

JUDICIALIZAÇÃO DO REFÚGIO: ANULAÇÃO REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) DO STATUS DE REFUGIADO CONCEDIDO A CESARE BATTISTI

Isabela Fernandes dos Santos¹

Maria Carmem Chaves²

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O presente artigo versa sobre o instituto jurídico do Refúgio, no que concerne à Extradução 1.085 ajuizada pela República Italiana perante o Supremo Tribunal Federal (STF). O artigo tem como problemática, a análise da construção jurídica que baseou o controle judicial sob a decisão que deferiu o status de refugiado a Cesare Battisti e a partir disto, também será avaliada a importância de tal controle para a proteção do instituto jurídico do refúgio. A pesquisa é qualitativa e utiliza o método indutivo, tendo como objeto principal a preliminar do voto do Ministro Cezar Peluso nos autos da Extradução 1.085. Dado o progresso positivo do Estado brasileiro no que concerne a legislação pró-refugiado, este artigo é importante para contribuir no fomento dos estudos acerca do instituto do Refúgio, fortalecendo ainda mais a proteção deste, afastando-o de eventuais usos indevidos. O ato administrativo de concessão e negativa de Refúgio, mesmo sendo de caráter político é considerado um ato vinculado e trata diretamente de questões concernentes aos Direitos Humanos dos solicitantes, razões que demonstram a extrema necessidade da consolidação da judicialização deste instrumento, para que além de tudo, os membros do Judiciário percebam que o assunto também pertence a esta esfera do poder, visto que a Lei 9474/97 não trata com clareza deste tópico.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Humanos. Refúgio. Cesare Battisti. Judicialização.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o instituto jurídico do Refúgio, no que concerne à Extradicação 1.085 ajuizada pela República Italiana perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Tendo como foco principal a construção jurídica do controle judicial exercido sob a decisão que deferiu o status de refugiado ao extraditando Cesare Battisti e a importância de tal controle nas concessões ou recusas do supracitado mecanismo jurídico.

É interessante trazer à baila que, o Brasil é signatário da convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e foi pioneiro entre os países latinos a elaborar uma lei específica sobre este grupo, qual seja, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Sumariamente, o refugiado é a pessoa que está fugindo de uma situação insuportável de violência, cerceadora de sua liberdade e procura em um outro território segurança para usufruir de seu direito à vida.

A referida lei instituiu o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), um órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça e vice presidido pelo Ministério das Relações Exteriores. A Lei de Refúgio estabeleceu que a determinação da condição de refugiado se daria por meio de um procedimento administrativo, cabendo ao CONARE a decisão dos casos em primeira instância, com possibilidade de recurso ao Ministro da Justiça.

Em 2009 a República da Itália ajuizou pedido de extradição perante o STF, requerendo a entrega de Cesare Battisti, italiano condenado a duas sentenças criminais de prisão perpétua naquele país. Após o ajuizamento do pedido de extradição, Battisti postulou o reconhecimento da condição de refugiado. E, automaticamente, como consequência do artigo 34º da Lei 9474/97 foi determinada pela Suprema Corte a suspensão do tramite do pedido extradicional da Itália.

A solicitação de refúgio formulada pelo extraditando foi negada por decisão majoritária do CONARE, sendo, posteriormente, deferida pelo Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, em sede recursal administrativa. Tendo como base a garantia constitucional da inafastabilidade ou universalidade do controle jurisdicional (Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXXV), a concessão do refúgio ao Italiano foi anulada, de ofício, pelo STF em sede de preliminar nos autos do processo de Extradicação 1.085.

Diante disto, cabe a este artigo analisar a seguinte problemática: Sobre que construção jurídica aconteceu o controle judicial sob a decisão que deferiu o status de refugiado a Cesare Battisti? Com base nisso, também será avaliado a importância de tal controle para a proteção do instituto jurídico do refúgio.

Trata-se de uma pesquisa prática, que tem finalidade básica, pois busca tão somente apresentar conhecimento já disponível. Além disto, tem objetivo descritivo, trazendo a análise de fatos constatados em um problema e uma abordagem qualitativa, visto que são utilizadas fontes diversas, dentre elas: artigos científicos, doutrina específica, decisões judiciais e documentos oficiais referentes ao tema. A pesquisa ainda utiliza o método indutivo, pois propõe-se a estudar um caso específico e trazer uma ideia mais geral sobre o tema. E tem como objeto de estudo o controle judicial exercido na concessão de status de refugiado ao Italiano Cesare Battisti, por meio da preliminar do voto do Relator Cezar Peluso nos autos da Extradicação 1.085.

Dado o progresso positivo do Estado brasileiro no que concerne a legislação pró-refugiado, um estudo como este é importante para fortalecer ainda mais a proteção do Refúgio, afastando-o de eventuais usos indevidos. Dando um panorama geral para os estudiosos sobre a questão, bem como mais clareza a todos os agentes que precisam estar envolvidos para a efetivação estrita do que é determinado na Lei nº 9474 de 1997 e legislação internacional sobre o assunto.

No que concerne à estruturação do trabalho, em seu segundo capítulo este apresentará um resumo sobre a trajetória de Cesare, ainda na Itália, até o momento de seu pedido de Refúgio perante o CONARE, no Brasil. Além disto, serão abordados os conceitos de Refúgio e Asilo, sendo esclarecidas suas semelhanças e diferenças. Na sequência, o terceiro capítulo será responsável por expor as controvérsias no que concerne ao controle judicial exercido pelo Judiciário ao anular o status de refugiado concedido a Cesare Battisti, demonstrando sobre que base legal ocorreu tal controle. Bem como elucidando a importância da judicialização do Refúgio.

Por fim, o quarto capítulo, apresentará detalhes da preliminar do voto do relator Cezar Peluso nos autos da Extradicação 1.085, por meio de comentários aos principais pontos defendidos pelo relator, demonstrando as principais contradições e ilegalidades que se pode inferir da decisão que concedeu o status de refugiado a Cesare, manifestando assim, a necessidade de Judicialização do Refúgio para a proteção do instituto.

2 O CASO CESARE BATTISTI E OS INSTITUTOS DO REFÚGIO E ASILO

A Extradicação 1.085 foi um processo muito polêmico, pois, além de várias outras controvérsias envolveu a manutenção do instituto do Refúgio. O processo repercutiu na mídia brasileira e pelo mundo a fora, causando muita instabilidade diplomática entre Brasil e Itália. Cidadão Italiano e militante político da esquerda daquele país, Cesare Battisti foi preso pela primeira vez em 1972 pelo crime de furto e, dois anos depois, por assalto a mão armada. Na prisão, afiliou-se ao Proletários Armados pelo Comunismo (PAC), grupo fundado em 1976 na região norte da Itália, o qual tinha suas ideologias ligadas à extrema esquerda. Naquela época, anos 1970, a Itália atravessava os chamados “anos de chumbo”³, período

³ Os anos 1970 foi um período marcado por muita turbulência em diversos países do globo. Uma época marcada por ataques promovidos pela extrema-esquerda e extrema-direita, e principalmente por isso ficou conhecido como “Os Anos de Chumbo”. Na Itália este período se estendeu de 1960-1980, nesta época o país estava recuperando-se dos efeitos da 2ª Guerra Mundial, além de ter a Guerra do Vietnã e a Guerra Fria como pano de fundo. O mundo estava extremamente polarizado e uma onda “antifascista” inspirada por, dentre outros, Che Guevara levava uma juventude radical a desenvolver diversas ações aterrorizantes na Europa e em outros lugares. Neste contexto de fragilidade política, surgiram grupos de esquerda como: as Brigate Rosse (BR), os Nuclei Armati Proletari (NAP) e os Proletari Armati per il Comunismo (PAC) e de direita como Terza Posizione, a Avanguardia Nazionale e Ordine Nero. No território Italiano, o policial Antonio Annarumma foi o primeiro morto no decorrer deste período, seu

marcado por intensa violência política, lutas armadas e terrorismo de grupos de extrema direita e esquerda.

Em 26 de Junho de 1979 os participantes do PAC foram detidos e Cesare foi preso. Todos foram condenados a 12 (doze) anos de prisão, fundamentada em participação de grupo armado, assalto e receptação de armas. Cesare conseguiu fugir da prisão e foi para a França, em seguida para o México. Contudo, em 1990 retornou para a França, pois, a “Doutrina Mitterrand” havia sido criada pelo presidente da época, que garantia asilo a todos os indivíduos que se envolveram em atividades terroristas na Itália, até o ano de 1981, mas tivessem abandonado a violência.

Neste contexto, na Itália, por meio da delação premiada do seu ex-companheiro de militância, Pietro Mutti, foram imputados a Battisti quatro assassinatos ocorridos entre 1977 e 1979 durante ações do PAC: o do agente penitenciário Antonio Santoro, o do jornalista Pierluigi Torregiani, o do açougueiro Lino Sabadin e o do agente policial Andrea Campagna. Assim, tendo sua sentença confirmada em segundo grau pela Corte de Apelação de Milão, o Italiano foi condenado à revelia pelos quatro homicídios a ele imputados, com pena de prisão perpétua e agravante em 6 meses de isolamento diurno.

Nesse contexto, a Itália requereu a extradição de Cesare à França, todavia, por conta da Doutrina Mitterrand, o pedido foi negado e o Italiano viveu no país por 14 anos com sua família. Até que, em 1995 o novo presidente francês, Jacques Chirac, resolveu anular a doutrina feita pelo seu antecessor. Diante disto, a Itália ajuizou novo pedido de Extradição que desta vez foi deferido, levando Battisti a fugir para o Brasil em 2004.

Em 18 de março de 2007, baseando-se no acordo de extradição que possui com o Brasil, a Itália formalizou o pedido da entrega do Italiano Cesare Battisti, junto à sua prisão preventiva. Aqui, vale salientar que a extradição é um instrumento de cooperação internacional entre os Estados no combate ao crime. De maneira geral, os Estados não estão obrigados a realizar a extradição, contudo, acabam usando deste instrumento para garantir a justiça penal no âmbito internacional. Conforme ilustra o professor Hildebrando Accioly (2012, p. 756):

[...] é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro Estado indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos.

Após o deferimento da prisão preventiva requerida pela Itália, que perduraria enquanto transcorresse o processo, a defesa do Italiano ajuizou requerimento de Refúgio perante o CONARE, alegando que Cesare Battisti enquadrava-se na hipótese do artigo 1º, inciso I, do Estatuto dos Refugiados Lei de nº 9.474/97. Tal requerimento, conforme preceitua o artigo 34º da mesma lei, deu suspensão ao processo de extradição.

assassinato ocorreu durante um protesto de extrema esquerda, em 19 de novembro de 1969. Além disto, em 12 de dezembro, o atentado a bomba na Piazza Fontana (Milão) deixou 17 mortos e 88 feridos. Este período resultou em 428 pessoas mortas e mais de 2 000 feridas.

Grande repercussão causou o pedido de Refúgio de Cesare Battisti, principalmente por levantar questionamentos quanto à concordância de seu caso com a definição de Refúgio estabelecida pela Lei. Sendo entendido por muitos, que este deveria ter solicitado, na verdade, o Asilo político. Os dois mecanismos são por muitas vezes confundidos devido as suas similaridades, porém, há diferenças entre os dois. Por isto, faz-se necessário analisar os dois institutos, embasando assim a possível resposta ao “porquê” Battisti solicitou o Refúgio e não o Asilo.

O instituto do Refúgio desenvolveu-se gradativamente ao longo da história. Ao final da Segunda Guerra Mundial, era possível constatar que o fenômeno da onda de pessoas que, por consequência das guerras estavam sofrendo perseguição, intolerância e procuravam acolhida em países que não o de sua origem ou residência habitual, passava longe de ser algo meramente temporário e, por isso, precisava de um sistema de proteção individual e duradouro. Em linhas gerais, o refugiado é a pessoa que está fugindo de uma situação insuportável de violência, cerceadora de sua liberdade, o qual busca encontrar proteção, ou melhor, um lugar seguro para viver e poder gozar de sua liberdade (ALMEIDA, 2000).

Diante desta problemática, em 1950 instituiu-se o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), o qual foi designado para tratar, exclusivamente, da questão dos refugiados. Ademais, por meio da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 1951, o amparo a estes indivíduos ganhou identidade sólida, pois, tal convenção estabeleceu obrigações e padrões a serem seguidos pelos Estados que concedem o refúgio, bem como os direitos das pessoas que o recebem, além de apresentar a primeira definição formal de refugiado.

Trouxe consigo, também, um princípio de suma importância para o Direito Internacional dos refugiados, qual seja, o princípio do *non-refoulement* (não-devolução), que, como conceitua a importante estudiosa do tema, Liliana Lyra Jubilut (2007, p. 17):

[...] base de todo o direito de refugiados, significa simplesmente que o indivíduo perseguido não pode ser devolvido. Ao contrário, dá-se a essa pessoa proteção, acolhida, uma nova casa, um novo país, uma nova oportunidade de viver.

A convenção recebeu incrementos posteriores por meio do protocolo de 1967 e houve ampliações do conceito de refugiado estabelecidas na Convenção da Unidade Africana, de 1969, e na Declaração de Cartagena, de 1984. O Brasil, por sua vez, aderiu ao compromisso internacional, ratificando a supracitada Convenção de 1951, o Protocolo de 1967 e ainda foi pioneiro entre os países latinos a elaborar uma lei específica sobre os refugiados, qual seja, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.

No primeiro momento, a convenção de 1951, além de estabelecer padrões mínimos a serem seguidos para a proteção dos refugiados, trouxe em seu arcabouço uma definição sobre os indivíduos que poderiam ser considerados como tal. Vejamos a seguir:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ACNUR, 2011, p. 49).

Tal conceito era um pouco deficiente porque fixava uma “reserva geográfica”, englobando como refugiados um grupo muito limitado de indivíduos, embora houvesse o desejo de criar uma definição clássica e eficaz para o instituto. Por seu turno, a Declaração de Cartagena, estabeleceu um significado mais ampliado do refúgio, pois considera o fundado temor de perseguição, ou seja, a ameaça como um elemento suficiente para o reconhecimento do refúgio, conceito o qual transpôs os anteriormente previstos pelas convenções internacionais:

Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (CARTAGENA, 1984, on-line).

Neste contexto, com colaboração técnica do ACNUR, por meio da Lei nº 9.474 de 1997 o Brasil acolheu o conceito ampliado pela Declaração de Cartagena e no Artigo 1º da Lei reconhece como refugiado todo indivíduo que:

- I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
- III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, 1997, on-line).

Por outro lado, a Lei é taxativa no Art. 3º em afirmar que não gozam da condição de refugiado os indivíduos que:

I – já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismos ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR; II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionadas com a condição de nacional brasileiro; III – tenham cometido crime contra paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; IV – sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. (BRASIL, 1997, on-line).

A norma ainda instituiu o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), um órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça e vice presidido pelo Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty), vez que “os refugiados constituem um assunto humanitário e envolvem considerações tanto da política doméstica, quanto da política externa” (MOREIRA, 2010, p.125). O órgão é responsável pela determinação da condição de refugiado por meio de um procedimento administrativo dos casos em primeira instância, com possibilidade de recurso ao Ministro da Justiça.

A supracitada lei, cumpre um relevante papel humanitário, pois traz consigo diversos pontos importantes. Desta feita, há de se considerar que a legislação brasileira no que diz respeito à proteção aos refugiados é bastante rica e o país ainda exerce um papel de liderança no cenário da América Latina devido ao seu posicionamento positivo ao longo do tempo em prol da causa.

Todavia, vale pontuar que o instituto do Refúgio ainda é pouco explorado e por vezes pode ser mal interpretado, podendo ser confundido com o Asilo, por exemplo. Ou ainda utilizado erroneamente pelos agentes que estão incumbidos, por lei, a protegê-lo, o fazendo servir como manobra de proteção a criminosos. Por isto, é importante esclarecer as definições e diferenças entre os mecanismos.

Quando a acolhida a estrangeiros perseguidos passou a ser positivada em âmbito internacional, estabeleceu-se o “direito de asilo” *lato sensu*, sob o qual estão abrangidos o “asilo diplomático e territorial” e o “refúgio” e foi previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Vale trazer à tona que, o asilo e o refúgio podem ser considerados espécies do mesmo gênero, vez que têm em sua essência o mesmo objetivo, qual seja, “livrar seres humanos de perseguições por meio de sua acolhida em outro Estado no qual poderão gozar de seus direitos mais fundamentais e manter, deste modo, sua dignidade” (JUBILUT, 2007, p.36). Desta forma, é possível observar que há um caráter de complementariedade entre ambos como bem pontua Liliana Jubilut (2007, p. 36):

[...] institutos apresentam um caráter de complementariedade, tanto em relação aos sistemas nacionais de proteção – já que

somente se verificam quando o pacto social que assegura a proteção do indivíduo pelo Estado falhou – quanto entre si – posto que o instituto do asilo é mais abrangente, podendo ser usado quando não há a possibilidade de aplicação do instituto mais específico do refúgio.

Entretanto, a legislação brasileira considera a distinção entre os institutos. A base do direito de asilo *lato sensu* (ou seja, do asilo político e do refúgio) encontra-se no artigo 4.º, II, da Constituição Federal, que trata da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais brasileiras. A previsão do asilo político se encontra no artigo 4.º, X, da Constituição Federal e não possui regulamentação específica visto que é uma prerrogativa do Poder Executivo, por meio do Ministério da Justiça e validada pelo Presidente da República. Por outro lado, o Refúgio é regulamentado na já citada Lei 9.474 de 1997 e protegido por diversos instrumentos jurídicos internacionais. Além de o Asilo e o Refúgio possuírem regulamentação distinta, há outros pontos de divergências que precisam ser levados em consideração.

O refúgio, a rigor, é deferido em casos em que há atos generalizados de perseguição em um Estado. Serve, portanto, para situações mais amplas, quando há fluxos massivos de população forçada a sair de seu país, frente a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou diante de acontecimentos que alterem gravemente a ordem pública interna do país de origem.

Por sua vez, o asilo costuma ser aplicado em casos em que é constatado que o indivíduo está sendo vítima de uma perseguição individual (situação personalizada), por motivos de opinião ou pela prática de atividades políticas. Conforme leciona o jurista Francisco Rezek (2018, on-line):

Asilo político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures [...] por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum.

Ainda sobre o asilo no Brasil, este tem dois tipos: a) diplomático – quando o requerente está em país estrangeiro e pede asilo à Embaixada brasileira; ou b) territorial – quando o requerente está em território nacional. Enquanto, para receber o status de refugiado, o indivíduo deve estar fora do seu país, respeitando assim o princípio da extraterritorialidade.

Ademais, o refúgio está associado a um órgão internacional que fiscaliza sua proteção. Assim, quando preenchidos todos os requisitos, os Estados signatários dos instrumentos de proteção aos refugiados ficam obrigados a fazer a concessão, sendo passível de recurso a sua negativa. Enquanto o asilo é um ato discricionário do Estado concedente, ou seja, ele não é obrigado a deferi-lo, nem declarar porque o nega, como preceitua a Convenção sobre Asilo Diplomático de 1954 em seu artigo 2º, promulgada no Brasil em 1957 por meio do Decreto nº 42.628:

Artículo II -Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega.
 Artigo II -Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega.
 (BRASIL, 1957, p.02).

Outrossim, ambos os institutos não podem ser invocados em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das nações unidas. Apesar disso, o *asilo* não é limitado por cláusulas de exclusão, cessação ou perda. Enquanto para a concessão do refúgio é necessário que o indivíduo não tenha ferido nenhum dos princípios e propósitos da ONU, bem como não esteja enquadrado em nenhuma das cláusulas de exclusão formuladas no artigo 3º da Lei 9794/97, além de a mesma lei possuir hipóteses de cessação e perda do direito.

Desta feita, é possível inferir a partir do que foi exposto que, a defesa de Cesare Battisti formulou o pedido de refúgio, baseando-se no artigo 1º da Lei 9794/97 que preceitua que o refúgio deve ser concedido a vítimas de "*fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas*" (Grifo nosso), alegando perseguição política por sua participação no Proletários Armados pelo Comunismo (PAC). Contudo, é nítido que tal "perseguição" era referente, na verdade, a sua participação na luta armada e conseqüente persecução judicial pelos crimes que ele cometeu.

E, a distinção constante do manual de procedimentos e critérios para determinar a condição de refugiado político, publicado, em 2011, pelo Alto Comissariado das Nações Unidas diz que:

(d) Punição

56. Deve-se distinguir perseguição de punição prevista por uma infração de direito comum. As pessoas que fogem de procedimentos judiciais ou à punição por infrações desta natureza não são normalmente refugiados. Convém lembrar que um refugiado é uma vítima - ou uma vítima em potencial - da injustiça e não alguém que foge da justiça. (ACNUR, 2011, p. 15).

Tal definição foi usada, inclusive, de maneira brilhante, na preliminar do voto do Ministro Cezar Peluso nos autos da Extradicação 1.085, que anulou a concessão do status de refugiado de Cesare, como será visto no último capítulo deste trabalho.

Ainda, é importante elucidar que o "fundado temor de perseguição" que trata o artigo 1º da Lei 9794/97, deve ser analisado, não apenas subjetivamente, partindo da visão do solicitante do refúgio, mas também objetivamente, colocando em evidência a *real e atual* (Grifo nosso) situação do Estado temido, para que a concessão seja dada a quem realmente merece. Como preceitua Liliana Lyra Jubilut (2007, p. 47):

Assim, adotou-se a posição de que o temor subjetivo deve ser presumido (no sentido de que todos os solicitantes gozam dele a priori somente por terem solicitado refúgio) e que se deve proceder à verificação das condições objetivas do Estado do qual provém o solicitante em relação a ele para se chegar à conclusão de que esse temor é fundado (no sentido de comprovar que o temor subjetivo daquele indivíduo deve realmente existir).

Ademais, os crimes cometidos pelo Italiano, são considerados crimes comuns e que afrontam os princípios da ONU, fato o qual, excluiria, *per si*, a possibilidade de obtenção de Refúgio por ele, dado o já citado artigo 3º da Lei 9794/97. Além de que, a “perseguição” sofrida pelo Italiano era individual e não generalizada, também não era atual, o que prova mais ainda que o instrumento mais adequado para a situação era o Asilo.

Desta feita, é de se considerar que a defesa de Cesare teve como foco, na verdade, realizar uma manobra jurídica para suspender a Extradicação que estava em andamento. Dado que o artigo 33º da Lei 9.474/97 determina que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradicação baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”. Tentativa que deu certo em um primeiro momento, mas como será visto no próximo capítulo, teve a interferência do Supremo Tribunal Federal.

3 O CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS E A JUDICIALIZAÇÃO DO REFÚGIO

Em 28 de novembro de 2008, por 3 votos a 2, o CONARE decidiu indeferir o pedido de refúgio formulado por Cesare Battisti, alegando, a insuficiência de provas quanto à perseguição por parte do governo Italiano e que não caberia ao órgão, vinculado ao Ministério da Justiça, definir se os crimes atribuídos a ele, foram ou não “políticos”, análise que pertence apenas ao STF.

Todavia, não se conformando, a defesa de Cesare interpôs recurso ao Ministro da Justiça, que de maneira espantosa, concedeu o status de Refugiado ao extraditando, baseando-se no argumento de que havia risco concreto de perseguição por conta do cometimento de crime político e dúvida quanto à condenação de Battisti no processo italiano, visto que ele foi condenado à revelia e por meio de delação premiada.

A República da Itália, discordando com a decisão do Ministro, impetrou mandado de segurança de nº 27.875 perante o STF, alegando que os fundados temores de perseguição não eram verídicos, visto que a Itália sempre foi e é uma democracia. E ainda que, os crimes cometidos por Cesare Battisti eram de natureza comum, mesmo sendo ele integrante do PAC, por isso a “perseguição” não era política, na verdade, ele estava fugindo a todo momento de uma persecução judicial, advinda de crimes hediondos praticados por ele.

A concessão do status de refugiado, por lei, impossibilitaria a Extradicação. No entanto, em setembro de 2009 o STF deu início à discussão e análise dos pressupostos de admissibilidade do pedido de extradição. E, em preliminar, o Ministro Relator, Cezar Peluso, analisou o ato do Ministro Tarso Genro quanto a concessão do status de refugiado à Cesare Battisti, para constatar a ilegalidade/legalidade da decisão, tendo assim anulado o ato do Ministro.

Diante da posição exercida pelo STF, chega-se à problemática central deste artigo. A Lei 9474/97, no artigo 41º estabelece que “a decisão do Ministro de Estado da Justiça é irrecorrível”. A indagação que surge é: estaria este dispositivo, criando um óbice à participação do Poder Judiciário nas questões concernentes à refúgio? Como se deu o controle judicial sob a decisão político/administrativa de concessão de refúgio a Cesare? O ato possui respaldo jurídico para sua existência?

Para responder aos questionamentos, é necessário voltar ao tempo quando, frente ao temor de ideias como Absolutismo e Anarquia, o Barão de Montesquieu, a partir do trabalho de Aristóteles e John Locke, criou a divisão dos três poderes. Ele afirmava que, “Todo homem que tem o poder é tentando a abusar dele [...]. É preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1979, p.30).

Tal divisão é acolhida pela Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu art. 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Entretanto, esta divisão não deve ser “engessada”, ela deve ocorrer de maneira harmônica. Assegurando assim que, nenhum poder se sobreponha ao outro, respeitando o sistema de *Check and Balance* (freios e contrapesos):

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2011, p. 110).

Desta forma, fica sob a responsabilidade do Poder Executivo a administração do Estado, dos interesses públicos e execução de leis, sendo possível a criação de Medidas provisórias com força de lei por este poder, quando a situação for de urgência. Por sua vez, o Poder Legislativo é incumbido de criar e aprovar leis, bem como fiscalizar o executivo, existindo ainda a possibilidade deste poder “julgar” os crimes do Presidente e Vice-Presidente da República. Enquanto ao poder judiciário cabe a interpretação das leis e julgamento dos casos, seguindo as regras constitucionais.

A interferência de um poder sob a atuação do outro, sendo respeitados os limites impostos constitucionalmente, por muitas vezes é de extrema necessidade para

que sejam afastadas arbitrariedades. Como ocorreu no objeto central deste trabalho, o STF interferiu na decisão administrativa do Ministro Tarso Genro, anulando a concessão de refúgio ao Italiano Cesare Battisti e provocando grande discussão sobre a possibilidade desta interferência.

Pelo exposto, é importante pontuar que, o poder judiciário, tendo como base a garantia constitucional da inafastabilidade ou universalidade do controle jurisdicional que se encontra na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXXV, se provado pode exercer o controle judicial dos atos de qualquer dos poderes:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988, on-line).

Por sua vez, o ato administrativo de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello é a (2011, on-line):

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Além disto, tais atos podem ser divididos entre: vinculados e discricionários. Nos atos vinculados, o agente deve seguir estritamente o que está disposto em lei. Nestes atos, o controle judicial é, inquestionavelmente, possível e necessário, caso provocado, para que seja efetivada a lei vinculante, sendo analisada a ilegalidade/legalidade do ato. Sobre este aspecto, para o já citado autor Celso Antônio o Poder Judiciário: "Tanto anulará os atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis" (MELLO, 2011, on-line).

Por outro lado, os atos discricionários são subjetivos, possuindo, portanto, certo mérito administrativo. Todavia, mesmo com a existência de posicionamentos contrários ao controle destes atos pelo magistrado, este pode ser passível deste controle visto que deve respeitar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Contudo, diferentemente do que acontece nos atos vinculados, tal controle é mais limitado. Portanto, mesmo diante de uma decisão administrativamente irrecurável, há sempre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, pois, estas podem estar violando um direito ou impedindo sua aplicação. Como bem expõe André de Carvalho:

Mesmo em relação aos chamados 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. (RAMOS, 2011, on-line).

Nas concessões de asilo político, por exemplo, é possível observar maior discricionariedade, uma vez que este instrumento possui conteúdo altamente político e de soberania do Estado e é atribuído ao Poder Executivo pelo artigo 4º, inciso X da Constituição Federal do Brasil (CFB). Ficando a cargo unicamente do Presidente da República, conceder ou não o asilo solicitado, não precisando observar nenhuma cláusula disposta em lei.

Por seu turno, as concessões de refúgio estão, de forma mais ampla, subordinadas ao controle judicial, já que o artigo 26º da Lei 9.474/96, expressamente, preceitua que as decisões de refúgio devem ser fundamentadas, respeitando também cláusulas de exclusão (o que não acontece com o asilo). Além de possuírem vasta proteção formalizada em documentos internacionais, sendo ainda, um instituto resguardado por órgão internacional, qual seja, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Na Extradução 1.085, objeto de estudo deste artigo, foi exercido controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal acerca do ato administrativo do então Ministro da Justiça Tarso Genro, que concedeu o status de refugiado ao Italiano Cesare Battisti.

O estudioso André de Carvalho Ramos (2011, p.60) defende fortemente a possibilidade de revisão judicial (judicial review) do reconhecimento do refúgio: “não há discricionariedade ou espaço político para a tomada de decisão do CONARE: diferentemente do asilo político, o refúgio é direito do estrangeiro perseguido”.

É nítido que, assim como considera o autor, tanto as concessões quanto as negativas de refúgio, precisam passar por um controle judicial, para que seja garantida a preservação do instrumento jurídico. Devendo esta revisão ser estritamente referente à legalidade do ato, ou seja, à observância da correspondência deste ao que está descrito no Estatuto dos Refugiados.

O ato administrativo de concessão ou negação de status de refugiado, afeta diretamente os direitos humanos, e, portanto, baseado também no direito fundamental do devido processo legal do artigo 5º, inciso LIV da Carta Magna, é extremamente necessário que ocorra o controle judicial destas decisões e que a judicialização do refúgio se concretize cada vez mais, como preceitua Liliana JUBILUT, 2011, p.166):

Os grandes debates sobre a judicialização parecem ocorrer quando há a percepção de que o Poder Judiciário está

interferindo em assuntos que não compõem sua competência originária – como, por exemplo, a questão das políticas públicas e a definição de como se gastar recursos estatais, tema intimamente ligado à efetivação dos direitos sociais-, contudo, como se está falando da efetivação de direitos assegurados – como é o caso dos direitos humanos em geral (incluindo-se os sociais) e do conceito de refúgio (como será visto na sequência) – parece não haver o que se questionar sobre a possibilidade de sua judicialização, aqui no sentido de se levar o caso à apreciação do Poder Judiciário.

A lei de refúgio falha duas vezes ao não determinar que os atos administrativos relacionados ao instituto são passíveis de revisão judicial, tanto ao dificultar a ampla defesa para os que têm a sua solicitação negada, tanto por dar brecha para decisões de concessão irregulares, como aconteceu no caso Cesare Battisti. Todavia, como já demonstrado, a Carta Magna dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantido indubitavelmente o controle sob estes atos.

Ainda, neste contexto vale trazer à tona o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é um órgão judicial autônomo, que tem como escopo interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos. A corte possui tanto função contenciosa, quanto consultiva, esta última função ocorre quando ela emite pareceres consultivos mediante provocação dos membros da Organização dos Estados Americanos no intuito de pacificar entendimentos, para que não restem dúvidas quando à aplicação dos dispositivos legais internacionais.

O Brasil reconheceu a competência de jurisdição da Corte Interamericana em 1998 por meio do Decreto Legislativo nº 89 e o país também está vinculado aos pareceres consultivos desde a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que ocorreu em 1992. Há dois importantes pareceres consultivos na Corte na seara dos direitos dos migrantes e refugiados, quais sejam, parecer de nº 18 e nº 21. Ambos, reconhecem que o devido processo legal deve ser assegurado em qualquer processo que se relacione com os direitos humanos. Vale trazer à baila parte do que a Corte expõe no parecer nº 21:

§140. Esta Corte reafirma o direito de toda pessoa a recorrer de todas as decisões finais adotadas no marco de processos migratórios, sejam de caráter administrativo ou judicial, especialmente aquelas que ordenam a expulsão ou deportação de um país ou deneguem uma permissão de ingresso ou permanência. Isto quer dizer que, em caso de decisão desfavorável, a pessoa deve ter o direito de submeter seu caso a revisão perante a autoridade judicial competente e apresentar-se perante ela para tanto. [...] §251 Caso a decisão seja adotada

pela autoridade administrativa, a revisão por parte de um juiz ou tribunal é um requisito fundamental para garantir um adequado controle e o escrutínio dos atos da administração que afetam os direitos fundamentais. (CIDH, 2014).

Desta feita, fica evidente que além de afetarem questões de Direitos humanos, os atos administrativos concernentes ao refúgio não se encaixam na ideia de discricionariedade do Poder Executivo, e por isso não escapam do controle judicial. As revisões das decisões administrativas pelo Poder Judiciário devem ser realizadas no intuito de provar abuso ou desvio de finalidade, como preleciona a doutrina do controle judicial dos atos administrativos. Essa orientação não representa uma atuação indevida do Judiciário na esfera do Executivo. Pelo contrário, esse ativismo judicial nas decisões de refúgio garantem o cumprimento dos compromissos de Direito Internacional dos Refugiados e Direitos Humanos assumidos pelo Estado brasileiro.

A concessão do Refúgio a Cesare Battisti gerou grande instabilidade diplomática entre o Brasil e Itália e além disto, por ter sido revertida pelo Ministro Cezar Peluso em sede de preliminar nos autos da Extradicação 1.085, levantou uma calorosa discussão quanto à possibilidade de controle judicial de atos administrativos. Entretanto, como constatado, o controle efetivado pelo STF tem aparato judicial.

Assim sendo, o capítulo terceiro, exporá os detalhes da preliminar do voto do relator Cezar Peluso nos autos da Extradicação 1.085, demonstrando, aos olhos do Relator, as principais contradições e ilegalidades da decisão que concedeu o status de refugiado a Cesare, embasando a necessidade de Judicialização do Refúgio para sua preservação.

4 DECISÃO DO MINISTRO RELATOR CEZAR PELUSO

O Ministro, no início de seu voto, traz à tona o quão possível e necessário é o controle judicial do ato administrativo de concessão do refúgio, dada a sua, já elucidada neste artigo, vinculação à Lei 9794/96 e importância para o próprio julgamento da Extradicação:

E não o há, desde logo porque, nos limites deste caso, como nítida questão prévia que se suscita, tem a legalidade do ato administrativo de ser conhecida e decidida pela Corte como tema preliminar, suposto profundamente vinculado ao mérito mesmo do pedido de extradição, que não pode deixar de ser julgado, se se dê por invalidez e ineficácia da concessão de refúgio. Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem

grosseiro abuso ou carência de poder jurídico. Em suma, a decisão do Senhor Ministro da Justiça não escapa ao controle jurisdicional⁴ sobre eventual observância dos requisitos de legalidade, sobretudo à aferição de correspondência entre sua motivação necessária declarada e as *fattispecie* normativas pertinentes, que é terreno em que ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos [...] (Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradicação 1.085).

Para o Ministro, visto que o artigo 33º da Lei do Refúgio estabelece a suspensão da Extradicação quando houver concessão do instituto, é necessário analisar a legalidade do ato dada a dimensão das consequências desta suspensão. Adiante, o Relator pontua que é necessário verificar se o ato do Ministro da Justiça baseou-se nas causas extrínsecas, estabelecidas em lei para a concessão do refúgio ou se ele foi além e invadiu a competência da Corte, por exemplo, tratando da controvérsia acerca da natureza dos crimes cometidos por Cesare:

Dizer, a autoridade administrativa, com estas ou outras palavras, para, como motivação necessária *ex vi legis*, justificar o ato concessivo de refúgio, que seriam políticos, e não, comuns, tais delitos, significaria evidentíssima e censurável invasão da competência constitucional da Suprema Corte. (Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradicação 1.085)

Ademais, continua demonstrando que a sua real intenção por meio da análise do referido ato, reside, meramente, em observar se os motivos dados pelo Ministro da Justiça para justificar a concessão estão de acordo com a realidade dos fatos:

Em palavras mais simples, cumpre ver se, para justificar a concessão de refúgio ao extraditando, deveras constam fatos invocados e provados, capazes de corresponder à hipótese de ‘fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. (Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradicação 1.085).

Posteriormente aos esclarecimentos sobre a possibilidade e necessidade do controle judicial do ato administrativo. Cezar Peluso começa a analisar se os fundamentos do ato correspondem ao suporte fático da norma vinculante. Ou seja, se estão em consonância com o que está exposto no artigo 1º da Estatuto dos Refugiados, usado como fundamento na decisão de Tarso:

I – devido a **fundados temores de perseguição** por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou **opiniões**

políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país.

Os fundamentos que levaram à decisão do Ministro Tarso Genro, nas palavras do Relator, foram:

(a) que a Itália deixou de atuar como Estado Democrático de Direito nos “anos de chumbo”, fazendo uso de leis de exceção para reprimir os movimentos políticos e grupos armados;

(b) que o Estado estava tomado por “poderes ocultos” que excederam os limites da situação de exceção, por meio de irregularidades, que inclusive influenciaram na condenação de Cesare Battisti;

(c) que a natureza dos crimes do Italiano é política, pelo fato dele ter sido preso em divisão policial de operações especiais, onde se abrigavam os presos políticos; e

(d) que o extraditando teve que fugir da França por decisão política, dada a revogação da Doutrina Mitterand;

Com relação ao primeiro argumento da decisão de Ministro Tarso, o Relator esclarece que a alegação não merece prosperar, pois, mesmo que se considere que à época das condenações o governo Italiano estava agindo de maneira contrária à democracia, afirmar que existe “atual” fundado temor de perseguição, é o mesmo que anunciar que ainda “atualmente” o governo continua sendo arbitrário ou de Exceção. E, que além disto a prisão durante o “suposto” período de exceção não justifica o argumento de perseguição política, nem tão pouco a execução de crimes durante este período oferece a possibilidade de presumi-los como de natureza política.

Mesmo considerando a hipótese, o Ministro traz à tona textos de historiadores britânicos que descrevem o cenário político da época. E, por meio da leitura dos relatos, é possível constatar que, as medidas impostas pelo Governo da Itália foram simplesmente formas de repressão aos grupos rebeldes, que não eram apenas contrários à ordem, mas também recorriam à violência para desenvolver suas ações contra o capitalismo.

Inclusive, as medidas do Governo italiano sempre eram votadas no parlamento e os partidos de esquerda continuavam existindo e tendo sua participação nas votações. Ademais, o Relator ainda defende o instrumento da delação premiada que também foi usado como argumento para a decisão de Tarso, elucidando que esta é uma prática comum utilizada inclusive no Brasil. E finaliza afirmando que é de competência do órgão jurisdicional a análise destas controvérsias:

E, de todo modo, não custa advertir que a existência hipotética de um regime autoritário não seria absolutamente incompatível com a ideia ou a possibilidade de um concreto processo legal e justo, cuja justiça e legalidade, em pedido de extradição, só

podem ser avaliadas pelo órgão jurisdicional competente!
(Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradicação 1.085).

No exame do segundo argumento, Peluso reconhece que houve um descompasso histórico de referência. Que de fato, ocorreu um evento chamado de “Strage di Piazza Fontana”, oriundo da explosão de poderosa bomba na sede do Banco de Agricultura de Milão, entretanto, 10 anos antes dos crimes de Cesare. E, que alegar que o “governo do Estado requerente estava infiltrado de forças políticas eversivas, cujo poder oculto superou e excedeu a legalidade” é uma afronta à idoneidade e isenção da magistratura Italiana.

O terceiro argumento versa sobre a natureza política dos crimes de Cesare. E o Relator, não tarda a expor que o Ministro da Justiça não teria competência para fazer tal enquadramento, dado o que preceitua o artigo 102, I, “g” da Constituição Federal. A configuração ou não de crime político, é causa intrínseca da extradicação, portanto, cabe, unicamente ao Supremo Tribunal Federal fazer esta análise. Ainda esclarece que, nas hipóteses de concessão de refúgio, inexistente a condição de condenação por crime político do solicitante:

Ora, nos claríssimos termos do disposto no art. 77, § 2º, da Lei federal nº 6.815/1980, cc. Art. 102, I, g, da Constituição da República, cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração, o que, sem resquício de dúvida, significa outorga de competência exclusiva para definir se o fato constitui crime comum ou político. Essa é a razão óbvia por que, dentre as hipóteses específicas de reconhecimento da condição de refugiado, previstas no art. 1º da Lei federal nº 9.474/1997, não consta a de que a pessoa tenha sido condenada por delito político. (Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradicação 1.085).

O ministro ainda expõe que, a concessão do refúgio não deve ser feita a partir da simples configuração de um crime político. Ficando claro que, mesmo na existência de crimes políticos, a perseguição política não deve ser presumida, principalmente em um Estado Democrático de Direito como a Itália, onde todos os cidadãos têm o direito de opor-se sobre o Estado. É necessário a análise de outros elementos, por exemplo, como o Estado responderá a tais crimes:

E será a maneira como tal Estado irá comportar-se diante da prática de crime de inspiração política que demonstrará o grau de confiabilidade das instituições e de segurança dos cidadãos. Mas não se lhe pode imputar a pecha de perseguir uma pessoa ou de não tomar as medidas indispensáveis para protegê-la, garantindo seus direitos, pelo só fato de, nos termos da lei, movimentar a

máquina repressiva para coibir e punir eventuais delitos. (Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradução 1.085).

Por último, o Relator esclarece que o quarto argumento é “impertinente às inteiras”. Pois, entende que por meio do artigo 1º da Lei do Refúgio não interessa ao julgamento a relação de Cesare Battisti com um terceiro país. Ou seja, apenas é relevante a ligação do extraditando com a Itália.

Peluso ainda afirma que, na verdade o que há é um temor de “persecução penal” do extraditando, que não justifica o deferimento de status de refúgio. Ou seja, um fugitivo, que cometeu crime comum, que está temendo as consequências penais de seus atos, não pode em hipótese alguma ser considerado refugiado.

E além de tudo, deve ser observado se as leis do país de onde foge o indivíduo obedecem às diretrizes dos Direitos Humanos. Ou seja, no caso em questão, além do fato de que Cesare estava fugindo de uma persecução penal, ainda vale pontuar que, a Itália não se enquadra na hipótese de governo que desrespeita os princípios dos Direitos Humanos. Para esclarecer ainda mais, vale trazer a própria definição do ACNUR sobre o assunto:

(d) Punição

56. Deve-se distinguir perseguição de punição prevista por uma infração de direito comum. As pessoas que fogem de procedimentos judiciais ou à punição por infrações desta natureza não são normalmente refugiados. Convém lembrar que um refugiado é uma vítima - ou uma vítima potencial - da injustiça e não alguém que foge da justiça.

57. A distinção acima pode, no entanto, por vezes, ser menos clara. Em primeiro lugar, uma pessoa culpada de uma infração de direito comum pode ser alvo de uma pena excessiva que pode ser equivalente a perseguição no sentido da definição. Além disso, os procedimentos judiciais pelas razões mencionadas na definição (por exemplo, no que se refere a educação religiosa “ilegal” dada a uma criança) podem, por si só, equivaler a perseguição.

58. Em segundo lugar, surgem casos em que uma pessoa, além de reacear os procedimentos judiciais ou a punição por um crime de direito comum, pode, também, ter “fundado temor de ser perseguida”. Nestes casos, a pessoa em causa é um refugiado. No entanto, pode ser necessário ponderar se o crime em questão não é de uma gravidade tal que leve o requerente a ser abrangido por uma das cláusulas de exclusão. Ver parágrafos 144 a 156.

59. A fim de determinar se os procedimentos judiciais equivalem a perseguição, será também necessário considerar

as leis do país em causa, pois é possível que a lei não esteja em conformidade com os padrões aceitos em matéria de direitos humanos. Mais frequentemente, contudo, pode não ser a lei mas a sua aplicação que é discriminatória. Procedimentos judiciais por ofensa à "ordem pública", por exemplo por distribuição de panfletos, podem ser um meio de perseguição do indivíduo devido ao conteúdo político da publicação.

Ademais, o Relator, pontua a última, porém, mais importante controvérsia. O refúgio, como visto no terceiro capítulo deste artigo, é limitado por cláusulas de exclusão, ou seja, importa para a concessão deste se o indivíduo requerente tenha agido de acordo com os princípios e finalidades da ONU. Assim, vale expor primeiramente o que diz o manual da ACNUR sobre o tema:

31. As cláusulas de inclusão definem os critérios que uma pessoa deve satisfazer para ser refugiado. Constituem os critérios positivos no reconhecimento do estatuto de refugiado. As cláusulas ditas de cessação e de exclusão têm um significado negativo; as primeiras indicam as condições em que um refugiado perde essa qualidade e as segundas enumeram as circunstâncias em que uma pessoa é excluída da aplicação da Convenção de 1951, mesmo que satisfaça os critérios positivos das cláusulas de inclusão.

Bem como o que está disposto nas cláusulas de exclusão da Lei nº 9.474/97:

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR; II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; III - **tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas**; IV - sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

Também, o artigo XIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948:

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Para fundamentar sua decisão, afastando as cláusulas de exclusão, o Ministro Tarso usou de argumento esdrúxulo, alegando que nas sentenças prolatadas contra o extraditando não houve a indicação de “crime contrário aos princípios das Nações Unidas” ou à de “crime hediondo”, argumento o qual foi fortemente rechaçado pelo Relator:

Por fim, assinala-se que não há impedimentos jurídicos para o reconhecimento do caráter de refugiado do Recorrente. Embora se reporte a diversos ilícitos que teriam sido praticados pelo Recorrente, em nenhum momento o Estado requerente noticia a condenação do mesmo por crimes impeditivos do reconhecimento da condição de refugiado, estabelecidos no art. 3º, inc. III, da Lei n.º 9.474/97, o que importa no afastamento das vedações estabelecidas no citado comando legal: Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: (...) III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas”. (Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradicação 1.085).

Como bem defendeu o Relator, os 4 crimes cometidos por Cesare Battisti falam por si só sobre sua gravidade e afronta aos princípios e diretrizes da ONU e também se encaixam perfeitamente nas exclusões estabelecidas pela lei em apreço. Desta feita, o Ministro Relator termina sua preliminar afirmando que:

Daí vem, desde logo, a existência de condição legal excludente da concessão de refúgio, como só remate e reforço do quadro da **indiscutível ilegalidade de que se revestiu a decisão administrativa** que o deferiu ao extraditando. **Trata-se, portanto, de ato administrativo, que, por sua manifesta, absoluta e irremediável nulidade e ineficácia**, não pode opor-se à cognição nem a eventual procedência do pedido de extradição, como, ademais, há de ficar ainda mais translúcido no exame do mérito. **O ato é ilegal. Era correta a decisão do CONARE.** (Voto do Ministro relator Cezar Peluso na Extradicação 1.085).

Frente ao exposto, a participação do Supremo Tribunal Federal na anulação do status de Refúgio a Cesare Battisti que foi concedida de maneira ilegal pelo Ministro

Tarso Genro e aconteceu com estrito respaldo legal, demonstrou a extrema importância do controle jurisdicional do instituto “Refúgio” para que este seja utilizado de maneira correta, não só impedindo negativas ilegais, mas também evitando a degradação de sua credibilidade, por concessões ilegítimas realizadas pelos administradores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou avaliar a construção jurídica pela qual aconteceu o controle judicial sob a decisão que deferiu o status de refugiado a Cesare Battisti, bem como analisar a importância da judicialização do refúgio para a proteção deste instituto jurídico. Diante do exposto, pode-se inferir que o controle dos atos administrativos, no que concerne à legalidade destes, é extremamente possível e importante para a concretização de um Estado de Direito fundamentado nos princípios constitucionais.

Além disto, o Refúgio, diferentemente do Asilo, é considerado um ato vinculado, pois, para sua concessão a lei deve ser seguida estritamente. Assim, de maneira lógica, percebe-se que os atos administrativos referentes ao Refúgio, por precisarem estar em conformidade com a legislação administrativa, devem sem dúvidas, ser apreciados pelos órgãos judiciários.

Porém, o caso de Battisti deixa nítido que a Lei 9474/97 falha ao afirmar em seu art. 41º que “a decisão do Ministro de Estado da Justiça é irrecorrível”, pois cria um óbice à participação do Judiciário ao não determinar que os atos administrativos relacionados ao instituto são passíveis de revisão judicial, dando brecha para que manobras ilícitas sejam realizadas por meio de concessões irregulares. Não há como negar que essas decisões têm caráter político e são referentes aos desejos do Estado, contudo, elas afetam diretamente Direitos Fundamentais e, portanto, não há o que se falar na impossibilidade de apreciação pelo Judiciário.

À exemplo disto, como visto, Battisti encaixava-se de logo nas cláusulas de exclusão estabelecidas pela Lei do Refúgio Lei 9474/97. Todavia, provavelmente por almejar a suspensão do seu processo de Extradicação, que tem previsão no art. 33º da mesma lei, ele optou pelo Refúgio em detrimento do Asilo, realizando nítida manobra para beneficiar-se. Diante disto, a participação do Supremo Tribunal Federal na anulação do status de Refúgio a Cesare Battisti foi realizada em estrita possibilidade prevista na legislação, como constato no terceiro capítulo deste artigo. Além disto, demonstra a necessidade da existência de uma definição legal ou prática de como o Poder Judiciário deve agir ao se opor ao Poder Executivo no que concerne aos atos administrativos sobre o instituto do Refúgio, no intuito de preservar sua credibilidade, vez que possui papel fundamental na efetivação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. 19? Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 20 maio 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em: 21 maio 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação nº 1.085**. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: [HTTPs://www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br). Acesso em 28 de maio 2020.

CARTAGENA. Declaração de Cartagena de 1984. Agência da ONU para Refugiados. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra. A judicialização do refúgio. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **60 Anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural, 2011. p. 163-178

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011,

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, **Baron de la. Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA, J. B. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. **Revista Brasileira de Política Internacional**. 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.) **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural. 2011. p. 15-43.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005

Data do recebimento: 27 de abril de 2020

Data da avaliação: 18 de setembro de 2020

Data de aceite: 18 de setembro de 2020

1 Acadêmica em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT. E-mail: isabeelafermandes321@gmail.com
2 Doutora e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Graduação em Comunicação Social e Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Professora adjunta do Centro Universitário Tirantes – UNIT. E-mail: mariacarmen.chaves@gmail.com