

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

PROFESSOR EMÉRITO DA PUC/MG E
DA UNB – UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
ADVOGADO

EXTRADIÇÃO – CASO CESARE BATTISTI – REPÚBLICA ITALIANA – CONCESSÃO DE REFÚGIO PELO MINISTRO DA JUSTIÇA – CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE CONCESSÃO.

P A R E C E R

Carlos Mário da Silva Velloso*

Sumário: I. A exposição e a consulta. II. O caso Cesare Battisti: condenação por crime comum pela Justiça italiana. As decisões da Justiça francesa e da Corte Européia de Direitos Humanos concessivas da extradição requerida pela República Italiana. III. A extradição solicitada pela República Italiana ao Governo brasileiro. IV. O pedido de refúgio formulado por Cesare Battisti e sua concessão pelo Ministro da Justiça. V. Pedido de Cesare Battisti para ser posto em liberdade. A decisão do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do S.T.F. VI. Os institutos do asilo político e do refúgio: distinções. VI.1. Asilo político: asilo territorial e asilo diplomático. VI.2. O refúgio: definição de refugiado. VI.3. A definição ampliada de refugiado. VI.4. Perseguição por opiniões políticas. VII. Causas de exclusão do asilo e do refúgio. VIII. Concessão do asilo e reconhecimento do refúgio: ato constitutivo e ato declaratório. IX. O refúgio no direito brasileiro: definição de refugiado pela Lei 9.474, de 1997. IX.1. Causas de exclusão da condição de refugiado. IX.2. As atribuições do Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE. IX.3. O papel do ACNUR. IX.4. Recurso administrativo contra decisão do CONARE. X. Controle judicial de decisão do CONARE e do Ministro da Justiça. X.1. Extradição e refúgio – controle jurisdicional. X.2. O acórdão do Supremo Tribunal Federal na Extradição 1008/República da Colômbia: extradição do padre Medina. X.3. Competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria, se crime comum ou político. X.4. A extradição, o seu processo e a participação neste do Estado requerente. A garantia do controle judicial, C.F., art. 5º, XXXV. X.5. O Supremo Tribunal Federal e a definição do crime político. XI. O caso Cesare Battisti: asilo político ou refúgio? XII. Conclusão: resposta aos quesitos.

I. A exposição e a consulta.

* Professor Emérito da PUC/MG e da Universidade de Brasília -UnB, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Na UnB, nos cursos de graduação e pós-graduação. Professor de Direito Constitucional Tributário no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Craiova, Romênia, e pelo Centro Universitário da Cidade do Rio de Janeiro. Advogado, OAB/MG nº 7725; OAB/DF nº 23750.

A República Italiana, por intermédio de seu ilustre advogado, o Dr. A. Nabor A. Bulhões, solicita parecer acerca de questões relacionadas ao processo de Extradicação nº 1085-9/República Italiana, no qual é requerida a extradicação do cidadão italiano CESARE BATTISTI, e ao correlato pedido de refúgio por ele formulado ao Ministério da Justiça – Processo Administrativo nº 08000.011373/2008-83 – na pendência do referido processo de extradicação.

2. O eminente advogado expõe e formula, ao final, os quesitos a serem respondidos:

2.1. “Consoante se colhe da cópia integral do processo de extradicação e de cópias de peças do pedido de refúgio, na pendência do processo de extradicação que a Consulente move contra o cidadão italiano Cesare Battisti, este ingressou com pedido de refúgio perante o Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE/Ministério da Justiça. Indeferido o pedido pelo órgão colegiado competente, o extraditando interpôs recurso para o Senhor Ministro da Justiça, que, mediante decisão isolada, o proveu para conceder ao cidadão italiano o *status* de refugiado dizendo ser procedente o seu fundado temor de perseguições na execução de condenações criminais transitadas em julgado que lhe foram impostas pelo cometimento de crimes comuns de especial gravidade (crimes de homicídio qualificado) no seu país de origem.

2.2. Em consequência, o extraditando, sob a invocação dos arts. 33 e 41 da Lei nº 9.474/97 e do aresto proferido na extradicação nº 1.008/República da Colômbia, requereu a imediata revogação da prisão contra si decretada, bem como a consequente extinção do processo de extradicação, por entender que haveria identidade temática entre os fatos que consubstanciam o pedido de extradicação e os fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. O eminente Ministro Relator da extradicação ouviu o ilustre Procurador-Geral da República e a República Italiana sobre os termos do referido pedido “por reconhecer o seu indiscutível interesse jurídico na manutenção do feito extradicional”.

2.3. O eminente Procurador-Geral da República mantém os pareceres com que se manifestou pelo deferimento do pedido de extradicação do cidadão italiano Cesare Battisti, por entender que efetivamente a reclamação extradicional se funda em condenação por crimes comuns de especial gravidade (crimes de homicídio qualificado praticados fora do contexto político em que o extraditando alega haver-se inserido no seu país de origem), malgrado tenha opinado pelo deferimento do pedido da defesa do extraditando quanto à extinção do processo de extradicação tendo em conta a superveniente concessão do *status* de refugiado, conforme se

extrairia do art. 33 da Lei nº 9.474/97 e do referido precedente consubstanciado no aresto proferido na Extradução nº 1008/República da Colômbia. Nada obstante, consignou expressamente que, caso a Suprema Corte não mantivesse o mesmo entendimento contido no aludido precedente por ocasião do exame do Caso Battisti, reiterava as suas anteriores manifestações pelo deferimento da extradição.

2.4. A República Italiana, por sua vez, produziu manifestação incidental no processo de extradição, mediante a qual se opôs à pretensão da defesa do extraditando por várias ordens de razões:

2.5. a uma, sustentou que, na linha do voto proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes na Extradução nº 1008/República da Colômbia, o exame do Caso Battisti, cuja conformação fático-jurídica se apresenta bem diferente do Caso Medina, reclamava novo enfrentamento da questão constitucional quanto a compatibilidade do art. 33 da Lei nº 9.474/97 com os arts. 2º, 5º, LII, 102, I, g, da Constituição Federal (c/c o inciso VII e §§ 2º e 3º do art. 77 da Lei nº 6.815/80), em tema de vinculação, ou não, do Supremo Tribunal Federal à deliberação administrativa de órgão vinculado ao Poder Executivo com relação à extraditabilidade de estrangeiro para a apuração de suposta prática de crimes de natureza política;

2.6. a duas, ponderou que, caso resultasse superada essa primeira questão, haver-se-ia de proceder a uma interpretação da referida norma restritiva em conformidade com a Constituição, adotando-se solução idêntica à consubstanciada na jurisprudência da Suprema Corte para os casos de extraditabilidade de cidadão estrangeiro asilado, sabido que não existe diferença ontológica entre asilo político e refúgio, porquanto ambos os benefícios são concedidos por órgãos do Poder Executivo, mediante decisões administrativas insuscetíveis de obstar o exercício de uma competência constitucional privativa da Suprema Corte;

2.7. a três, averbou que, superadas resultassem essas questões, a pretensão da defesa do extraditando não passaria pelo teste da verificação da plena identidade temática entre as razões da concessão do refúgio e as razões do pedido de extradição de que se cuida, pois enquanto o pedido de refúgio foi deduzido e concedido pelo Ministério da Justiça com fundamento no art. 1º, I, da Lei nº 9.474/97 (reconhecimento do *status* de refugiado devido a fundados temores de perseguição por motivos de opiniões políticas), a extradição foi requerida perante a Suprema Corte para execução de condenações por crimes de homicídio qualificado (definidos no Estado de origem como crimes de especial gravidade e no Brasil, como crimes hediondos), a respeito dos quais a defesa do extraditando pretende ver

caracterizados como crimes políticos -- matéria cuja verificação se insere privativamente na competência do Supremo Tribunal Federal;

2.8. a quatro, considerada a delicada questão da compatibilização de competências administrativa do Poder Executivo e jurisdicional da Suprema Corte, o juízo de verificação dos efeitos de decisão administrativa sobre o processo jurisdicional não poderia ficar adstrito à questão da identidade temática de seus objetos: a admissão de tal consequência drástica, causa anômala de extinção de feito jurisdicional da competência do Supremo Tribunal Federal, reclamaria deste, no mínimo, um controle incidental sobre se o ato administrativo que lhe chega com caráter prejudicial não se revelaria manifestamente ilegal; e

2.9. a cinco, assim não entendesse, a Suprema Corte haveria de apreciar e julgar, com caráter prejudicial sobre a pretensão de extinção da extradição, o mandado de segurança que concomitantemente com a manifestação incidental na extradição a República Italiana impetrou, mediante o qual demonstrou que a decisão ministerial, sobre ser manifestamente ilegal, inconstitucional e abusiva do ponto de vista do direito interno, também se revela conflitante com o direito internacional (viola a Convenção de Genebra e o Tratado Bilateral de Extradicação -- fato que o Supremo Tribunal Federal não deverá consentir dada a gravidade da violação perpetrada pela decisão impugnada e de suas consequências nos planos interno e internacional).

2.10. Ante todo o exposto e tendo bem presentes os documentos consubstanciados nos autos da Extradicação nº 1085-9/República Italiana e nas cópias das principais peças do pedido de refúgio (Processo Administrativo nº 08000.011373/2008-83), a Consulente indaga:

1º) Afigura-se constitucional, no caso concreto, invocar-se o art. 33 da Lei nº 9.474/97 para extinguir-se o processo de extradição instaurado contra Cesare Battisti perante o Supremo Tribunal Federal à consideração da concessão de refúgio pelo Ministério da Justiça por alegado fundado temor de perseguição por motivo de opiniões políticas? De outro lado, não seria o caso de proceder-se à interpretação desse dispositivo conforme a Constituição em ordem a se adotar, no caso concreto, a mesma interpretação conferida aos casos de asilo político pela consolidada jurisprudência da Suprema Corte?

2º) Ademais, não se haveria de adotar metodologia rígida na aferição da identidade temática entre as razões da concessão do *status* de refugiado ao extraditando e o objeto do processo de extradição, tendo-se em conta a relevante e delicada discussão acerca

da compatibilização de competências de órgão administrativo do Poder Executivo, para a concessão de refúgio, e do Supremo Tribunal Federal, para apreciar e julgar pedido de extradição? Nessa perspectiva, poder-se-ia dizer, em qualquer caso, que haveria identidade temática em ordem a justificar a extinção do processo de extradição, sabido que no âmbito administrativo se examinou nuclearmente a ocorrência, ou não, de fundado temor de perseguição por motivo de opiniões políticas, enquanto que no âmbito jurisdicional a Suprema Corte examina se a extradição se funda em pretensão de execução de penas infligidas pelo cometimento de crimes comuns ou de crimes políticos -- matéria de sua competência privativa?

3º) Não seria o caso de a Suprema Corte proceder a um juízo de verificação incidental da legalidade do ato administrativo que lhe chega com caráter prejudicial em ordem a extinguir de forma anômala o processo de extradição em curso e a respeito do qual por três vezes a Procuradoria-Geral da República opinou pelo seu deferimento? E caso positivo, a decisão concessiva de refúgio não se afigura manifestamente contrária à Convenção de Genebra, à Lei nº 9.474/97 e ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal, devendo ser declarada insubsistente e portanto insuscetível de causar o efeito pretendido pelo extraditando?

4º) Por fim, não se afiguraria pertinente que a Suprema Corte, em caráter prejudicial, apreciasse e julgasse o mandado de segurança concomitantemente impetrado contra a decisão concessiva de refúgio, tendo por fundamento a demonstração de sua manifesta ilegalidade, inconstitucionalidade e contrariedade à Convenção de Genebra? Neste caso, então, concorda o eminente Parecerista com a ocorrência dos vícios apontados, especificando, caso positivo, qual seria a consequência do deferimento do *writ* quanto ao ato impugnado e, por via de consequência, quanto ao processo de extradição em curso perante a Suprema Corte?"

II. O caso Cesare Battisti: condenação por crimes comuns pela Justiça italiana. As decisões da Justiça francesa e da Corte Européia de Direitos Humanos concessivas da extradição requerida pela Itália.

3. Cesare Battisti, condenado pela Justiça italiana, fugiu para a França. A República Italiana requereu, então, ao Governo francês, a extradição de seu nacional. A extradição foi deferida, assim exposta a matéria no acórdão da Cour D'Appel de Paris, Première Chambre de L'Instruction:

“Por meio da nota verbal nº M32/2003, transmitida por sua Embaixada em Paris no dia 3 de janeiro de 2003, o governo da Itália pediu a extradição de CESARE BATTISTI para a execução de três sentenças proferidas respectivamente em 13 de dezembro de 1988, em 16 de fevereiro de 1990 e em 31 de março de 1993 pelo Tribunal Penal de Milão, com as quais foi condenado à pena de prisão perpétua, em isolamento diurno por um período de seis meses, por co-autoria em vários homicídios, ou em tentativa de homicídio, qualificados.

No pedido de extradição foi esclarecido que esta era requerida somente em relação aos crimes qualificados: homicídio doloso praticado em Udine em 6 de junho de 1978 contra o agente de custódia ANTONIO SANTORO; homicídio doloso praticado em Mestre em 16 de fevereiro de 1979 contra LINO SABBADIN; homicídio doloso praticado em Milão aos 16 de fevereiro de 1979 contra PIERLUIGI TORREGIANI; homicídio doloso e tentativa de homicídio praticados em Milão em 19 de abril de 1979, respectivamente contra ANDREA CAMPAGNA, Agente da Polícia, e LORENZO MANFREDI.

Perante a Seção de Instrução, CESARE BATTISTI admitiu que o título pelo qual foi formulado o pedido de extradição refere-se a ele mesmo. Ele não renunciou aos benefícios previstos pela Lei de 10 de março de 1927 e não aceitou sua entrega às autoridades Italianas.

1º - PEDIDO INICIAL: Exposição dos fatos.

Com base nos autos produzidos pelo País requerente, os crimes que motivaram as condenações cominadas a CESARE BATTISTI são descritos na sentença proferida em 31 de março de 1993 pelo Tribunal Penal de Recursos de Milão, após receber de volta os autos do processo por parte da Corte de Cassação, a qual tinha cancelado a sentença proferida pelo Tribunal Penal de Milão em 13 de dezembro de 1988.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao homicídio contra o Agente penitenciário ANTONIO SANTORRO (sic!), as circunstâncias da prática do crime são as seguintes: em 6 de junho de 1978, enquanto se dirigia a pé ao local de trabalho, na Penitenciária de Udine, o Agente penitenciário SANTORRO (sic!) cruzava com um casal de jovens abraçados na esquina entre rua Spalato, que comunicava com sua residência, e a rua Albona. Ao aproximar-se do casal, foi assassinado pelo jovem que simulava o abraço. As investigações realizadas no âmbito do inquérito relativo a este crime permitiram descobrir que CESARE BATTISTI foi o autor material dos disparos fatais. Junto a ENRICA MIGLIORATI encontrava-se nas vizinhanças do edifício em que morava a vítima, enquanto dois cúmplices, PIETRO MUTTI e CLAUDIO LAVAZZA, permaneciam dentro de um carro à espera da vítima. Após a passagem do agente penitenciário, BATTISTI, que havia se disfarçado com barba e bigodes postiços, afastou-se da MIGLIORATI, com a qual estava abraçado e, correndo atrás de ANTONIO SANTORRO (sic!), atirou primeiro nas costas, disparando em seguida mais dois tiros na vítima caída no chão. O casal de agressores fugiu a bordo de um automóvel SIMCA 1300, roubado.

Em segundo lugar, no que diz respeito ao homicídio contra LINO SABBADIN, as circunstâncias nas quais ocorreu a execução do crime são as seguintes: aos 16 de fevereiro de 1979, por volta das 16:50 horas, dois homens, sem máscara, com barba e bigodes, entraram na loja de açougue administrada por LINO SABBADIN em Caltana de Santa Maria di Sala, perto de Mestre. Após se certificar da identidade do homem, um dos agressores extraiu uma pistola e atirou duas vezes contra o comerciante, que caiu no chão, sendo aí atingido por mais dois tiros. Os autores da agressão fugiram a bordo de um carro no qual os esperava um cúmplice.

O inquérito apurou que estes fatos podiam ter relação com o envolvimento da vítima no homicídio praticado em sua loja em resposta a uma tentativa de assalto.

As investigações estabeleceram que as características físicas dos agressores correspondiam às de CESARE BATTISTI e de DIEGO GIACOMINI e que foi

este último a atirar com uma pistola semi-automática calibre 7,65 mm. A execução material do crime devia ser reivindicada por BATTISTI.

Em terceiro lugar, no que diz respeito ao homicídio de PIERLUIGI TORREGIANI, as circunstâncias desse crime são as seguintes: aos 16 de fevereiro de 1979, às 15,00 horas, enquanto se dirigia para sua loja junto a seus dois filhos, PIERLUIGI TORREGIANI, joalheiro de Milão, foi agredido por dois jovens que caminhavam à sua frente e que, de repente, ao virar-se, atiraram duas vezes na sua direção. TORREGIANI, que vestia um colete a prova de balas e estava armado, tentou responder ao fogo antes de desmaiar, tendo sido atingido na região do fêmur; um tiro mortal o atingiu na cabeça, enquanto um dos filhos foi atingido por uma bala, tornando-se por essa razão paraplégico.

Como resulta das investigações relativas a esse crime, praticado duas horas antes do homicídio de Mestre, tanto a agressão do joalheiro milanês, bem como o crime anterior, haviam sido decididos durante as reuniões do grupo formado por PIETRO MUTTI, LUIGI BERGAMIN, CESARE BATTISTI. Ainda que este último não tenha participado da execução material desse crime, contudo havia participado da decisão colegiada para sua realização.

Em quarto lugar, no que diz respeito ao homicídio de ANDREA CAMPAGNA e à tentativa de homicídio de LORENZO MANFREDI, as circunstâncias desse crime são as seguintes: em 19 de Abril de 1979, aproximadamente às 14:00 horas, o agente de Polícia ANDREA COMPAGNA, que acabara de almoçar na casa de sua namorada e que tinha de acompanhar de carro seu futuro sogro para fazer compras, foi agredido por um jovem que estava escondido atrás de um veículo estacionado ao lado do automóvel do policial. O sujeito atirou cinco vezes contra o agente, agredindo em seguida também LORENZO MANFREDI, pai da namorada do agente, para dissuadi-lo de intervir. Nesta circunstância, apesar de o agressor ter acionado duas vezes o gatilho do revolver, a arma travou. Fugiu a bordo de um Fiat 127.

As investigações apuraram que a decisão de matar ANDREA CAMPAGNA havia sido tomada de maneira colegiada pelo grupo formado por BATTISTI, LAVAZZA, MUTTI e BERGAMIN e que BATTISTI foi o autor das agressões.”⁽¹⁾

4. Ao cabo, a Corte de Apelação de Paris rejeitou os argumentos oferecidos pelos advogados de Battisti e deferiu o pedido de extradição apresentado pelo Governo da Itália “para a execução de três sentenças proferidas respectivamente em 13 de dezembro de 1988, em 16 de fevereiro de 1990 e em 31 de março de 1993 pelo Tribunal Penal de Milão, pelas quais foi condenado à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno por seis meses, por co-autoria em diversos homicídios e por tentativa de homicídio doloso qualificado.”

5. Cesare Battisti apresentou recurso para a Corte de Cassação, a instância máxima da Justiça comum francesa. Em acórdão amplamente fundamentado, a Corte rejeitou o recurso⁽²⁾.

6. Do decreto em que o Primeiro-Ministro, em cumprimento à decisão, ordenou a extradição de Battisti, recorreu este ao Conselho de Estado, instância maior da Justiça administrativa

⁽¹⁾ Acórdão encontra-se nos autos da Ext. 1085/República Italiana.

⁽²⁾ Acórdão nos autos da Ext. 1085/República Italiana.

francesa, pedindo a anulação do citado decreto. Em fundamentado acórdão, o pedido foi indeferido⁽³⁾.

7. Mas a questão não acabou nos Tribunais franceses.

8.É que Cesare Battisti, ainda inconformado, bateu às portas da Corte Européia de Direitos Humanos — pedido nº 28796/05, apresentado por Cesare Battisti contra a França. Aquela Corte, em acórdão amplamente fundamentado, negou o pedido⁽⁴⁾.

9. Cesare Battisti fugiu da França para o Brasil, constando que essa fuga teria acontecido em agosto de 2004, quando havia ele sido posto em liberdade na pendência de julgamento de recurso contra decisão com que a Corte de Apelação de Paris deferira a sua extradição para a Itália. Nessa fuga, Battisti utilizou-se de passaporte falso para ingresso no território nacional, motivo por que está sendo processado na Justiça Federal brasileira – 2ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro — segundo informam os autos.

III. A extradição solicitada pela República Italiana ao Governo brasileiro.

10. Com base no art. 13 do Tratado de Extradicação firmado com a República Federativa do Brasil, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 863, de 1993, a República Italiana pediu e obteve, no Supremo Tribunal Federal, a decretação da prisão preventiva para fins de extradição de Cesare Battisti, “condenado definitivamente, naquele País, à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno inicial por seis meses (sentenças datadas de 08/04/1991 e de 10/04/1993), pela prática de delitos de homicídio.” A prisão foi decretada, tendo o eminente Ministro Celso de Mello deixado expresso que, com relação à pena imposta, a matéria deveria se submeter à jurisprudência hoje prevalecente no Supremo Tribunal quanto “à necessidade de prévia comutação, em pena temporária (máximo de 30 anos), da pena de prisão perpétua”. Anotou, mais, o Ministro Celso de Mello, por ocasião da decretação da prisão preventiva, que “os fatos delituosos pelos quais o súdito italiano em questão foi condenado satisfazem a exigência imposta pelo postulado da dupla tipicidade” e que “os ilícitos penais em causa, de outro lado, não parecem incidir nas restrições, que, estabelecidas pela lei brasileira (Lei nº 6.815/80, art. 77) e pelo tratado bilateral existente entre o Brasil e a República Italiana (Artigo III), impediriam, acaso ocorrentes, a efetivação na própria entrega extradiciona”.

⁽³⁾ Idem, idem.

⁽⁴⁾ Idem, idem.

11. O pedido de extradição foi formalizado tempestivamente.

12. Autuado o feito — Extradicação nº 1.085/República Italiana — com os documentos exigidos pela Lei nº 6.815/80 e pelo Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Itália, esclareceu a República Italiana que, “com a sentença de 13 de dezembro de 1988 a Corte de Assise de Milão condenou Cesare Battisti por homicídio premeditado do agente penitenciário Antônio Santoro. A mesma Corte condenou Battisti por outros crimes, dentre os quais os homicídios de Pierluigi Torregiani, Lino Sabbadin e Andréa Campagna e – em aplicação do princípio de continuação estabelecido pelo artigo 81 do código penal italiano – aplicou-lhe a pena de prisão perpétua com isolamento diurno de seis meses.”

13. Esclareceu, mais, a que “a sentença de 13 de dezembro de 1988 foi confirmada em segundo grau pelas sentenças proferidas pela Corte de Assise de Apelação de Milão em fevereiro de 1990 (tornou-se irrevogável em 8 de abril de 1991), e em 31 de março de 1993 (que também se tornou irrevogável em 10 de abril de 1991) – esta última proferida em decorrência de reenvio da Suprema Corte de Cassazione, em que inclui a confirmação da sentença de condenação da Corte de Assise de Milão em 13 de dezembro de 1988 que faz referência ao homicídio de Pierluigi Torregiani.”

14. Ressaltou a República Italiana que a extradição estava sendo requerida com referência apenas aos crimes que expressamente especificou, ou seja, homicídio premeditado do agente penitenciário Antonio Santoro, fato ocorrido em Udine, em 6 de junho de 1977; homicídio de Pierluigi Torregiani, ocorrido em Milão, em 16.02.1979; homicídio premeditado de Lino Sabbadin, ocorrido em Mestre, em 16.02.1979, e homicídio premeditado de Andrea Campagna, ocorrido em Milão, em 19.04.1979. Deixou expresso a República Italiana, ademais, o compromisso no sentido de que, “caso Cesare Battisti seja entregue para as autoridades italianas, não lhe serão aplicadas sentenças de condenação para as quais a extradição não foi requerida, de acordo com a decisão adotada pelas autoridades judiciárias brasileiras.”

15. O extraditando foi interrogado e apresentou defesa. O eminente Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando de Souza, emitiu parecer pelo deferimento do pedido de extradição, com a entrega do extraditando à República Italiana, para cumprimento das penas que lhe foram impostas, opinando, ademais, pela comutação da pena de prisão perpétua em prisão temporária (máximo de trinta anos), nos termos da nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não obstante ter enfatizado a gravidade e a hediondez dos quatro

crimes de homicídios qualificados praticados pelo extraditando. O parecer foi posteriormente ratificado, em 11/06/2008, tendo o eminente Procurador-Geral afastado, mais uma vez, a pretensão da defesa do extraditando em ver caracterizadas as condutas homicidas como crimes políticos.

IV. O pedido de refúgio formulado por Cesare Battisti e sua concessão pelo Ministro da Justiça.

16. Cesare Battisti, que se encontrava homiziado no Brasil desde o ano de 2004, após a emissão do segundo parecer do Procurador-Geral da República, pelo deferimento da extradição – junho de 2008 – formulou pedido de refúgio perante o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE – vinculado ao Ministério da Justiça. Por ofício de 27/06/2008, foi o eminente Ministro Cezar Peluso, Relator da Extradição, comunicado do pedido. Diante da comunicação, S.Exa. suspendeu a tramitação do processo – Lei 9.474/97, art. 34 — e encaminhou ao CONARE uma série de documentos: cópia do relatório da instrução processual, das decisões proferidas pelo Primeiro Tribunal do Júri de Apelação de Milão e pelo Supremo Tribunal de Justiça, da manifestação da defesa, do parecer do Procurador-Geral da República e da manifestação do Estado requerente.

17. Em 18/12/2008, o CONARE comunicou ao eminente Ministro Cezar Peluso, Relator, que, na reunião plenária de 28/11/2008, o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE – indeferiu o pedido de refúgio formulado por Battisti e que, em 16/12/2008, o referido cidadão interpôs recurso daquela decisão ao Sr. Ministro da Justiça, na forma do art. 29 da Lei 9.474, de 1997. O Sr. Ministro da Justiça, pelo Aviso 0109/GM, de 15/01/2009, participou ao Ministro Peluso que dera “provimento ao recurso interposto por Cesare Battisti contra a decisão do Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, para reconhecer a condição de refugiado ao referido cidadão, nos termos do art. 1º, inc. I, da Lei 9.474, de 22 de julho de 1977, pelas razões que anexo ao presente.”

V. Pedido de Cesare Battisti para ser posto em liberdade. A decisão do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do S.T.F.

18. Em 15/01/2009, o extraditando requereu que, em razão de ter sido deferido o seu pedido de refúgio, fosse posto em liberdade. O eminente Ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal, respondendo pelo expediente do Tribunal em razão do recesso deste, despachou, destacando a singularidade do caso e a necessidade de o Supremo Tribunal

sobre ele se debruçar, a fim de decidir se, a teor do invocado art. 33 da Lei 9.474, de 1997, e do precedente tomado na Extradução 1.008, seria de considerar-se a concessão de refúgio como fator obstativo do processo de extradição. Em resumo, S.Exa. esclareceu: (i) no julgamento ocorrido na Extradução 1.008/Colômbia (caso Medina, que integrara as FARC), o Tribunal teve como pressuposto o reconhecimento da condição de refugiado político pelo próprio CONARE; aqui, a concessão de refúgio foi negada pelo CONARE e deferida pelo Ministro da Justiça; (ii) essa circunstância – CONARE indefere, Ministro da Justiça defere – não foi debatida na Corte; (iii) no aludido precedente (Extradução 1.008), ficou indicada a necessidade da ocorrência da “plena identidade entre os fatos motivadores do reconhecimento da condição de refugiado e aqueles que fundamentam o pedido de extradição.” Indeferiu S.Exa. o pedido de Battisti e mandou os autos ao parecer do Procurador-Geral da República.

VI. Os institutos do asilo e do refúgio: distinções.

19. Segundo Flávia Piovesan, os institutos do asilo e do refúgio são diferentes, embora constituam ambos medida unilateral, destituída de reciprocidade e busquem a mesma finalidade, ou seja, a proteção da pessoa humana. Por essa razão, imperativa seria a “harmonização e complementaridade dos dois institutos”⁽⁵⁾. Para a notável mestra de direitos humanos, o refúgio seria “medida essencialmente humanitária, que abarca motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e opiniões políticas”. Já o asilo seria “medida essencialmente política, abarcando apenas os crimes de natureza política”⁽⁶⁾. Certo é que o asilo político e o refúgio são institutos com características próprias, embora tenham ambos a mesma finalidade, a proteção da pessoa humana, apresentando distinções, tanto no seu desenvolvimento histórico quanto nos seus embasamentos jurídicos.

VI.1. Asilo político: asilo territorial e asilo diplomático.

20. Na lição de Francisco Rezek, “o asilo político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país atual – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configurem quebra do direito penal comum.”⁽⁷⁾

⁽⁵⁾ PIOVESAN, Flávia, *O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados*. In *O Direito Internacional dos Refugiados: Uma Perspectiva Brasileira*. Coordenação Nádia de Araújo e Guilherme Assis de Almeida. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, págs. 63-64.

⁽⁶⁾ Ob. e loc. citis.

⁽⁷⁾ REZEK, Francisco, *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 2008, págs. 214-215.

21. O asilo político pode ser territorial ou, numa versão provisória, diplomático. O asilo territorial, anota Rezek, beneficia os estrangeiros que se encontram no âmbito espacial da soberania do Estado. Já o asilo diplomático ocorre nos domínios da missão diplomática, dos imóveis residenciais protegidos pela regra da inviolabilidade assegurada pela Convenção de Viena, de 1961, ou no interior de navios de guerra acostados no litoral, de um indivíduo perseguido pelas autoridades locais em razão da prática de delitos políticos⁽⁸⁾.

22. Ainda segundo Rezek, “em toda parte se reconhece a legitimidade do asilo político territorial, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU, 1948- faz-lhe referência”⁽⁹⁾. Este mesmo artigo enunciador de que “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” exclui do referido direito os perseguidos por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas (Art. 14(2)).

23. Já o asilo diplomático é uma instituição de direito costumeiro, que se desenvolveu especialmente na América Latina, embora a história registre casos isolados de asilo diplomático, no continente europeu, nos séculos XIX e XX. O instituto surgiu de prática costumeira por volta do século XIX, tendo recebido alguma disciplina jurídica, a partir de 1928⁽¹⁰⁾. Os textos convencionais que o disciplinam são regionais: Convenção de Havana (1928), Convenção de Montevideú (1933), Convenção de Caracas (1954).

24. Márcio Pereira Pinto Garcia rememora as razões pelas quais o instituto se consolidou no direito costumeiro latino-americano: “a vertiginosa rotatividade nas posições de mando, o fracionamento das ordens constitucionais, a extrema relatividade da vida pública e as dimensões dos países em nosso continente respondiam outrora por sua necessidade. Ele se forjou entre nós como costume regional”⁽¹¹⁾.

25. O asilo diplomático não é uma modalidade de asilo político. Constitui uma etapa anterior à concessão do asilo territorial, que se consuma no Estado cuja embaixada o acolheu ou no território de terceiro Estado, conforme lição de Francisco Rezek: “A autoridade asilante – via de regra o embaixador -- examinará a ocorrência dos dois pressupostos referidos e, se os

⁽⁸⁾ REZEK, Francisco, *op.cit.*, págs. 215-217.

⁽⁹⁾ REZEK, Francisco, *op.cit.*, pág. 215.

⁽¹⁰⁾ REZEK, Francisco, *op.cit.*, pág. 215.

⁽¹¹⁾ GARCIA, Márcio Pereira Pinto., *Refugiado: o dever de solidariedade*, in *Direito Internacional dos Refugiados: Uma Perspectiva Brasileira*, págs. 147 e ss.

entender presentes, reclamará da autoridade a expedição de um *salvo-conduto*, com que o asilado possa deixar em condições de segurança o Estado territorial para encontrar abrigo definitivo no Estado que se dispõe a recebê-lo. A autoridade asilante dispõe, em regra, do poder de qualificação unilateral dos pressupostos do asilo, mas na exata medida em que exteriorize o ponto de vista do Estado soberano por ela representado”⁽¹²⁾.

26. Em síntese, se o fundamento jurídico do asilo territorial é o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, o do asilo diplomático é o direito costumeiro e as Convenções de caráter regional que o disciplinaram: a Convenção de Havana (1928), a Convenção de Montevideú (1933) e a Convenção de Caracas (1954).

VI.2. O refúgio: definição de refugiado.

27. A proteção internacional dos refugiados tem origem na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, modificado pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967.⁽¹³⁾ Enquanto o asilo político protege pessoas perseguidas por crimes políticos, os textos internacionais sobre o refúgio trazem definição mais completa do beneficiário da condição de refugiado, ou seja, aquele que sofre “fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo por isso valer-se da proteção de seu país de origem”.

28. O Ministério da Justiça esclarece, em seu “site” da internet, que o “asilo normalmente decorre de casos particulares, onde o indivíduo é vítima de perseguição pessoal por motivos de opinião ou de atividades políticas. Quando a dissidência política acarreta perseguição, procura um país onde estará protegido. É comum sua concessão a personalidades notórias.

29. Já nos casos de refúgio, normalmente o indivíduo está fugindo de agressões generalizadas, dando origem na maioria das vezes a fluxo massivo de população que atravessa a fronteira em busca de proteção. Ocorre também em casos de ocupação ou dominação estrangeira, violação

⁽¹²⁾ REZEK, Francisco, ob. e loc. citis.

⁽¹³⁾ O art. 1º da Convenção de 1951 considera como refugiado toda pessoa que “em virtude dos eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e devido a fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, está fora do país de sua nacionalidade, e não pode, ou, em razão de tais temores, não queira valer-se da proteção desse país; ou que, por carcer de nacionalidade e estar fora do país onde antes possuía sua residência habitual não possua ou, por causa de tais temores ou de razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira regressar a ele”. Assim dizendo, a Convenção estabeleceu limite temporal e geográfico, confinando sua aplicação aos acontecimentos anteriores a 1951 e aos refugiados europeus. Mas o Protocolo de 1967 suprimiu as referidas limitações, mantendo o conceito de refugiado.

dos direitos humanos ou acontecimentos que alterem gravemente a ordem pública interna no país de origem”⁽¹⁴⁾

30. O refúgio está historicamente associado, pois, a violações coletivas de direitos fundamentais por parte de um determinado Estado. Ouçamos Flávia Piovesan a lecionar que “Vale dizer, refugiada é a pessoa que não só não seja respeitada pelo Estado ao qual pertence, como também seja esse Estado quem a persiga, ou não possa protegê-la quando ela estiver sendo perseguida. Essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição do solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da do estrangeiro normal”⁽¹⁵⁾.

VI.3. A definição ampliada de refugiado.

31. Observa-se, no contexto internacional, tendência à ampliação do conceito de refugiado, o que se verifica na *Convenção da Organização da Unidade Africana Sobre Refugiados* e na *Declaração de Cartagena*.

32. Quanto à *Convenção da Organização Africana Sobre Refugiados*, anota André de Carvalho Ramos, está ela em vigor desde 1974, e estabelece pela primeira vez a chamada “definição ampla de refugiado”, consistente em considerar assim aquele que, “em virtude de um cenário de graves violações de direitos humanos, foi obrigado a deixar sua residência habitual para buscar refúgio em outro Estado”⁽¹⁶⁾.

33. No que se refere à *Declaração de Cartagena*, ensina André que o texto estabeleceu que a definição de refugiado deveria, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, contemplar aqueles que tivessem “fugido dos seus países em decorrência de uma ameaça à sua vida, segurança ou liberdade produzida por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”⁽¹⁷⁾.

34. Portanto, numa definição restrita, a definição de refugiado alcança aqueles que sofram perseguição ou fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade,

⁽¹⁴⁾ “Site” do Ministério da Justiça:

<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7605B707ITEMIDCBF557A0019E4760B81DDA1B144E65BFPTBRIE.htm>.

⁽¹⁵⁾ PIOVESAN, Flávia, *ob. cit.*, pág.s. 33-34.

⁽¹⁶⁾ CARVALHO RAMOS, André de, *Direito ao Acolhimento: Principais Aspectos da Proteção Aos Refugiados no Brasil*. In *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei 9474 de 22 de julho de 1997)*. Coordenação de João Carlos de Carvalho Rocha e outros. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 95.

⁽¹⁷⁾ Ob. e loc. citis.

participação em determinado grupo social ou opiniões políticas. A definição ampliada, por sua vez, contempla pessoas que se sintam ameaçadas por uma situação de violência generalizada de direitos humanos em seus países de origem, ainda que o postulante a tal condição não sofra uma perseguição pessoal.

35. O asilo político exige o caráter imediato da perseguição, além da natureza política do delito. Já para o reconhecimento da condição de refugiado é preciso o fundado temor de uma perseguição odiosa. Trata-se, portanto, da convergência de elemento objetivo (perseguição pelos motivos elencados) com o subjetivo (o medo, a insegurança), como esclarece o ACNUR: “A este elemento de temor – que é um estado de espírito e uma condição subjetiva – é acrescentada a qualificação “com razão”. Isto implica que não é só o estado de espírito da pessoa interessada que determina a condição de refugiado, mas que esse estado de espírito seja baseado em uma situação objetiva”⁽¹⁸⁾.

VI.4. Perseguição por opiniões políticas.

36. Leciona André de Carvalho Ramos que, “por perseguição, entenda-se toda forma de discriminação injustificada e ilegítima que gera conseqüências negativas ao desenvolvimento livre e digno de determinada pessoa. Resta saber como definir as razões da perseguição, que no caso dos refugiados são aquelas baseadas em raça, religião, opinião política e pertença a um grupo social”⁽¹⁹⁾. Por perseguição por opinião política o autor entende que “é causada por convicção ideológica, que deveria ser normalmente aceita por um regime democrático, ofendendo-se a liberdade de expressão e associação e gerando, então, requisito objetivo para concessão de refúgio”⁽²⁰⁾. Entretanto, acrescenta que “é claro que há limites à liberdade de expressão ideológica, em especial quando servir para a agressão a outros valores democráticos e aos direitos humanos. Nesse sentido, o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui uma série de exemplos da legitimidade da restrição e convicções ideológicas discriminadoras, racistas ou antidemocráticas. Com efeito, o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que nenhum dispositivo da Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito a outrem de realizar atividades tendentes à supressão de qualquer outro direito ou liberdade. Nesse caso, obviamente, não há que se falar em perseguição, pois a

⁽¹⁸⁾ Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados; Centro de Proteção Internacional de Direitos Humanos; Instituto de Migrações e Direitos Humanos. Manual de procedimentos e critérios para determinar a condição de refugiado: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. [S.I.] ACNUR Brasil, 2004, p. 19, *apud* Luciana Durães, texto inédito.

⁽¹⁹⁾ CARVALHO RAMOS, André de, *ob.cit.*, pág. 111.

⁽²⁰⁾ CARVALHO RAMOS, André de, *ob. cit.*, pág. 112.

conduta do Estado da nacionalidade ou da residência habitual é justificável e legítima perante o Direito Internacional⁽²¹⁾.

37. A perseguição por opiniões políticas referida nos textos internacionais, portanto, não parece ser a perseguição pelo crime político de que trata o instituto do asilo, mas a expressão legítima de idéias que deveriam ser toleradas em uma democracia.

VII. Causas de exclusão do asilo e do refúgio.

38. O artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, e as Convenções sobre o asilo, determinam simplesmente que este não será concedido a pessoas procuradas por crimes comuns⁽²²⁾. O artigo 1º, parágrafo 6º, da Convenção de 1951, por sua vez, menciona um número maior de circunstâncias que afastam o direito ao reconhecimento da condição de refugiado.

39. As causas de exclusão da condição de refugiado são mais delineadas do que as do asilo: não poderão se beneficiar da condição de refugiados os indivíduos que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, atentados terroristas ou tráfico de drogas. Ficam também excluídos do benefício os que tiverem cometido um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados e que tenham se tornado culpadas por atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas⁽²³⁾.

VIII. Concessão do asilo e reconhecimento do refúgio: ato constitutivo e ato declaratório

⁽²¹⁾ Ob. e loc. cits.

⁽²²⁾ Convenção sobre o asilo, Havana, 1928:

ARTIGO 1º - Não é lícito aos Estados dar asilo em legações, navios de guerra, acampamentos ou aeronaves militares, a pessoas acusadas ou condenadas por delitos comuns, nem a desertores de terra e mar.

As pessoas acusadas ou condenadas por delitos comuns, que se refugiarem em algum dos lugares assinalados no parágrafo precedente, deverão ser entregues, logo que o requeira o governo local.

⁽²³⁾ Art. 1º ...

§6. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

a) Elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes.

b) Elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados.

c) Elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das *Nações Unidas*.

40. Outro elemento de distinção estaria na natureza do ato de concessão de refúgio e asilo: “enquanto a concessão de refúgio apresenta efeito declaratório, a concessão de asilo apresenta efeito constitutivo, dependendo exclusivamente da decisão do país”⁽²⁴⁾.

41. Márcio Pereira Pinto Garcia concorda com a tese de Flávia Piovesan de que a concessão do status de refugiado é ato declaratório, enquanto a de asilado é ato constitutivo. Entende ele que o poder discricionário do Estado é mais amplo na concessão de asilo do que no reconhecimento do direito de refugiado, certo que a concessão do asilo é decisão política. “Trata-se”, aduz Garcia, “de ato soberano, que prescinde de fundamentação e muito menos de explicação de critério. O grau de proteção é dessa forma mais brando. Não tem em geral proteção internacional, ao contrário do que sucede no refúgio”. Quanto ao refúgio, acrescenta que o “instituto conta proteção mais ampla consubstanciada em documentos internacionais e amparada pela ação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). O direito dos refugiados apresenta contornos mais técnicos”⁽²⁵⁾.

42. No mesmo sentido, a opinião da professora Luciana Diniz Durães Pereira, a dizer que “as hipóteses de reconhecimento do *status* de refugiado a alguém são claras, objetivas e bem delimitadas, enquanto que a averiguação da perseguição política, foco também da proteção do direito de asilo, fica a cargo dos Estados que, discricionariamente podem ou não conceder asilo político. Fica claro, de tal modo, que a concessão de asilo por um Estado é constitutiva do direito de asilo do indivíduo protegido, enquanto que a atribuição do status de refugiado, dentro dos critérios e objetivos previstos pela CRER, é declaratória e, portanto, não constitutiva do direito do refúgio, mas sim necessária ao seu reconhecimento. Assim, por ser uma decisão discricionária do Estado, da concessão ou não do asilo não decorrem obrigações internacionais, nem mesmo a necessidade de formulação de políticas públicas que visem integrar o asilado político a seu novo local de moradia. Ao contrário, a partir do reconhecimento do *status* de refugiado, o Estado de acolhida tem a obrigação de integrá-lo à comunidade e, igualmente, decorrem para o país obrigações internacionais (v. artigos 15 a 18 da CRER, de 1951, e 5º e 6º da Lei 9.474/97 sobre os deveres e obrigações do Estado que concede refúgio para com os refugiados sob sua proteção). Outra distinção é a existência do ACNUR, órgão específico de fiscalização da prática do refúgio, pois para o resguardo do instituto de asilo não existe órgão correlato.”⁽²⁶⁾

⁽²⁴⁾ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., págs. 63-64.

⁽²⁵⁾ GARCIA, Márcio Pereira Pinto, *Battisti: refúgio ou asilo?* Texto inédito.

⁽²⁶⁾ PEREIRA, Luciana Diniz Durães, “O Direito Internacional dos Refugiados e o Conceito de “Refugiado Ambiental,” dissertação de mestrado, inédita, que me foi encaminhada pela autora.

43. A decisão que reconhece o direito ao *status* de refugiado há de ser, portanto, bem mais técnica e fundamentada que aquela que concede o asilo. Tanto é assim que, no Brasil, foi necessário editar lei que disciplinasse o tema, lei que, entre outras coisas, instituiu um órgão técnico para examinar os pedidos de refúgio, o CONARE.

IX. O refúgio no direito brasileiro: definição de refugiado pela Lei 9.474, de 1997.

44. Ao contrário do direito de asilo, que não recebeu mais que um título próprio na Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), o direito dos refugiados no Brasil foi disciplinado por lei específica. Já na Exposição de Motivos dos Ministros da Justiça e das Relações Exteriores, o Poder Executivo afirmava que “apesar de a Convenção de Genebra estar ratificada pelo Brasil, há necessidade de legislação interna que disponha, de forma clara e ordenada, sobre os instrumentos de proteção e assistência aos refugiados, assegurando-lhes o respeito aos direitos humanos”⁽²⁷⁾.

45. A Lei 9.474/97 adotou a definição ampliada de refugiados proposta pela *Convenção da Organização Africana Sobre Refugiados de 1974* e pela *Declaração de Cartagena de 1984*. São considerados refugiados, além daqueles que possuam fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, os que não tenham nacionalidade e se encontrem fora do país onde antes tiveram sua residência habitual, não podendo ou não querendo regressar a ele pelo referido temor fundado de perseguição, e as pessoas obrigadas a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país devido à grave e generalizada violação de direitos humanos.

IX.1. Causas de exclusão da condição de refugiado.

46. O benefício do asilo político deixa de ser concedido no caso de perseguição por crime comum. No refúgio, já anotamos, as causas de exclusão são mais claramente delineadas. A Lei 9.474/97 inspira-se na Convenção de 1951 para excluir do benefício aqueles que já desfrutam de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, as pessoas residentes no território nacional que tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro, os que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra,

⁽²⁷⁾ Exposição de motivos n. 231-C/MJ, de 13 de maio de 1996, dos Senhores Ministros de Estado da Justiça e das Relações Exteriores. Diário da Câmara dos Deputados, 8 de junho de 1996.

crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas e, finalmente, os indivíduos considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas (Lei 9.474/97, art. 3º, I, II, III, IV).

IX.2. As atribuições do Comitê Nacional para os Refugiados– CONARE.

47. O Título III da Lei 9474/97 institui o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, órgão de deliberação coletiva, vinculado ao Ministério da Justiça. Quanto à missão do órgão, assinalava a exposição de motivos enviada pelos Ministros da Justiça e das Relações Exteriores: “será de fundamental importância, já que receberá as solicitações de refúgio e decidirá sobre as mesmas. Tal instância existe na maioria dos países signatários da Convenção de Genebra”⁽²⁸⁾.

48. Ao CONARE compete analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, assim como decidir pela cessação e perda, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado. O CONARE assume também a missão de orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados. O órgão é colegiado e composto por sete membros: um representante do Ministério da Justiça (que o preside), do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério do Trabalho, do Ministério da Saúde, do Ministério da Educação e do Desporto, do Departamento de Polícia Federal e de representante de organização não-governamental que se dedique às atividades de assistência e proteção de refugiados no país⁽²⁹⁾ (Lei 9.474, de 1997, arts. 12 e 14).

IX.3. O Papel do ACNUR.

49. O papel do ACNUR diminuiu após a Lei 9.474/97, mas continua sendo importante no que diz respeito ao fornecimento de recursos materiais aos refugiados. Além disso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR será sempre membro convidado para as reuniões do CONARE, com direito a voz, sem voto⁽³⁰⁾. É que, com a criação do CONARE, o Estado brasileiro assume atribuições antes executadas pelo ACNUR. Cabe ao CONARE analisar as solicitações de refúgio e implementar a política de proteção e apoio aos que forem considerados refugiados.

⁽²⁸⁾ Exposição de Motivos citada.

⁽²⁹⁾ CARVALHO RAMOS, André de, ob. cit., pág. 105.

⁽³⁰⁾ Ob. cit., pág. 106.

IX.4. Recurso administrativo contra decisão do CONARE.

50. Da decisão negativa de refúgio cabe recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de 15 dias, contado do recebimento da notificação (Art. 29). A decisão do Ministro de Estado não será passível de recurso administrativo (Art.31)⁽³¹⁾.

51. Não há recurso administrativo contra decisão do CONARE deferitória do pedido de refúgio. O artigo 29 faz alusão ao recurso contra decisão denegatória, apenas. O artigo 31, que versa sobre a irrecorribilidade da decisão do Ministro da Justiça, trata de recurso interposto contra decisão do CONARE que tenha recusado o reconhecimento da condição de refugiado.

X. Controle judicial de decisão do CONARE e do Ministro da Justiça.

52. Para André de Carvalho Ramos, da decisão que concede o refúgio ilegalmente não cabe recurso administrativo ao Ministro de Estado, podendo caber ação judicial para defesa da legalidade e da ordem jurídica⁽³²⁾. O autor sustenta o cabimento do controle judicial da concessão ou denegação do refúgio, a dizer que “mesmo em relação aos atos discricionários, há muito foram desenvolvidos instrumentos de controle da chamada ‘conveniência e oportunidade’ da Administração Pública, que impedem que, sob o manto da ‘discricionariedade’, sejam camuflados abusos de todos os tipos. Assim, consolidou-se na jurisprudência o uso da teoria dos motivos determinantes, da teoria do desvio de finalidade e abuso de poder e, ultimamente, do princípio da proporcionalidade, que asseguram ao Poder Judiciário instrumentos para controlar o abuso e o excesso por parte do Poder Executivo. Não poderia ser diferente a postura do Poder Judiciário no que tange à atuação do CONARE. Há que se levar em consideração o princípio da universalidade de jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, que permite a revisão das decisões administrativas pelo Poder Judiciário”⁽³³⁾.

53. Enfrenta André de Carvalho Ramos, ademais, a questão de saber se a deliberação do CONARE é discricionária. A idéia de discricionariedade do Poder Executivo no reconhecimento do refúgio não procede, tendo em vista, inclusive, os esclarecimentos constantes do “site” do Ministério da Justiça⁽³⁴⁾. Aí se diz que “a concessão de asilo possui caráter constitutivo”, enquanto o “reconhecimento da condição de refugiado é ato declaratório”. É, portanto, o próprio Ministério da Justiça que emprega os termos “concessão”

⁽³¹⁾ Ext. 785-ED/México, Rel. Min. Carlos Velloso.

⁽³²⁾ CARVALHO RAMOS, Andre de, ob. cit., pág. 105.

⁽³³⁾ Ob. cit., pág. 126.

⁽³⁴⁾ <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7605B707ITEMIDCBF557A0019E4760B81DDA1B144E65BFPTBRIE.htm>

para o asilo e “reconhecimento” para o refúgio, admitindo assim que a decisão que “reconhece” o refúgio não depende da vontade do Estado, mas está restrita a condições de natureza objetiva. Destarte, tanto a decisão do CONARE quanto a do Ministro da Justiça não escapam do controle judicial.

54. Para André de Carvalho Ramos “não há discricionariedade ou espaço político para a tomada de decisão do CONARE: diferentemente do asilo político, o refúgio é direito do estrangeiro perseguido”. O autor considera que tanto para a hipótese de o CONARE decidir contrariamente ao reconhecimento do refúgio quanto para a situação inversa, isto é, para o caso de o referido órgão, “com predominância de representantes do governo, reconhecer *indevidamente* a condição de refugiado de solicitante (para assegurar, v.g., a impunidade de extraditando próximo aos donos do Poder), pode o Poder Judiciário, provocado, por exemplo, pelo Ministério Público Federal na defesa da ordem jurídica (artigo 127 da Constituição), declarar a nulidade de tal deliberação por ofensa ao princípio da legalidade”⁽³⁵⁾.

55. Cuida-se, no ponto, da hipótese de controle de legalidade, pelo Poder Judiciário, de ato da Administração Pública. Cabe ao Poder Judiciário corrigir eventual ilegalidade, inconstitucionalidade ou abuso de ato administrativo, seja de que nível for, vez que a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito, certo que a Administração está sujeita ao princípio da legalidade cerrada (C.F., art. 37). É dizer, o agente público só pode fazer o que a lei expressamente autorizar.

X.1. Extradicação e refúgio: controle jurisdicional.

56. Dispõe o art. 33 da Lei 9.474, de 1997, que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradicação baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.” Destarte, nos exatos termos da lei, deverá o Supremo Tribunal Federal proceder à verificação da identidade entre os fatos descritos no pedido de extradicação e aqueles em que se embasou a decisão do CONARE ou a decisão do Ministro da Justiça. Tem-se, assim, a questão de saber se o Supremo Tribunal Federal poderia reexaminar a decisão do CONARE ou do Ministro da Justiça, para decidir que o refúgio fora reconhecido ilegitimamente e, neste caso, autorizar a extradicação daquele que recebeu, indevidamente, a condição de refugiado. A resposta negativa a essa questão significaria dizer que a decisão administrativa seria capaz de afastar a competência do Supremo Tribunal, competência que

⁽³⁵⁾ CARVALHO RAMOS, André de, ob. cit., pág. 126.

lhe foi conferida pela Constituição (C.F., art. 102, I, “g”). Significaria dizer, ademais, que lei ordinária poderia suprimir competência constitucional da Suprema Corte. Ou, o que é risível, que a Constituição se interpreta no rumo da lei ordinária e não, como é correto, que as normas infraconstitucionais se interpretam no rumo da Constituição. Se se aceitasse que o Supremo Tribunal deveria curvar-se, cerimonioso, a uma norma infraconstitucional de duvidosa constitucionalidade, não restaria ao Tribunal, bem escreveu o professor Flávio Bauer Novelli, “ao qual a Constituição da República defere o poder incomparável de julgar da legitimidade constitucional das próprias leis, sejam estas de que categoria forem, (...) senão o vexaminoso dever de reverentemente inclinar-se ante a inexorável decisão administrativa unipessoal” do Ministro de Estado⁽³⁶⁾.

57. No caso, mesmo que se aceitasse, por amor ao debate, que a norma infraconstitucional seria capaz de afastar a competência que a Constituição expressamente conferiu ao Supremo Tribunal Federal (C.F., art. 101, I, “g”), ainda assim deveria a Corte Suprema examinar a legitimidade do ato do Senhor Ministro da Justiça.

58. É o que veremos, em seguida.

X.2. O acórdão do Supremo Tribunal na Extradicação 1008/República da Colômbia: extradicação do padre Medina.

59. Na Extradicação 1008/República da Colômbia, extradicação do padre Medina, ficou indicada a necessidade da ocorrência da “plena identidade entre os fatos motivadores do reconhecimento da condição de refugiado e aqueles que fundamentam o pedido de extradicação”, como enfatizado pelo Ministro Gilmar Mendes (v. item 18, retro). É que, como vimos, o art. 33 da Lei 9.474, de 1997, é expresso no estabelecer que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradicação baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.” É dizer, o seguimento do pedido de extradicação é obstado pelo reconhecimento da condição de refúgio, se aquele (o pedido de extradicação) é baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. Bem por isso, não custa repetir, registrou o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal, na Extradicação 1008/Colômbia, indicou a necessidade da ocorrência da “plena identidade entre os fatos motivadores do reconhecimento da condição de refugiado e aqueles que fundamentam o pedido de extradicação.” E S.Exa. anotou, mais: “No que concerne ao pedido de Extradicação formulado

⁽³⁶⁾ NOVELLI, Flávio Bauer, *Refúgio ilegítimamente concedido, extradicação possível*, na Revista virtual Migalhas, 29.01.2009.

nestes autos (Ext. 1008/Colômbia), observo que os fatos que fundaram a concessão do refúgio têm pertinência com o “relevo político” da instauração, pelo Estado requerente, de persecução penal em face do ora extraditando.”

60. Ora, o pedido de refúgio de Battisti foi enquadrado no inciso I, do art. 1º, da Lei 9.474, de 1997, ou seja, do indivíduo que, estando fora de seu país de nacionalidade, a ele não possa retornar em razão de “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.”

61. Ocorre que o pedido de extradição de Battisti tem como fundamento a prática, pelo extraditando, de crimes de homicídio qualificado, assim crime hediondo segundo a lei brasileira (Lei 8.072/90, art. 1º, I, redação da Lei 8.930/94; C.F., art. 5º, XLIII). E o artigo 3º, III, da citada Lei 9.474, de 1997, veda a concessão da condição de refugiado àqueles que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas. Destarte, bem andou o CONARE em indeferir o pedido de refúgio. Ilegal, de outro lado, *data venia*, a decisão do Sr. Ministro da Justiça, em considerar como perseguido político um indivíduo condenado pela prática de homicídio qualificado, crime hediondo. E não há falar que o pedido de extradição tenha por fundamento o fundamento que o Sr. Ministro da Justiça utilizou para conceder o refúgio. Noutras palavras, não há pertinência temática, como bem sustentado pela República Italiana, entre as razões da concessão do refúgio e as razões do pedido de extradição. É que, como foi dito, enquanto o pedido de refúgio foi deduzido e concedido pelo Ministro de Estado com fundamento no art. 1º, I, da Lei 9.474, de 1997 (reconhecimento do *status* de refugiado devido a fundados temores de perseguição por motivos de opiniões políticas), a extradição foi requerida para execução de condenações por crime de homicídio qualificado, definido no Estado italiano como crime de especial gravidade e, no Brasil, como crime hediondo. E, repete-se, não se beneficiarão da condição de refugiados os indivíduos que tenham cometido crime hediondo (Lei 9.474/97, art. 3º, III). O ato do Ministro da Justiça, portanto, com a vênua devida, foi proferido ao arpejo do princípio da legalidade – C.F., art. 37.

62. Convém registrar, como fez o professor Novelli, no trabalho mencionado, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de que o Brasil é signatário, estabelece: “Art. XIV – 1. Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.” E a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados

(Genebra, 1951), preceitua, no art. 1º, §6º, “b”, que “As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houve razões sérias para pensar que: b – elas cometeram um crime grave de direito comum, fora do país de refúgio, antes de serem nele admitidas como refugiados.”⁽³⁷⁾

63. Registre-se, ademais, que na Ext 1008/Colômbia, o Supremo Tribunal teve como pressuposto o reconhecimento da condição de refugiado político pelo CONARE; aqui, a concessão do refúgio foi negada pelo órgão técnico, o CONARE. No acórdão da Ext 1008, essa circunstância não foi apreciada. E o que distingue sobremaneira os dois casos é isto: o padre Medina era, ao que parece, um ideólogo das denominadas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC, enquanto Cesare Battisti foi condenado pela Justiça italiana por crimes de homicídio qualificado, definidos na lei penal italiana como crimes de especial gravidade e, na lei penal brasileira, como crimes hediondos. Os casos diferem, portanto.

64. Seria apropriado afirmar, no encerramento deste tópico, que não teria aplicação, no caso sob exame, o acórdão da Extradução 1008/Colômbia: (i) porque não há pertinência temática entre os fundamentos do pedido de extradição - condenações por crimes comuns, crimes de gravidade especial segundo a lei italiana, crimes hediondos segundo a lei brasileira – e o fundamento utilizado pelo Sr. Ministro da Justiça; (ii) porque, no caso, o refúgio foi deferido ao arrepio da lei, art. 3º, III, Lei 9.474/97, e da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Genebra, 1951), art. 1º, §1º, “b”; (iii) na Ext 1008, o extraditando era, ao que parece, um ideólogo das Forças Armadas Revolucionárias Colombianas – FARC. Aqui, o extraditando foi condenado pela Justiça italiana por crimes de homicídio qualificado, crime hediondo.

X.3. Competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria, se crime comum ou político.

65. Análise detida da decisão do Senhor Ministro da Justiça leva-nos à conclusão de que S.Exa. concedeu asilo político sob color de refúgio. É que o enquadramento do pedido de refúgio no inc. I, do art. 1º, da L. 9.474/97, somente seria possível se fossem crimes políticos os crimes praticados por Battisti. Conforme vimos, linhas atrás, a proteção internacional dos refugiados tem origem na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, modificado pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967. Enquanto o asilo político

⁽³⁷⁾ NOVELLI, Flávio Bauer, ob. e loc. citis.

protege pessoas perseguidas, de regra, por crimes políticos, os textos internacionais sobre o refúgio trazem definição mais completa do beneficiário da condição de refugiado, como faz a lei brasileira: “Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que, 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.” (Lei 9.474/97, art. 3º, I). Ou aquele que, “não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior.” (Lei 9.474/97, art. 3º, II). Ainda aquele que “devido a grave e generalizada violação de direito humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.” (Lei 9.474/97, art. 3º, II). A decisão ministerial, no caso sob exame, assenta-se no inciso I, do art. 3º: fundado temor de perseguição por motivo de opiniões políticas.

66. Os delitos praticados por Cesare Battisti, na linha dos fundamentos da decisão ministerial, seriam crimes políticos. Todavia, no pedido de extradição são mencionados exclusivamente crimes comuns. Mas a decisão ministerial, invocando temor de perseguição política por motivo de opiniões políticas, procura estabelecer que os crimes comuns de homicídio seriam crimes políticos. É que apenas o alegado temor de perseguição por opiniões políticas não autorizaria, no caso, a concessão do refúgio, tendo em consideração o disposto no art. 3º, III, da Lei 9.474/97, a enunciar que não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que tenham cometido crime hediondo. Então, para a concessão do refúgio, há que ser descaracterizado o crime comum, hediondo. Ele deveria ser crime político, para que se compatibilizasse o inc. I, do art. 1º, com o inc. III, do art. 3º, vale dizer, para que fosse afastada a vedação do inc. III. Este é o ponto.

67. Evidentemente que não se nega ao extraditando o direito de alegar, na sua defesa, que praticara delito político. Essa matéria, entretanto, posta no processo de extradição, somente pode ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal (C.F., art. 101, I, “g”; Lei 6.815/70, art. 77, VII, §§ 1º e 2º). O CONARE, órgão técnico, diante do pedido de refúgio, em que foi sustentado que os delitos seriam políticos, percebeu bem a questão e deixou expresso: “no que diz respeito a considerar ou não os delitos como crimes políticos, também escapa à apreciação do Comitê, a teor do art. 77, da Lei nº 6.815/80, que determina ser da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal este juízo de valor, a saber: Art. 77. Não se concederá a extradição quando: VII – o fato constituir crime político; §1º - A exceção do item VII não impedirá extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou

quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir fato principal. §2º. Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.” E acrescentou o CONARE: “Logo, não há que se falar na existência de nexos causal entre a perseguição alegada e a solicitação de refúgio. Se for feita uma análise real da situação do Senhor Cesare Battisti, verifica-se que o mesmo fuge da condenação desde 1981 quando escapou das prisões italianas. O ora solicitante também foi procurado pelo Governo italiano, em território francês, em 1991, 2003 e agora no Brasil, sempre pelos mesmos crimes e por vários Governos.”

68. Vale insistir: o enquadramento, no caso, do pedido de refúgio no inc. I, do art. 1º, da Lei 9.474, de 1997, – fundado temor de perseguição por motivo de opiniões políticas – somente seria possível se fossem crimes políticos os crimes praticados por Battisti. É que, no pedido de extradição são noticiados crimes comuns – crimes de homicídio qualificado – considerados pela lei brasileira como crimes hediondos. E o art. 3º, III, da Lei 9.474, de 1997, estabelece que não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que tenham cometido crime hediondo, certo que “caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.” (Lei 6.815, de 1980, art. 77, §2º). E haveria, ademais, a questão inscrita no §1º do mencionado art. 77: “A exceção do item VII (o fato constituir crime político) não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal”, matéria da exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal (Lei 6.815/80, art. 77, §2º).

X.4. A extradição, o seu processo e a participação neste do Estado requerente. A garantia do controle judicial, C.F., art. 5º, XXXV.

69. Em trabalho de doutrina que escrevi a respeito do tema⁽³⁸⁾, asseverei que a extradição do estrangeiro, extradição passiva, em que o Brasil põe-se na situação de Estado-requerido, está disciplinada na Constituição, que confere ao Supremo Tribunal Federal competência para processá-la e julgá-la, art. 102, I, “g”, no Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80, artigos 76 a 94 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal, artigos 207 a 214. A extradição será instrutória, caso em que há um processo penal em andamento no Estado-requerente, autorizada a prisão do extraditando por juiz, tribunal ou autoridade competente daquele Estado, ou será executória, com base em sentença final de privação de liberdade. O pedido de

⁽³⁸⁾ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *A Extradição e seu Controle pelo Supremo Tribunal Federal*, em *Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*, BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, Coordenador, Ed.Forense, Rio, 2003, págs.115 e segs.

extradição fundar-se-á num tratado entre os dois países, ou, na falta do tratado, na promessa de reciprocidade, se assim o permitir a legislação local. A Lei 6.815, de 1980, dispõe, no seu artigo 1º, que “a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (C.F., art. 101, I, “g”; Lei nº 6.815/80, art. 83; RI/STF, arts. 207 a 214). Apoiado em promessa de reciprocidade, o pedido de extradição poderá ser recusado pelo governo. Fundada, entretanto, em tratado, a recusa não poderá ocorrer.⁽³⁹⁾

70. Registre-se que, “em qualquer hipótese de conflito entre o tratado externo e a lei de extradição, prevalecerá o dispositivo mais favorável ao Estado requerente.”⁽⁴⁰⁾

71. Formalizado o pedido de extradição, na forma do art. 80 da Lei 6.815/80, o Ministério das Relações Exteriores o remeterá ao Ministério da Justiça (art. 81), que o encaminhará ao Supremo Tribunal Federal. Se o pedido de extradição foi precedido de pedido de prisão preventiva (art.82), o extraditando já estará preso; se isso não tiver ocorrido, o relator, se regular o pedido, decretará a prisão do extraditando. A prisão perdurará até o julgamento final, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar e a prisão-albergue (art. 84, parágrafo único; RI/STF, arts. 209 a 212).

72. A defesa do extraditando versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição (Lei 6.815/80, art. 85, §1º). Tem-se, pois, no que concerne à defesa, sistema de contenciosidade limitada. A constitucionalidade desse dispositivo legal – §1º do art. 85 – foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da Extradição 669-EEUU, Relator o Ministro Celso de Mello, rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do mencionado §1º do art. 85 da citada Lei 6.815/80⁽⁴¹⁾. Registre-se: o que interessa é a verificação da existência de fato típico: acusação da prática de crime tipificado na legislação do Estado requerente e crime tipificado na legislação brasileira. Se isto ocorre, não tem relevância a indagação a respeito da credibilidade das provas existentes contra o extraditando.

⁽³⁹⁾ REZEK, Francisco, *Direito Internacional Público*, Saraiva, 7ª. ed., 1998, pág. 199. FRAGA, Mirtô, *O novo Estatuto do Estrangeiro Comentado*, Forense, 1985, p. 321. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, *A Relação Extraditacional no Direito Brasileiro*, Del Rey Ed., Belo Horizonte, 2001, págs. 122 e segs.

⁽⁴⁰⁾ REZEK, Francisco, *Perspectivas do Regime Jurídico da Extradição*, em *Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, Ed. UnB, Brasília, 1976, págs. 248-249. PERTENCE, José Paulo Sepúlveda, voto no julgamento do PPEX 194-Questão de Ordem, RTJ 162/822.

⁽⁴¹⁾ RTJ 161/409.

73. O Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção, no processo da extradição, do Estado requerente, que deverá estar representado por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. O Estado requerente, assim representado, poderá participar de audiências e, no julgamento do pedido de extradição, poderá proferir sustentação oral. Isto tem ocorrido, com frequência, em processos de extradição perante o Supremo Tribunal Federal.

74. E procede com acerto a Corte Suprema. É que, na verdade, o Estado requerente tem interesse no processo. Isto é evidente. Consubstanciaria o processo de extradição uma causa, em termos processuais ortodoxos? Isto interessa pouco. O que é relevante é o interesse que o Estado requerente tem no processo de extradição, processo que pode ser classificado, genericamente, como causa.

75. Ademais, se a extradição funda-se em tratado bilateral entre os dois Estados, cresce de importância o afirmado. Então, se uma norma infraconstitucional manda suspender ou paralisar o processo extradicional, em detrimento do direito do Estado requerente em ver julgada a sua pretensão posta no referido processo, lícito será ao Estado requerente invocar o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial à alegação de ofensa ou ameaça a direito (C.F., art. 5º, XXXV), garantia que há de ser interpretada com a maior amplitude, como devem ser interpretados os direitos e garantias constitucionais. É o caso de que tratamos. A disposição inscrita no artigo 33 da Lei 9.474, de 1997, conflita com a Constituição. E esse conflito se dá porque o que se pede é que a Corte Suprema, competente, por força da Constituição, julgue a extradição, extradição requerida com base em tratado, não sendo admissível que norma infraconstitucional impeça esse julgamento. A norma infraconstitucional, no caso, viola o direito do Estado requerente, ao impedir que o Supremo Tribunal aprecie a pretensão contida no processo extradicional. Na hipótese de se entender aplicável, no caso, o decidido na Extradição 1008/Colômbia, ou que fato superveniente, o reconhecimento da condição de refugiado, seria capaz, na forma do art. 33, da Lei 9.474, de 1997, de obstar o seguimento da extradição, ainda assim a questão não poderia ser encerrada de forma simplista, dado que cumpriria ao Supremo Tribunal Federal, em atenção à garantia constitucional inscrita no art. 5º, XXXV, examinar e decidir, incidentalmente, a respeito da legalidade do ato administrativo. No caso, a República Italiana, que tem como ilegal tal ato administrativo, ajuizou contra este, a tempo e modo, mandado de segurança. O julgamento deste, pois, tem caráter prejudicial. Em termos de economia processual, melhor seria, ao que pensamos, que a Corte procedesse, nos próprios autos da extradição, ao juízo de verificação

incidental da constitucionalidade e legalidade do ato administrativo praticado pelo Ministro de Estado.

X.5. O Supremo Tribunal Federal e a definição do crime político.

76. Ficou claro que cabe ao Supremo Tribunal Federal a competência exclusiva para julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro (C.F., art. 102, I, “g”), certo que a extradição passiva do alienígena não será concedida por crime político ou de opinião (C.F., art. 5º, LII). A Constituição, todavia, não definiu o crime político, nem isso seria de sua atribuição. O seu conceito deverá resultar da legislação comum. O Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815, de 1980, reproduz a regra constitucional da proibição da extradição passiva quando o fato constituir crime político (art. 77, VII) e estabelece caber ao Supremo Tribunal a competência exclusiva para apreciação do caráter da infração (art. 77, §2º). O §3º do art. 77 acrescenta que “o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.”

77. Certo é que o Supremo Tribunal Federal vem, ao longo do tempo, construindo, na sua jurisprudência, o conceito de crime político, inspirando-se na doutrina e a partir da legislação comum.⁽⁴²⁾ A doutrina caminha no sentido de que a definição de crime político deve ser obtida segundo o bem jurídico lesado (teoria objetiva), a motivação do agente (teoria subjetiva) ou uma combinação de ambos os critérios.⁽⁴³⁾ As decisões do Supremo Tribunal têm considerado a finalidade da ação para a conceituação do crime político. Todavia, ela valoriza, sobretudo, o critério objetivo, vale dizer, a lesão, real ou potencial, dos bens jurídicos indicados no art. 1º da Lei 7.170, de 1983: a integridade territorial, a soberania nacional (art. 1º, I), o regime democrático representativo, a Federação e o Estado de Direito (art. 1º, II) ou a pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1º, III).⁽⁴⁴⁾

78. Essa orientação foi seguida, pelo Supremo Tribunal, no julgamento do recurso interposto pela defesa dos seqüestradores do empresário Abílio Diniz, que pretendia ver reconhecida a competência da Justiça Federal em razão da alegação, pela defesa, de motivação política do crime. O Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, sustentou que a motivação do delito não é

⁽⁴²⁾ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ob. e loc. cit.

⁽⁴³⁾ GONÇALVES DA SILVA, Carlos Canedo, *Crimes Políticos*, Del Rey Ed., Belo Horizonte, 1993. VELLOSO, Ana Flávia, *Terrorismo, Defesa do Estado e Crise dos Direitos Humanos*. Rev. do TRF/1ª Região, nº 1, janeiro de 2004, págs.

⁽⁴⁴⁾ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ob. cit., pág. 131; voto no HC 73.451-RJ, “DJ” de 06.06.97.

suficiente para sua caracterização como crime político. Segundo Pertence, é relevante indagar se a materialidade da conduta dos agentes não ofende o sistema jurídico nacional nem ameaça a segurança e a ordem pública do país. O entendimento foi acolhido pelo Plenário, à unanimidade, consagrando o entendimento de que um crime não é político em função exclusiva de sua motivação ou finalidade.⁽⁴⁵⁾

79. A questão relativa aos delitos complexos – aqueles em que há combinação de elementos do crime político e do crime comum – tem sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui, a tarefa da Corte está em decidir, em concreto, em função de peculiaridades de cada caso: o Tribunal deve decidir se o crime comum prevalece sobre o político ou se a ação política supera a infração penal comum.⁽⁴⁶⁾

80. Neste sentido, há dois casos emblemáticos: o caso Falco e o caso Firmenich. No primeiro – Extradução 493/Argentina, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence – decidiu-se, primeiro, que a associação ilícita qualificada e a rebelião agravada, crimes definidos no Código Penal argentino, são crimes políticos puros. Quanto aos demais delitos, o Tribunal entendeu que os fatos ditos delituosos “estariam contaminados pela natureza política do fato principal conexo, a rebelião armada, à qual se vincularam indissolavelmente, de modo a constituírem delitos políticos relativos.” O Tribunal excluiu, ainda, a hipótese de terrorismo e a consequente aplicação do §3º do art. 77 da Lei 6.815/80, por entender que “não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem a utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados para a população civil.”⁽⁴⁷⁾

81. No caso Firmenich,⁽⁴⁸⁾ foram notáveis os debates. O Tribunal entendeu que havia “prevalência dos crimes comuns sobre o político, aplicando-se os §§ 1º e 3º do art. 77 da Lei 6.815/80, de exclusiva apreciação da Corte”, considerando que os fatos “caracterizam, em princípio, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoas, propaganda de guerra e processos violentos de subversão da ordem.” A extradição de Mário Firmenich foi concedida, sem que houvesse unanimidade. O debate travado entre os juízes do Supremo traz esclarecimentos relevantes. Em voto dissidente, o Ministro Francisco Rezek propôs que um critério fosse tomado em consideração no exame da preponderância do elemento político: a realidade institucional enfrentada pelo infrator. Assim, seria imperativo saber se o contexto político

⁽⁴⁵⁾ RE 160.481/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, “DJ” de 22.09.95. Ap. VELLOSO, Carlos Mário da S., ob. cit., pág. 132.

⁽⁴⁶⁾ Extradução 399/França, Relator p/acórdão Ministro Moreira Alves, RTJ 108/18; Extradução 615-Bolívia, Relator Ministro Paulo Brossard, “DJ” de 05/12/94.

⁽⁴⁷⁾ Extradução 493/República Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132/652.

⁽⁴⁸⁾ Extradução 417/República Argentina, Rel. p/acórdão o Min. Oscar Corrêa, RTJ 111/16.

contra o qual o agente reage lhe permite alternativa à violência. Se não é o caso, o emprego da metodologia de oposição violenta não se justifica. Mas, se o quadro político e institucional, que o movimento rebelde se dispõe a enfrentar ou resistir, não propicia saída outra senão a da violência, há de preponderar o elemento político. É dizer, em caso assim, o delinquente político não passa a delinquente comum. O Ministro Rezek deixou claro: “o que sucedeu na Argentina, nos últimos anos, (o julgamento ocorreu em junho de 1984), não precisa ser lembrado nesta oportunidade. Para só falar no presente, evoco a repetida descoberta de cemitérios clandestinos, ou o constante clamor por pessoas desaparecidas que não aparecerão jamais.” É dizer, quanto mais alto o nível de opressão e violência do Estado autoritário, tanto menor a escolha dos meios dos que se dispõem a resistir. O Ministro Rezek indeferia, portanto, a extradição, considerando a natureza do regime político, no qual campeava a violência, e ao qual se opunha o extraditando Mário Firmenich.⁽⁴⁹⁾

XI. O caso Battisti: asilo ou refúgio?

82. Assim posta a questão, verifica-se, da leitura da decisão do Senhor Ministro da Justiça, que S.Exa., o que se diz com o maior respeito, embora tenha invocado a condição de refugiado para Cesare Battisti, o que lhe concedeu, na realidade, vimos de ver, retro, foi o asilo político, deliberando com ampla discricionariedade, quando o ato de concessão de refúgio constitui ato vinculado. O CONARE, sim, observou o arcabouço técnico do instituto do refúgio. Da mencionada decisão emerge, ademais, o que é incompreensível, que a República Italiana seria violadora de direitos humanos, pois, segundo a doutrina mais autorizada, “quando se relaciona refugiados e direitos humanos, imediatamente percebe-se uma conexão fundamental: os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada refugiado é consequência de um Estado que viola direitos humanos.”⁽⁵⁰⁾ Todavia, no caso de Cesare Battisti, uma Corte do maior prestígio no tema de direitos humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, França, examinou e decidiu recurso apresentado por Battisti, negando o pedido. É dizer, decidiu no sentido de que a Justiça italiana, assim a República Italiana, não estava e nem está a violar direito fundamental de Battisti. E isto sem contar que a questão fora examinada, na França, pela Corte de Apelação de Paris, pela Corte de Cassação e pelo Conselho de Estado, assim pelas instâncias máximas da Justiça comum e da Justiça administrativa da França (v. itens 3 até 9, retro).

⁽⁴⁹⁾ VELLOSO, Ana Flávia, ob. cit., págs. 177-178.

⁽⁵⁰⁾ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., pág. 38.

83. E com a República Italiana celebrou a República Federativa do Brasil tratado de extradição. E com base nesse tratado o governo brasileiro encaminhou ao Supremo Tribunal Federal o pedido de extradição. Causa perplexidade, portanto, *data venia*, a concessão de asilo político sob color de refúgio. Mais perplexidade causaria se o Supremo Tribunal Federal, Corte mais do que centenária e de nobres tradições, não se dispusesse a examinar a decisão administrativa, a fim de efetivar o controle judicial a que ela está sujeita.

84. De todo o exposto, passo à conclusão do parecer, dando resposta aos quesitos formulados.

XII. Conclusão: resposta aos quesitos.

1. O ato administrativo está sujeito ao controle judicial. Destarte, não há falar em aplicação imediata da decisão administrativa do Senhor Ministro da Justiça, com base no art. 33, da Lei nº 9.474, de 1997, para extinguir-se o processo de extradição, sem que, antes, seja realizado o mencionado controle. Ademais, num sistema de governo presidencial, em que há nítida separação dos poderes, constituindo tal separação cláusula pétrea (C.F., art. 60, §4º, III), não teria legitimidade constitucional lei ordinária que impedisse que o Supremo Tribunal Federal exercitasse competência jurisdicional que lhe é conferida pela Constituição, art. 102, I, “g”.

1.1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Extradição 232-Cuba, Relator o Ministro Victor Nunes, decidiu que “a concessão de asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, e não pelo governo.” Na Extradição 524-Paraguai, Relator o Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal decidiu que “não há incompatibilidade absoluta entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo da concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Disso decorre que a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. O estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou de opinião ou as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada.”

1.2. Tratando-se, pois, de asilo político, duas respeitáveis decisões do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que a concessão daquele benefício não impede a extradição. No caso sob exame, conforme vimos, tem-se, na verdade, concessão de asilo político sob color de refúgio. Se o Supremo Tribunal Federal, examinando o ato ministerial, concluir dessa forma, correta seria a aplicação, no caso, do entendimento dos acórdãos das Extradicações 232-Cuba e 524-Paraguai. Em termos processuais ortodoxos, melhor seria a adoção, aqui, da interpretação conforme: porque, no caso concreto, é possível a afirmativa de que ocorreria asilo disfarçado, então a interpretação do art. 33 da Lei 9.474, de 1997, a ser adotada, no caso, seria aquela conferida aos casos de asilo político nas Extradicações 232-Cuba e 524-Paraguai.

2. Conforme vimos, não há identidade temática entre os fundamentos adotados pela decisão administrativa e os fundamentos do pedido extradicional, convindo enfatizar que na Ext 1008/República da Colômbia, extradição do padre Medina, ficou indicada a necessidade da ocorrência da identidade entre os fatos motivadores do reconhecimento da condição de refugiado e aqueles que fundamentam o pedido de extradição. Isto, aliás, é o que exige o art. 33 da Lei 9.474/97. O pedido de refúgio de Cesare Battisti foi enquadrado no inc. I, do art. 1º, da citada Lei 9.474/97, ou seja, do indivíduo que, estando fora de seu país de nacionalidade, a ele não possa retornar em razão de “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.” Ocorre que o pedido de extradição de Battisti tem como fundamento a prática, pelo extraditando, de crimes de homicídio qualificado, assim crime hediondo, segundo a lei brasileira (Lei 8.072/90, art. 1º, I, redação da Lei 8.930/94; C.F., art. 5º, XLIII). Não tem aplicação, portanto, no caso concreto, o art. 33 da Lei 9.474/97, como, por igual, não se aplica aqui o precedente da Extradicação 1008/República da Colômbia, como se tentou demonstrar nas razões do parecer. Porque o ato administrativo não escapa do controle judicial, essas questões deverão ser resolvidas, incidentalmente, ou no julgamento, com caráter de prejudicialidade, do mandado de segurança impetrado pela República Italiana.

3. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, estabelece que “Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”, e que “este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.” (Art. XIV, 1 e 2). E a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Genebra, 1951), preceitua, no art. 1º, §1º, ”b”, que “As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houve razões sérias para pensar que: b – elas

cometeram um crime grave de direito comum, fora do país de refúgio, antes de serem nele admitidas como refugiados.” Ora, o extraditando foi condenado pela Justiça italiana por ter cometido crime de homicídio qualificado, crime comum, crime hediondo segundo a lei brasileira. A decisão administrativa que lhe concedeu o refúgio afronta as Convenções acima indicadas. E afronta, ademais, a lei brasileira, Lei 9.474/97, art. 3º, III, que estabelece que “não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas.” A Administração Pública sujeita-se ao princípio da legalidade, obviamente (C.F., art. 37), certo que o agente público somente pode fazer aquilo que a lei expressamente autorizar. Se o agente público agiu ao arrepio da lei, violado terá sido o art. 37 da Constituição.

3.1. A necessidade de a Suprema Corte proceder a um juízo de verificação incidental da legalidade do ato administrativo, nos autos da extradição, ou no julgamento do mandado de segurança, é imposta pela Constituição, que consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (C.F., art. 5º, XXXV). Se se entender, o que se diz para argumentar, que o reconhecimento da condição de refugiado seria fato superveniente capaz de, na forma do art. 33 da Lei 9.474/97, obstar o seguimento da extradição, ainda assim a questão não poderia ser encerrada de forma simplista, dado que cumpriria ao Supremo Tribunal, em atenção à garantia constitucional inscrita no art. 5º, XXXV, examinar e decidir, incidentalmente, a respeito da legalidade do ato administrativo. No caso, a República Italiana, que tem como inconstitucional e ilegal tal ato, ajuizou contra ele mandado de segurança. Ou a questão é resolvida incidentalmente nos autos da extradição, ou examinada e decidida no mandado de segurança, com caráter prejudicial.

4. A resposta a este quesito está contida na resposta dada aos quesitos precedentes, especialmente o de nº 3, supra. O ato administrativo de que cuidamos contém vícios que o tornam nulo, como está longamente exposto nas razões, retro. O controle judicial a respeito de sua legitimidade constitucional e legal deverá ocorrer nos autos da extradição ou no julgamento do mandado de segurança. Reconhecendo o Supremo Tribunal que os vícios apontados nulificam o ato, então julgará a extradição, julgamento que é de sua competência exclusiva.

É o parecer, s.m.j.

Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2009.

Carlos Mário da Silva Velloso