No julgamento da Extradicação nº 1.008, concluiu-se pela constitucionalidade da Lei nº 9.474/97, cujas disposições legais reservam ao Poder Executivo a competência **privativa** para a concessão do asilo ou refúgio.

83. Naquela oportunidade, os Ministros ressaltaram que tal atuação não constitui invasão à competência jurisdicional do Supremo Tribunal estabelecida no art. 102, I, g, da Constituição Federal⁵³.

84. Tanto é assim que não afronta o dogma da Separação de Poderes o simples fato de o Estado requerente, ao formular pedido de extradicação passiva, encaminhá-lo diretamente ao Poder Executivo, a quem cabe discricionariamente submetê-lo ao Supremo Tribunal Federal, que, somente então, irá instaurar o respectivo processo de extradicação.

85. O tema, como observou o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE em seu voto, já havia sido apreciado pela Corte quando do julgamento da Ext. 783⁵⁴, firmando-se, naquela oportunidade, entendimento contrário à tese sufragada pelo ora Impetrante.

86. Por sua relevância, cumpre transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro PERTENCE naquela assentada:

“A condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradicação que tenha implicações com os motivos do seu deferimento.

(...)

E não existe aí nenhuma afronta à competência do Tribunal para julgar do processo de extradicação.

O processo é instrumento da composição jurisdicional de um conflito presente: se desaparece o seu objeto, extingue-se o processo sem julgamento do mérito.

⁵² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª edição (revista e aumentada). Tomo I (arts. 1º – 5º). RJ: Editor Borsoi, 1960. P. 529.

⁵³ Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 17.8.2007.

⁵⁴ DJ de 14.11.2003.

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 judiciário.

Assim, são casos correntios, triviais no cotidiano forense, julgar-se prejudicado o processo do mandado de segurança, se a Administração desfaz o ato coator, ou a ação direta de inconstitucionalidade, se o Poder Legislativo revoga a lei questionada.

(...)

Mas, data venia, o problema não está em que a decisão prejudicial seja tomada, não por outro órgão judiciário, mas sim por um órgão do Poder Executivo, mas sim em indagar se é do Executivo, e não do Judiciário, a competência para tomá-la.

E suponho não haver dúvida de validade da lei que – a exemplo da generalidade dos ordenamentos nacionais – reserva ao Poder Executivo – órgão das relações internacionais do Estado – o poder privativo de conceder asilo ou refúgio.”.

87. Ante o exposto, manifesto-me no sentido da **extinção do processo sem julgamento de mérito** e, caso seja rejeitada a preliminar, opino pela **improcedência da ação mandamental**.

Brasília, 04 de maio de 2009.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA