

LUCIANA FERRAZ SILVEIRA

O CONTROLE POLÍTICO DA EXTRADIÇÃO:

O caso de Cesare Battisti

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MINAS GERAIS

2010

LUCIANA FERRAZ SILVEIRA

O CONTROLE POLÍTICO DA EXTRADIÇÃO:

O caso de Cesare Battisti

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Msc. Eder Marques de Azevedo.

FIC – CARATINGA

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada:

elaborada pelo Aluno:

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial À obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Caratinga, de de

.....

Orientador

.....

Examinador

.....

Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por me permitir superar os obstáculos em meu caminho e seguir em frente.

À minha família e amigos, pelo amor, carinho, apoio e pela paciência que tiveram comigo.

Ao professor Éder, por ter me auxiliado na construção deste trabalho de pesquisa, e a professora Juliana por ter sempre me incentivado.

AGRADECIMENTOS

A realização desta monografia contou com o incentivo e apoio de pessoas especiais, as quais eu não poderia deixar de agradecer.

Cada um ao seu modo contribuiu para que eu pudesse encontrar a força necessária para que eu pudesse superar minhas limitações e as dificuldades inerentes à graduação e a elaboração de um trabalho como este.

Ao meu orientador Eder, pela disponibilidade, dinâmica, eficiência e presteza nas informações e orientações essenciais para o desenvolvimento deste trabalho. Que não obstante a agenda atarefada, sempre conseguiu um tempo para estar debatendo e sugerindo melhorias neste trabalho, enriquecendo ainda mais o meu estudo. Juntos vencemos barreiras e superamos as dificuldades. A você dedico o meu respeito e admiração.

À professora Juliana que esteve comigo no início deste trabalho sempre me motivando, esse trabalho também é seu.

Aos meus amigos de caminhada e da Comissão de Formatura, Imaculada, Michele, Jeferson, Laiane, Ramon e Cezar, Ingrid e Kercilene que foram grandes companhias, dentro e fora de sala de aula, pelos tantos momentos bons que passei ao lado de vocês e que certamente nunca esquecerei.

À Daniella, minha amiga de sempre, que esteve e está presente em todos os momentos da minha vida. Neste momento especial você não poderia faltar, este mérito é todo nosso.

Ao Loo, por me motivar e incentivar ao longo deste ano. Sempre me ajudando a ser uma pessoa melhor. Obrigada pelo carinho e paciência e pelo auxílio técnico, sem você me auxiliando, este trabalho com certeza não estaria pronto.

Ao professor Vagner, por ter sido tão atencioso e compreensivo ao longo deste ano, você merece todo reconhecimento e admiração.

Ao meu pai, Válter Silveira Melo Júnior, por me proporcionar esta grande conquista e por sempre ter acreditado no meu potencial. Te amo pai.

À minha mãe, Tânia Aparecida Ferraz Melo, por sempre me acompanhar e incentivar, mesmo nos momentos mais difíceis. Te amo mãe.

Aos meus irmãos, Juliana e Neto, e ao meu sobrinho Guilherme, pelo apoio e carinho, com vocês ao meu lado tudo ficou mais fácil. Amo muito vocês. Muito obrigada!

À Vó Didi, que sempre acreditou no meu sucesso e contribuiu para essa conquista e à Vó Lúcia, que mesmo não estando mais presente eu tenho certeza que sente muito orgulho de mim.

Aos meus familiares, que cada um a sua forma fizeram parte dessa conquista.

Ao Dr. Jayme e a Dra. Emília pelo apoio e paciência. Sem a compreensão de vocês, este trabalho não estaria finalizado.

Gostaria de deixar o meu sincero agradecimento a todos que me ajudaram de alguma forma na elaboração desta monografia.

RESUMO

No Direito Constitucional Brasileiro, a competência originária para se processar e julgar a extradição é do Supremo Tribunal Federal, de acordo com previsão expressa no artigo 102, inciso I, alínea g, da Constituição da República de 1988. Em sintonia com a Constituição de 1988, o Estatuto do Estrangeiro afirma em seu artigo 83 que não poderá haver extradição sem que a Suprema Corte se pronuncie acerca de sua legalidade e procedência e inclusive o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal reitera os entendimentos anteriores em seu artigo 207. Entretanto, o Presidente da República, enquanto Chefe de Estado, evoca para si a competência para tratar de assuntos de natureza internacional, envolvendo matéria diplomática. Logo, percebe-se que existem claras divergências no mundo jurídico acerca do tema proposto, haja vista que um possível deferimento da extradição solicitada por Estado estrangeiro no julgamento do Supremo Tribunal Federal poderia estar ameaçado pela revogação do Presidente da República. Dessa forma, há a necessidade de se manter o equilíbrio entre os Poderes, garantindo que eles possam continuar independentes e harmônicos como devem ser, respeitando o sistema de freios e contrapesos, arcabolo do princípio da separação dos poderes.

Palavras chave: separação dos poderes; extradição; controle político.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	12
CAPÍTULO I - O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	14
1.1. O princípio da Separação dos Poderes e os antecedentes.....	14
1.2. A evolução da teoria da separação de funções e o sistema de freios e contrapesos.....	19
1.3. A positivação da teoria da separação dos poderes.....	21
1.4. Funções típicas e atípicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.....	23
CAPÍTULO II – COMPETÊNCIAS ORIGINÁRIAS.....	25
2.1. Previsão constitucional da competência originária do Executivo e as prerrogativas do Presidente da República como Chefe de Governo e como Chefe de Estado.....	25
2.2. Atos vinculados e discricionários: o cabimento do controle político dos atos administrativos.....	28
2.3. Competência Constitucional do Poder Judiciário e a participação nos atos políticos.....	30
CAPÍTULO III – EXTRADIÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO.....	37
3.1 A relação entre extradição, asilo e Refúgio no Brasil.....	30
3.2 A previsão normativa da extradição: A Constituição da República e o Estatuto do Estrangeiro.....	41
3.3 O processo de extradição no Direito brasileiro.....	45
3.4 O caso de Cesare Battisti e os precedentes do Supremo Tribunal Federal.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia sob o tema “O controle político da extradição: O caso de Cesare Battisti” tem por objetivo destacar como o impacto da interferência de um poder no outro, neste caso em específico, dos Poderes Executivo e Judiciário, resulta em desobediência ao cânone constitucional, o qual seja o princípio da separação dos poderes.

Sendo assim, levanta-se como problema se a interferência do Presidente da República no julgamento da extradição solicitada por Estado estrangeiro do Italiano Cesare Battisti configura lesão ao referido princípio, uma vez que a Constituição da República prevê expressamente que a competência originária para se julgar a extradição é do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito tem-se como metodologia, a realização de pesquisas doutrinárias. Trata-se de uma pesquisa teórico-dogmática, com vertentes transdisciplinares, a saber o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público, o Direito Administrativo e o Direito Penal.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, cuja tese central de seus trabalhos aponta que:

[...]a independência do Poder Judiciário, e dos juízes em particular, é essencial para que possam garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais, pois os tribunais nacionais constituem, normalmente, o primeiro recurso do indivíduo contra a violação de tais direitos. Desse modo, o exame judiciário da extradição é a maneira pela qual se garante observância dos direitos fundamentais e efetiva-se a preocupação pelas garantias individuais, buscando um equilíbrio entre os direitos do homem e as exigências de cooperação através da regra *due process of Law*.¹

A partir de então encontra-se substrato na hipótese de que a apreciação de mérito pelo Presidente da República, enquanto Chefe de Estado, acerca da extradição deferida pelo Supremo Tribunal Federal na exclusão de crime

¹LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 144.

político, fere o princípio da separação dos poderes e a ordem pública, tendo em vista que se trata de competência originária do próprio Poder Judiciário, tal como prescreve o artigo 102, inciso I, alínea g da Constituição da República de 1988.

O Estatuto do Estrangeiro afirma em seu artigo 83 que não poderá haver extradição sem que a Suprema Corte se pronuncie acerca de sua legalidade e procedência e o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal confirma o entendimento anterior em seu artigo 207.

Logo, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário no processo e julgamento da extradição é legítima. Nesse sentido a presente monografia é dividida em três capítulos distintos.

No primeiro capítulo intitulado “O Princípio da Separação dos Poderes” pretende-se destacar a importância de tal princípio no universo jurídico brasileiro, haja vista que somente com o conhecimento profundo dos cânones constitucionais poderá se ter a visão desejada para o entendimento do presente trabalho.

Há a necessidade de demonstrar os antecedentes e a posituação do princípio, haja vista a sua importância dentro do ordenamento jurídico.

Já no segundo capítulo denominado “Competências Originárias” apontam-se os elementos fundamentais para a delimitação da competência originária do Poder Judiciário e do Poder Executivo, com o objetivo de se definir quais são essas competências e até quando um Poder pode interferir dentro da esfera do outro.

Nesse capítulo será abordado o controle político dos atos administrativos e a participação do Poder Judiciário nos atos políticos, visando a compreensão não só das funções típicas, mas também das funções atípicas tanto do Poder Executivo quanto do Judiciário. Ressalta-se também neste segundo capítulo, as prerrogativas do Presidente da República como Chefe de Governo e como Chefe de Estado.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “Extradição no Estado Brasileiro” encerra a discussão pretendida ao dispor sobre o processo de extradição e a sua normatização.

Nesse capítulo, o instituto da extradição será amplamente detalhado através da sua previsão normativa, o qual seja a Constituição da República, o Estatuto do Estrangeiro e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Analisa-se também os precedentes do Supremo Tribunal Federal e o Caso de Cesare Battisti que se mostra único, atual e peculiar dentro do universo jurídico merecendo destaque por esta monografia. Será analisado todo o histórico deste caso, fazendo um cronograma até os dias atuais procurando sempre contextualizar os acontecimentos.

Desse modo, procurou-se demonstrar de forma objetiva e clara os elementos que corroboram o presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca do exercício do controle político por parte do Presidente da República enquanto Chefe de Estado, diante do deferimento da extradição solicitada por Estado estrangeiro por decisão do Supremo Tribunal Federal, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais, com o objetivo de definir corretamente a quem pertence a competência para processar e julgar a extradição.

Nesse propósito devem ser considerados os seguintes conceitos dentre os quais se incluem o princípio da “separação dos poderes”, o instituto da “extradição” e a concepção de “controle político”, os quais passa-se a explicar a partir de então.

No que diz respeito ao princípio da separação dos poderes, a doutrina entende que:

A teoria da separação dos poderes surge em decorrência das próprias vicissitudes humanas, direcionando-se à preservação das liberdades dos cidadãos, que será tão maior quanto menor forem os abusos perpetrados pelos detentores do poder. Para impedir que a tendência de abusos seja concretizada, mister que os poderes estatais sejam concentrados em entes autônomos, de tal sorte que o poder freie o próprio poder, contrabalançando-se uns aos outros.²

Ademais, segundo José Francisco Resek:

Extradição é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de indivíduo que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena. Cuida-se de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados.³

² BARIONI, Danilo Mansano. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p. 27 e 28.

³ RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.

Por fim, a ideia de controle político, aquele baseado de um Poder perante o outro da consumação do ato em si em que se manifeste determinado interesse no direito brasileiro evoluiu.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho,

De um lado, temos o controle político, aquele que tem por base a necessidade de equilíbrio entre os Poderes estruturais da República – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Nesse controle, cujo delineamento se encontra na Constituição, pontifica o sistema de freios e contrapesos, nele se estabelecendo normas que inibem o crescimento de qualquer um deles em detrimento de outro e que permitem a compensação de eventuais pontos de debilidade de um para não deixa-lo sucumbir à força de outro. São realmente freios e contrapesos dos Poderes políticos.⁴

Logo, estes foram os conceitos centrais que permitirão o correto entendimento desta monografia.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 891.

CAPÍTULO I - O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 O princípio da separação dos poderes e os antecedentes

O poder constitui questão central de várias teorias políticas, que não se limitam a estudá-lo como um fato social, mas sim como ele pode ser obtido no contexto dos Estados ao longo dos tempos e como este poder foi se descentralizando.

Historicamente, o absolutismo se encontra ligado à administração dos Estados europeus que surgiram a partir do século XIV d. C, e tinham como forma de governo a Monarquia Absolutista⁵ que era caracterizado pelo poder fortemente centralizado na figura do Rei, o qual de confundia com o próprio Estado.⁶

De acordo com pesquisas realizadas em obras de Teoria Geral do Estado, pode-se afirmar que as ideias do regime absolutista, tratando, portanto, das Monarquias Absolutistas, manifestaram-se paralelamente ao Estado Moderno a partir do século XV d. C e pode-se afirmar que “a justificativa para a centralização total de poderes na realeza baseava-se nos teóricos absolutistas, destacadamente Maquiavel, Hobbes e Bossuet”⁷. De acordo com Aderson de Menezes:

Esse absolutismo monárquico, caracterizado pela concentração dos poderes do Estado na pessoa dos soberanos, representava de qualquer sorte a conjunção das opiniões e das vontades para fins comuns, pela coexistência pacífica e coletiva, pela independência e engrandecimento das nações e pela segurança universal⁸.

⁵ ALVES, Ricardo Luiz. **A concepção de Estado de Thomas Hobbes e de John Locke**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 558, 16 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6181>>. Acesso em: 14 set. 2010.

⁶ VICENTINO, Cláudio. **História Integrada, 6ª série Ensino Fundamental**. Ed. Scipione: São Paulo, 2002, p. 66.

⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁸ MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 118.

Na Idade Moderna, o sistema de coação política e social não se baseava em um sistema de controle centralizador conforme visto anteriormente, mas sim em uma forma de controle administrativo e semiautônomo do soberano, controle esse que foi sendo limitado ao longo dos tempos.

O Estado Totalitário surgiu nos tempos de revoluções. O nome veio a ser dado por Benito Mussolini, quando afirmou: *“Tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato”* (Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado).⁹

As primeiras ideias totalitárias podem ser encontradas no jacobismo¹⁰ da Revolução Francesa, a qual exigia sua aceitação total por parte dos cidadãos a seus princípios, ameaçando a vida de todos os inconformados, proibindo a formação de partidos contrários ao governo¹¹.

Sobre as ideias totalitárias surgiram duas principais teorias formuladas por, Hannah Arendt em 1951 e por Carl J. Friedrich e Zbigniew K. Brzezinski em 1956¹².

Segundo a cientista política Hannah Arendt.

O Totalitarismo é uma forma de domínio radicalmente nova porque não se limita a destruir as capacidades políticas do homem, isolando-o em relação à vida pública, como faziam as velhas tiranias e os velhos despotismos, mas tende a destruir os próprios grupos e instituições que formam o tecido das relações privadas do homem, tornando-o estranho assim ao mundo e privando-o até de seu próprio eu.¹³

O totalitarismo manteve o Estado centralizando todos os poderes políticos e administrativos, intervindo em toda e qualquer manifestação individual e controlando na maior medida possível a vida dos seus habitantes.

⁹ OLIYNIK, Anatoli. **Totalitarismo**. Disponível em <http://www.samauma.com.br>. 14 set. 2010.

¹⁰ Movimento político revolucionário fundado em Paris em 1789.

¹¹ OLIYNIK, Anatoli. **Totalitarismo**. Disponível em <http://www.samauma.com.br>. 20 set. 2010.

¹² MELO, Maria Gorete de Araújo. **As formas totalitárias na Análise de Hannah Arendt**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis>. 10. set. 2010.

¹³ *Idem*.

Esse regime político foi concebido em uma época na qual o capitalismo passava por uma séria crise. Após a Primeira Guerra Mundial, a crise econômica nos EUA havia aumentado com a guerra ficando conhecida como Grande Depressão. “Com o capitalismo em crise e com seus conceitos questionados, houve o surgimento de um regime que procurou ter um Estado forte para que não houvesse transformações”¹⁴.

A liberdade de pensamento cedeu lugar à censura e à repressão, e o totalitarismo começou a se espalhar por alguns países, cada um com seu nome, mas sempre mantendo suas particularidades.

No início do século XVIII, adveio do iluminismo o liberalismo moderno. Sua evolução pode ser verificada com a existência de três etapas interdependentes.

Em sua primeira fase, o Estado Liberal teve como referência a Constituição americana de 1787 e a Revolução Francesa em 1789. A partir destes marcos, o modelo liberal difundido pela burguesia emergente e revolucionária foi aceito por diversos países em suas respectivas ordens constitucionais se caracterizando pela inclusão na constituição de direitos individuais, podendo ser destacado a proteção à propriedade privada¹⁵.

Essas garantias individuais só seriam efetivadas a partir de um não-agir do Estado. Assim tais direitos seriam como uma forma de coibir um comportamento positivo do Estado que também não deveria intervir no domínio econômico, em adoção ao modelo liberal ensinado na “Teoria de Adam Smith”¹⁶.

Mesmo mantendo algumas características da fase anterior, como a limitação do poder estatal e a consagração dos direitos fundamentais,

¹⁴ MELO, Maria Gorete de Araújo. **As formas totalitárias na Análise de Hannah Arendt**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis>. 10. set. 2010.

¹⁵ MARTINEZ, Vinício C. **Estado liberal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1276, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9335>>. Acesso em: 10 set. 2010.

¹⁶ É a teoria do Bem-Estar Econômico, segundo a qual o mercado, se operando livremente sem a presença regulamentadora do Estado, se auto-ajustaria, dada à racionalidade e os atos egoístas dos agentes, como que conduzido por uma espécie de "Mão Invisível" para a maximização do bem estar econômico. Disponível em http://www.vestibular1.com.br/revisao/teorias_economicas.doc. 29. set. 2010.

surgiram, na segunda fase do Estado Liberal, os direitos políticos e o sufrágio universal.

Em sua última fase, o Estado Liberal mantém algumas de suas características essenciais como a limitação do poder estatal, a garantia dos direitos individuais e os direitos políticos consagrados com o sufrágio universal. Contudo, essa fase foi marcada por mudanças significativas. Afinal, influenciado por movimentos trabalhistas e socialistas, o Estado volta sua atenção para as reivindicações do povo.

Superado o Estado Liberal, surgem os direitos sociais, culturais e econômicos, com a chegada do Estado Social, que nasceu a partir das Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), após a Primeira Guerra Mundial, mas que ganhou força após o término da Segunda Grande Guerra substituindo, portanto, o Modelo Liberal¹⁷.

Interrompido durante anos pelo nazismo e pelo fascismo, o Estado Social ressurge no período pós-guerra com muito mais força, sendo chamado de Estado de Bem-estar Social, esta nova forma de governar visava dar proteção ao novo liberalismo social¹⁸.

O Estado deixa a postura de não intervenção social e econômica e passa a atuar no domínio econômico, passando a dar assistência contínua aos menos favorecidos do sistema social e econômico do sistema capitalista. Nesse contexto, alguns países que adotaram constituições sociais elevaram os seus direitos sociais e econômicos ao nível de normas fundamentais, havendo uma ampliação dessas normas acrescentadas aos já consagrados direitos individuais e políticos.¹⁹

O final da 2ª Guerra Mundial possibilitou o reencontro do Estado Social com o Estado de Direito, somando novos papéis que deveriam ser desempenhados pelo Estado a deveres introduzidos pelo Liberalismo. Entre as

¹⁷ MARTINEZ, Vinício C. **Estado liberal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1276, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9335>>. Acesso em: 10 set. 2010.

¹⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Tipos de Estado (globalização e exclusão)**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/estado/estado_excglobal. Acesso em: 10 set. 2010.

¹⁹ *Idem*.

conquistas dos cidadãos podem ser destacadas a “sujeição do Estado ao Direito, o respeito aos direitos individuais e a contenção do poder pela técnica da separação de poderes”²⁰.

Com o passar do tempo, foi surgindo à necessidade de existirem princípios do Estado de Direito, esses princípios servem até os dias atuais para prevenir uma expansão fora de controle do poder do Estado.

A criação de um Estado soberano serviu para as organizações políticas e para a garantia da paz jurídica. “No entanto, o poder que era suficientemente forte para proteger o cidadão e garantir o direito também era suficientemente forte para oprimi-lo e dispor arbitrariamente do direito”²¹. As instituições do Estado constitucional e de Direito predominaram, na maior parte, como solução ao desafio de um Estado absolutista.

Para promover o bem público, garantir as liberdades individuais e tomando medidas como precaução para impedir o arbítrio estatal foi necessário que o Estado operasse mediante uma determinada distribuição de competências através de uma coordenação de funções de regulação. Era necessário instaurar um sistema de separação de funções. Aderson de Menezes afirma que:

Foi essa múltipla atividade que culminou no aparecimento de uma teoria sobre os poderes estatais, cuja identificação inicial sofreu ao longo do tempo uma diferenciação gradual, à proporção que, nas diversas fases evolutivas, a autoridade, de início concentrada em uma pessoa ou na coletividade, passou a distribuir-se em uma verdadeira divisão de trabalhos e atribuições²².

A questão do Poder acabou sendo teorizada por pensadores como Locke e Montesquieu, e através de seus estudos a ideia da separação de funções alcançou grande significação. A relevância do poder constitui uma organização social dentro e fora do Estado sob novas medidas, motivo que

²⁰ CLÉVER, Clémerson Merlim. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

²¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p 384.

²² MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 245.

leva a sua limitação em vários domínios de formas inovadoras. Trata-se não apenas de distribuição de competências, mas também do equilíbrio entre as forças sociais²³.

Em tempos recentes, o Estado encontra-se em transformação, se apresentando como uma entidade vencida pela globalização econômica. A economia mundial e o imperialismo econômico se voltam contra a efetiva realização dos direitos fundamentais fazendo parecer que a crise é do Estado democrático de direito e de seus princípios²⁴. Assim, por causa dessas mudanças em que o mundo se encontra, merece destaque a redefinição do papel regulador do Estado, assegurando a sua legitimidade decisória através da participação popular.

Atualmente, mesmo com a passagem do tempo, não restam suspeitas de que essa questão continua contemporânea, constituindo a essência sobre a qual se baseia a moderna teoria do direito público²⁵.

Portanto, pode-se concluir que a implementação do princípio da separação dos poderes coincide com o início do Estado Moderno, ou seja, é reconhecido, à luz de Constituições, a partir do século XVIII, momento em que o constitucionalismo, enquanto movimento político, jurídico e filosófico, corrobora com a definição de Estados limitados por meio de Constituições.

1.2 A evolução da teoria da separação de funções e o sistema de freios e contrapesos

A origem da ideia de que o poder pudesse regular o próprio poder pode ser encontrada na obra “A Política”²⁶, de Aristóteles, que separou em três as funções do Estado em: poder deliberativo e decisório, que se destinava à

²³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 401.

²⁴ ROZICKI, Cristiane. **Do Estado Absoluto ao Atual**. Disponível em: www.factum.com.br/artigos/003.htm. acesso: 14 set. 2010.

²⁵ CLÉVER, Clémerson Merlim. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 52.

²⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Torrieri Guimarães. Coleção: A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002.

aprovação das leis; as funções de decisão e injunção atribuídas aos juízes e a jurisdição, utilizando-se dessas funções para distribuir tarefas ao Estado²⁷.

Platão e, posteriormente, Políbio, acreditavam que o programa de controle e moderação do poder teria uma referência organizada mais forte. Eles propuseram uma forma de governo mista, associando a ideia de distribuir o poder do Estado para limitá-lo. Políbio afirmou que:

Os diversos fatores de poder deveriam ser contrabalançados reciprocamente de modo que nenhum deles adquirisse preponderância, tornando-se fator decisivo, mas que todos permanecessem em equilíbrio, tal como uma balança; que as forças antagônicas se compensasse mutuamente e que assim se conservasse duradouramente a situação constitucional (...) Maquiavel afirmava que uma vigilância recíproca entre os poderes dos príncipes, dos nobres e do povo, coexistentes num e no mesmo Estado desse maior solidez a ele. (...) Althusius sugeria vigilância e fiscalização mútua entre os detentores do poder governamental. (...) Na visão de Cícero, a liberdade dos povos e a estabilidade do estado dependiam de uma forma de Estado equilibrada e moderada²⁸.

De acordo com a divisão de funções, John Locke, Henry Bolingbroke, Charles de Montesquieu e David Hume deram ao princípio uma importância política fundamental, convertendo o equilíbrio dos poderes num elemento indispensável à liberdade do Estado de Direito.

Adquirindo na Inglaterra o seu modelo de divisão de funções, Montesquieu afirmou que:

Tão só nos governos moderados que se encontra a liberdade política. Entretanto, ela nem sempre existe nos estados moderados; ela só existe neles quando não se abusa do poder; porém, a experiência mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e, assim, irá seguindo, até que encontre limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o próprio poder²⁹.

²⁷ BARIONI, Danilo Mansano. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p. 27.

²⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 407.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Martins Fontes. p. 166.

Segundo Zippelius “é necessária a pluralidade de poderes para manter sob controle a tendência natural de cada pessoa para abusar do poder”³⁰, afirmando a importância de colocar o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário nas competências de instituições distintas, acreditando que só assim se chegaria ao equilíbrio.

Consagrada na obra de Montesquieu, a teoria da separação de funções foi proclamada como princípio mundial, garantidor da liberdade política, sendo inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1789.

Entre a época de Montesquieu e a realidade atual aconteceram grandes transformações na sociedade. Para tanto, pode-se dizer que com relação ao princípio da separação de funções tem havido menos rigor que outras épocas, tendo em foco as modificações que o contexto histórico reivindica, e o aprimoramento da democracia.

Dessa forma, o funcionamento da teoria da separação de funções se mantém cheio de mérito e pertinência, isto é, “quem detém o poder tende a dele abusar, como também, para impedir os abusos, é necessário que o poder freie o próprio poder, através do sistema de freios e contrapesos”³¹. Esse é o ponto principal da teoria da separação de funções que “foi importada pelos fundadores da República Norte-americana em meados do século XVIII d. C. onde adquiriu a sua forma constitucional contemporânea”³².

De acordo com o pensamento de Alexandre de Moraes, acerca do sistema de freios e contrapesos:

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções

³⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 409.

³¹ BARIONI, Danilo Mansano. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p. 30.

³² ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 386, 28 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5484>>. Acesso em: 14 set. 2010.

estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (checks and balances).³³

Dalmo de Abreu Dallari confirma o pensamento anterior:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como freios e contrapesos.³⁴

O mecanismo de controle recíproco não pode ser tido como ultrapassado, pois relaciona-se com a garantia das liberdades políticas e fundamentais dos cidadãos, valores que sempre foram considerados rígidos estariam comprometidos no caso de relevância dos abusos que foram comprovados em decorrência da concentração e limitação do poder.

Conforme expressa Montesquieu, em “O espírito das leis”, os poderes são interdependentes e harmônicos entre si, ou seja, não atuam isoladamente. O processo legislativo é um excelente exemplo.

1.3 A positivação da teoria da separação das funções

Esta teoria surgiu em decorrência das próprias mudanças humanas, sendo consolidada, garantindo as liberdades individuais.

Nesse contexto, o princípio da separação de funções proporcionava a contenção do poder pelo poder, obtendo grande importância ao ter sido colocado de forma direta nas constituições americana, francesa e brasileira.

No Brasil, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário propostos por Montesquieu foram recepcionados pela Constituição da República, porém, “o primeiro constituinte acrescentou um outro poder, o Moderador, considerado a

³³MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional/Alexandre de Moraes**. - 21. ed. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 389.

³⁴DALLARI, Damo de Abreu, **Elementos da teoria geral do Estado**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184 - 185

chave de toda a organização política e atribuído ao imperador”³⁵ que destinava-se, segundo o art. 98 da Constituição Imperial a manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os outros poderes políticos.

Atualmente, toda Constituição é cercada de princípios fundamentais que dizem respeito ao seu núcleo essencial, tendo como determinação a própria estrutura do Estado de Direito neles baseado.

Dentre tais princípios, inclui-se o da separação de funções, que se apresenta nas Constituições brasileiras desde 1824, ganhando destaque na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 2º dispõe: “**São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário**”³⁶.(grifos nossos).

Haja vista as considerações pertinentes ao conteúdo do princípio da separação dos poderes à luz do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se considerar a sua íntima relação com o princípio da ordem pública (constitucionalmente explicitado em preceitos como o art. 136, caput). Nesse sentido, a ordem pública constitui o devido respeito e funcionamento efetivo das instituições democráticas, o que por corolário, deve-se incluir as instituições pertinentes aos três poderes. Por tais razões, depreende-se do significado da expressão “ordem pública” a relação de harmonia entre os poderes constituídos institucionalmente pelo Estado brasileiro à luz da Constituição da República de 1988.³⁷

Ocorreu, portanto, a positivação do princípio da separação de funções, o acesso no mundo jurídico de uma técnica formulada ideológica e teoricamente por Montesquieu.

³⁵ CLÉVER, Clémerson Merlim. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, 2. ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 28.

³⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, ANGHER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel.Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p. 583.

³⁷ AZEVEDO, Eder Marques de. *Disciplina de Direito Constitucional III*. [Notas de sala de aula], 2010.

1.4 Funções típicas e atípicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

De acordo com o estudado até este ponto, percebe-se que com o sistema de freios e contrapesos houve uma significativa amenizada da teoria de Montesquieu e conforme nos ensina Pedro Lenza:

A teoria da “tripartição dos poderes”, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados Modernos, só que maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpretação entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava uma separação pura e absoluta dos mesmos.³⁸

Logo, entre os Poderes, existem as funções típicas, também conhecidas como predominantes e conseqüentemente as atípicas que se referem às funções típicas dos outros Poderes.

Nesse entendimento, não há transgressão ao princípio da separação dos poderes, haja vista a flagrante necessidade das funções atípicas e a sua previsão constitucional. O quadro a seguir, demonstra exatamente o exposto acima.

PODER	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÃO ATÍPICA
LEGISLATIVO	Legislar, fiscalização financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo	Natureza executiva: ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licença a servidores etc. Natureza jurisdicional: o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I):
EXECUTIVO	prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração	Natureza legislativa: O Presidente da República, por exemplo, adota medida provisória, com força de lei (art. 62) Natureza Jurisdicional: O Executivo julga, apreciando defesas e recursos administrativos.

³⁸LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado/ Pedro Lenza**.13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338.

JUDICIÁRIO	julgar (função jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei	Natureza Legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, "a") Natureza executiva: administra v.g., ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, "f")
------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

FONTE: LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado/ Pedro Lenza** - 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339. (adaptado).

Entretanto, a existência das funções atípicas não permite que um Poder interfira como bem entenda na esfera de competências do outro. Há de se levar em conta que existem competências originárias conferidas pela Constituição da República e que elas devem ser obedecidas sob pena de nulidade dos atos praticados. Esse tema será trabalhado no próximo capítulo de forma detalhada.

CAPÍTULO II – COMPETÊNCIAS ORIGINÁRIAS

2.1 Previsão constitucional da competência originária do Executivo e as prerrogativas do Presidente da República como Chefe de Governo e como Chefe de Estado

A Constituição da República de 1988 definiu que no Brasil existe a tripartição dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário e que cada um desses Poderes possui sua própria competência e suas próprias atribuições que são determinadas constitucionalmente.

Conforme entendimento de Antônio Carlos Cura de Oliveira:

A distribuição de competências está intimamente ligada à função estatal de cada poder. Cabe ao Poder Legislativo exercer a função normativa, enquanto os Poderes Executivo e Judiciário ficam incumbidos, respectivamente, das funções administrativa e jurisdicional. Embora cada Poder possa e deva atipicamente exercer funções idênticas ou semelhantes aos dos outros, isto deve da sua função principal.³⁹

Antes de nos aprofundarmos na competência do Poder Executivo, se faz necessário uma breve introdução acerca das formas e sistemas de governo.

Com relação as formas de governo, elas podem ser monárquica e republicana. A primeira, de acordo com Aderson de Menezes afirma que, “A monarquia pode ser dada como a forma de governo em que a Chefia de Estado é exercida por um soberano, rei ou imperador, cuja ascensão ao trono se faz por hereditariedade e em caráter vitalício”⁴⁰.

Já a segunda forma de governo, a republicana, “(...)pode ser definida como a forma de governo em que a Chefia de Estado é exercida por um

³⁹ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010, p. 03.

⁴⁰ MENEZES, Aderson de, **Teoria Geral do Estado/Aderson de Menezes**; [atualização por José Lindoso]. – e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 212.

presidente, eleito pelo povo e empossado para o desempenho de funções periódicas⁴¹.”

Os sistemas de governo são vários, mas os que são pertinentes para o entendimento deste trabalho são: o parlamentarismo e o presidencialismo. Nas palavras de Darcy Azambuja, o parlamentarismo,

[...] é uma forma de governo, tendo por base o regime representativo, com separação atenuada de poderes, no qual se estabelece entre o Poder Executivo e o Parlamento composto de duas Câmaras uma íntima colaboração e contato permanente por intermédio de um órgão executivo, que é o Gabinete de Ministros, o qual partilha com o Chefe de Estado a direção do Governo, mas que não governa sem ter a confiança contínua do Parlamento, perante quem é politicamente responsável⁴².

Esse sistema possui como Chefe de Estado, o rei ou o Presidente da República e como Chefe de Governo o Primeiro Ministro. A Inglaterra, é um exemplo de país que adota o parlamentarismo como sistema de governo.

Já o sistema presidencialista, possui como ponto forte a autonomia do Presidente da República que:

[...] é um órgão do Estado, eleito pelo povo. É o Presidente Chefe do Estado e Chefe do Executivo, traçando a política geral e dirigindo a administração, com inteira autonomia em relação ao legislativo. É por isso plenamente responsável pelos atos de governo e de administração. Os ministros são seus auxiliares, por ele nomeados e demitidos livremente, e não tem política própria, e sim da do Presidente⁴³.

O Brasil é um país que possui a forma e o sistema de governo, respectivamente, republicana e presidencialista.

Logo, conclui-se que com relação ao Poder Executivo, as principais funções são a prática de atos de Chefia de Governo e de Estado. Esses atos são praticados pelo Presidente da República juntamente com os Ministros de

⁴¹ *Ibidem*, p. 215.

⁴² AZAMBUJA, Darcy, **Teoria Geral do Estado / Darcy Azambuja** – 38 Ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 304.

⁴³ *Ibidem*, p. 297.

Estado, conforme determina o artigo 76 da Constituição da República que prevê que: “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” e pelos artigos 21 e 84 da referida lei, que também trazem em suas redações essas competências.⁴⁴

De acordo com o artigo 21 da Constituição, destacam-se como funções relevantes atribuídas à União:

Art. 21 - Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

III - assegurar a defesa nacional;

IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

[...] ⁴⁵.

Pode-se observar que o artigo trata das funções da União que devem ser executadas pelo Presidente da República, enquanto Chefe de Estado.

Já o artigo 84 da Constituição da República prevê, como funções relevantes enquanto prerrogativas do Presidente da República, na condição de Chefe de Estado, as seguintes:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

[...]

XIX declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

⁴⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. ANGER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel.Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p. 212.

⁴⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. ANGER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel.Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p. 482.

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;⁴⁶

Corroborando as ideias acima, Alexandre de Moraes afirma que, “Na estrutura do Poder Executivo verifica-se a existência de duas funções primordiais diversas, quais sejam, a de Chefe de Estado e a de Chefe de Governo.”⁴⁷, que no caso do Direito Brasileiro, são exercidas pelo Presidente da República.

Assim, como Chefe de Estado, o Presidente representa, pois, nas suas relações internacionais (art. 84, VII e VIII, XIX), bem como corporifica, a unidade interna do Estado. Como Chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política (participação no processo legislativo), como nos de natureza eminentemente administrativa (art. 84, I, II, III, IV, V, VI, IX a XXVII). Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa.⁴⁸

Logo, conforme afirmado anteriormente pode-se concluir que o Presidente da República reúne em sua pessoa duas funções muito importantes, a de Chefe de Governo e a de Chefe de Estado, cujas atribuições são estabelecidas pela Constituição da República de maneira individual.⁴⁹

2.2 Atos vinculados e discricionários

⁴⁶ ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. ANGHER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel.Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p. 1.289.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional/ Alexandre de Moraes**. – 21. Ed. – São Paulo: Atlas, 2007 p. 445.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado/ Pedro Lenza**. 13. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 464.

Conforme analisado anteriormente, existe uma interferência legítima entre os Poderes. Logo, o Poder Judiciário, quando suscitado, não só pode como possui o dever de desempenhar o controle judicial dos atos administrativos tanto do Poder Executivo como também do Poder Legislativo.

Esse controle não é muito bem visto por Parte do Poder Executivo, porém, não há problema algum, uma vez que o uso dessa prerrogativa pelo Poder Judiciário advém do princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República, da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Isso significa dizer que o Poder Judiciário não pode deixar de agir quando necessário sob pena de afronta ao referido princípio constitucional.

Logo, conclui-se que existe um controle legítimo por parte do Poder Judiciário dos atos do Poder Executivo. Entretanto, segundo Antônio Carlos Cura de Oliveira, “[...]A oportunidade e a conveniência da realização do ato, ou seja, o mérito administrativo não se sujeitaria ao controle judicial, pois, do contrário, estaria o magistrado exercendo a função do administrador.”⁵⁰

Tendo em vista que existe uma corrente doutrinária que afirma que o mérito administrativo seria uma espécie de exceção ao controle judicial, sabe-se que ele é próprio dos atos discricionários. (Este tema será trabalhado com mais detalhes no item 2.3 deste trabalho).

O controle externo da Administração Pública permite o controle político dos atos administrativos pelo Poder Legislativo. No entanto, ao Poder Judiciário, não cabe alterar a discricionariedade presente nos atos administrativos.⁵¹

Diógenes Gasparini define os atos discricionários da seguinte forma:

São discricionários os atos praticados pela Administração Pública com certa margem de liberdade. A administração edita-os depois de uma avaliação subjetiva. São atos discricionários: os que outorgam permissão de uso do bem público. Nesses casos, a edição do ato ocorre depois de uma avaliação subjetiva da Administração Pública no que respeita ao mérito dado que a lei não prescreve para o agente público um só comportamento. Assim, segundo o interesse público do

⁵⁰ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 4. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010.

⁵¹ AZEVEDO, Eder Marques de. **Disciplina de Direito Constitucional III**. [Notas de sala de aula], 2010.

momento a autoridade competente defere ou indefere a solicitação do particular.⁵²

Vindo de encontro estão os atos vinculados, que, segundo José dos Santos Carvalho Filho,

Atos vinculados, como o próprio nome adjetivo demonstra, são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece. Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei. Exemplo de um ato vinculado: a licença para exercer profissão regulamentada em lei. Os elementos para o deferimento desse ato já se encontram na lei, de modo que ao agente caberá apenas verificar se quem o reivindica preenche os requisitos previstos⁵³ exigidos e, em caso positivo, deverá conferir a licença sem qualquer outra indagação.

Sabe-se que os atos administrativos em sua totalidade contém maior ou menor nível de vinculação. Porém, até mesmo os atos discricionários, que possuem uma liberdade maior quanto a sua execução, estão sujeitos às leis que gerem a sua realização.

De acordo com Antônio Carlos Cura Oliveira, “Por conseguinte, o grau de discricionariedade de um ato depende de sua maior ou menor vinculação à lei e à Constituição. Quanto maior a sua vinculação menos discricionário será o ato.” Logo, pode-se observar que estabelecer o grau de discricionariedade ou de vinculação dos atos administrativos é uma tarefa bem complexa⁵⁴.

2.3 Competência constitucional do Poder Judiciário e a participação nos atos políticos

⁵² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo/Diogenes Gasparini** – 15. Ed. Atualizada por Fabrício Mota. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 125.

⁵⁴ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 4. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010.

Para entender melhor acerca do tema proposto por esta monografia é essencial que se analise a competência constitucional do Poder Judiciário e a sua participação nos atos políticos.

Nas palavras de Alexandre de Moraes,

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Essa concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.⁵⁵

Existem vários órgãos do Poder Judiciário que desempenham a função jurisdicional, de acordo com o artigo 92 da Constituição, que estão enumerados a seguir:

Art. 92- São órgãos do Poder Judiciário:

- I. Supremo Tribunal Federal;
- II. Superior Tribunal de Justiça;
- III. Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV. Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V. Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI. Tribunais e Juízes Militares;
- VII. Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios⁵⁶.

Em relação aos referidos órgãos, José Afonso da Silva, afirma que:

⁵⁵ VIAMONTE, Sanches. *apud*. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional/Alexandre de Moraes**. – 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 475.

⁵⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. ANGER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel. Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p.502.

Temos aí a ordem judiciária do País, que compreende: (a) um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal; (b) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça; (c) as estruturas e sistemas judiciários, compreendidos nos itens 3 a 6 supra; (d) os sistemas judiciários dos Estados, Distrito Federal e Territórios⁵⁷.

Dentro da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário, possui a sua previsão nos artigos 92 a 126. Porém, o artigo que mais nos interessa é o 102, que traz as áreas de competência do Supremo Tribunal Federal.

José Afonso da Silva afirma que:

As matérias de competência do STF constam do art. 102, especificadas em três grupos: (1) as que lhe *cabem processar e julgar originariamente*, ou seja, como Juízo único e definitivo, e são as questões relacionadas no inc. I; (2) as que lhe incumbe *julgar, em recurso ordinário, e recurso extraordinário*, e são as indicadas no inciso II; (3) e, finalmente, as que lhe toca *julgar, em recurso extraordinário*, e são as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida envolve uma das questões constitucionais referidas nas alíneas do inc. III⁵⁸.

Destes três grupos, o mais importante é o primeiro, previsto no inciso I do artigo 102, que trata da competência originária do Supremo Tribunal Federal, haja vista, a presente monografia basear-se nesse assunto, conforme dito anteriormente.⁵⁹ Isso significa dizer que o fato que estiver sendo discutido perante o Tribunal será analisado em apenas uma instância.⁶⁰

⁵⁷ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – 16 Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 554.

⁵⁸ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – 16 Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 557.

⁵⁹ “A competência do STF – cujos fundamentos repousam na Constituição da República – submete-se a regime de direito estrito. A competência originária do STF, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida -, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I da Constituição da República. Precedentes. O Regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o STF, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e julgamento das causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema

De acordo com Pedro Lenza, “O STF reconheceu o princípio da reserva constitucional de competência originária e, assim, toda atribuição do STF está explicitada, taxativamente, no art. 102, I, da CF/88”.⁶¹

Conforme dito anteriormente no item 2.2., tentar estabelecer o grau de discricionariedade ou de vinculação dos atos administrativos é uma tarefa bem complexa. Os atos políticos, por exemplo, são dotados de um nível maior de discricionariedade quando comparados aos demais, haja vista que são praticados na utilização de competência constituída pela Constituição da República, o que admite o encaminhamento das estratégias e objetivos do Governo. Um excelente exemplo é a concessão do asilo político que será explanado no próximo capítulo.

Segundo Arthur Laércio Homci,

Os atos políticos são aquelas decisões tomadas pelo administrador público, pressupostamente lícitas, e que decorrem as escolhas pessoais (ou de grupos de gestão), no afã de atender a determinadas necessidades da sociedade, mas que poderiam ter sido tomadas de outra forma, de acordo com o alvitre do administrador. Em outras palavras, esses atos são a materialização das opções de caráter político feitas pelo administrante – e sua equipe de gestão –, geralmente possuindo fundamentação legal. Mas que não seriam ilícitos caso a decisão seguisse outro rumo.⁶²

Logo, estamos novamente falando do mérito administrativo e acerca deste tema existem duas correntes doutrinárias. A corrente contrária afirma que o Poder Judiciário não pode interferir nessa área. José dos Santos Carvalho Filho filiado na corrente, entende que:

ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal. (CF, art. 102, I, d). Precedentes” (Pet. 1.738 _ AgR, rel. Min, Celso de Mello.j. 1.º.09.00, DJ de 1º.10.99).

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional/Alexandre de Moraes**. – 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 523.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional/Alexandre de Moraes**. – 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 538.

⁶² FAGUNDES, Seabra. *apud*. HOMCI, Arthur Laercio. **Atos políticos e discricionariedade**. Elaborado em 08.2009. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13461>, dia 21 de out. de 2010.

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio da separação dos poderes”. E está de todo acertado esse fundamento : se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa que, na verdade, decorre da própria lei.⁶³

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini afirma que:

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e da oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública., conforme vem decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT, 446:213). Assim, o ato discricionário é suscetível de apreciação pelo Judiciário, desde que esse exame esteja restrito aos aspectos de legalidade. Qualquer defeito do ato administrativo no que concerne ao mérito será sanado pela própria Administração responsável pela sua prática. Esse saneamento não cabe ao Judiciário. A esse Poder é vedada a apreciação do ato administrativo no que respeita à oportunidade e conveniência, ou seja, ao mérito.⁶⁴

Corroborando as ideias dessa corrente, temos as seguintes jurisprudências:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
RMS 19829 PR 2005/0052229-1 (STJ)

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO ANALISAR O MÉRITO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO DE ILEGALIDADE. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. SÚMULA 473/STF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A concessão da promoção por ato de bravura está adstrita à discricionariedade do administrador, estando o ato **administrativo** submetido exclusivamente à conveniência e oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a valoração dos atos de

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 120.

⁶⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo/Diogenes Gasparini** – 15. Ed. Atualizada por Fabrício Mota. São Paulo: Saraiva, 2010, p.150.

bravura não ocorrem por meio de elementos meramente objetivos. Precedentes.

II - Consoante entendimento desta Corte, é defeso ao **Poder Judiciário** adentrar ao **mérito administrativo** de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a **análise** de eventual transgressão de diploma legal.

III - Tratando-se de revisão de ato ilegal, ancorada no **poder** de autotutela, **poderia** a Administração alterar o entendimento anteriormente proferido, denegando a promoção por ato de bravura. Aplica-se, à espécie, o entendimento consolidado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração **pode** anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos."

IV - Recurso conhecido e desprovido⁶⁵

Apelação Cível AC 370193 CE 2000.81.00.010699-5 (TRF5)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE ADVERTÊNCIA. REAPRECIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não compete ao **Poder Judiciário analisar** as decisões **administrativas** no que lhes concerne ao **mérito**, examinando os atos e procedimentos da administração somente no âmbito da legalidade.
2. Hipótese em não restou demonstrada qualquer irregularidade quanto ao procedimento **administrativo** que culminou na penalidade imposta.
3. Apelação improvida⁶⁶

Entretanto, conforme explanado anteriormente, assim como tudo no direito, não se pode afirmar que esse entendimento é único, haja vista, que a corrente a favor afirma que existirá sim o controle judicial dos atos políticos quando forem de encontro a direitos coletivos ou individuais, ou tiverem vícios de constitucionalidade ou legalidade.⁶⁷ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RMS nº19829 PR 2005/0052229-1, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03/10/2006. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010.

⁶⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5, AC 370193 CE 2000.81.00.010699-5, Rel. Min. Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ 01/04/2008. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010.

⁶⁷ RAMOS, Elisa Maria Rudge, **É possível controle judicial de atos políticos?**. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/135780/e-possivel-o-controle-judicial-de-atos-politicos>. Produzido em 15/10/2008. Acessado em 24/10/2010.

Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito⁶⁸.

E completa:

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária⁶⁹.

Pode-se afirmar que vem crescendo no meio jurídico brasileiro os adeptos da corrente a favor do controle judicial. Essa corrente se baseia principalmente em duas teorias: a do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. Acerca das teorias, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

Uma das teorias é a relativa ao desvio de poder, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei. Outra é a teoria dos motivos determinantes, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar este aspecto, o Judiciário terá que

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.951.

⁶⁹ *Idem*.

examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência⁷⁰.

As Jurisprudências a seguir, exemplificam as ideias anteriores de que a corrente a favor está em crescimento progressivo.

ACÓRDÃO nº 1.0697 /2010 EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO INCONSTITUCIONAL. ATO PRATICADO ANTES DE OPORTUNIZAR O CONTRADITÓRIO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA MOTIVAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Não houve necessidade de o gestor público praticar o ato administrativo atacado antes de oportunizar o contraditório à servidora, se esta se encontrava em situação que perdurava há vários anos. 2. Além disso, o município deixou de motivar sua decisão, o que prejudicou a análise da lisura do ato praticado e impossibilitou o controle judicial. 3. Em resumo, qualquer ato administrativo que atinja a órbita do administrado deve ser obrigatoriamente precedido por procedimento administrativo. 4. Apelação cível conhecida e não provida. Decisão unânime⁷¹.

SERVIDOR PÚBLICO. CARGO DE MOTORISTA. MUNICÍPIO DE MANOEL VIANA. REMOÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO SEM MOTIVAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO QUE DEVE ESTAR REVESTIDO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONTROLE JUDICIAL EXERCIDO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE. NULIDADE DO ATO RECONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. O ato administrativo de transferência ou remoção de servidor público deve ter a forma escrita, com os motivos sendo declinados, possibilitando o controle judicial. O servidor público não goza da garantia da inamovibilidade especialmente aquele que ocupa o cargo de Motorista que deve estar à disposição da necessidade do serviço, avaliada pelo Poder Público. No entanto, no caso examinado houve afronta ao princípio da legalidade, uma vez que o ato de remoção ex officio deve ser motivado, de modo a garantir a lisura do ato praticado. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO⁷².

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo/Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 203.

⁷¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ALAGOAS. AC 1ª Câmara Cível nº2010.001519-8, 9065/AL, Rel. Min. Tutmés Airan de Albuquerque Melo, DJ13/10/2010. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010.

⁷² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Reexame Necessário Nº 70020390787, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio

Há um direcionamento por parte do direito brasileiro no sentido de estender o controle judicial dos atos administrativos, conseqüentemente reduzindo cada vez mais a discricionariedade. Isso está acontecendo porque o legislador tem usado constantemente noções confusas e vagas para estabelecer a finalidade e o motivo do ato, como por exemplo, a conveniência administrativa, a ordem pública, o interesse público.⁷³

Monteiro Pacheco, Julgado em 1º.7.2010. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo/Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 203.

CAPÍTULO III – EXTRADIÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO

3.1 A relação entre extradição, asilo e refúgio no Brasil

No início do trabalho, mais especificamente nas considerações conceituais, o instituto da extradição foi conceituado. Porém, tendo em vista a necessidade de comparação do referido instituto com os do asilo e refúgio, tem-se, de acordo com Accioly Hildebrando que:

Extradição 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. A instituição da extradição tem por objetivo principal evitar, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas consequências de crime cometido⁷⁴.

Sabe-se que a extradição não pertence a apenas uma área do Direito, sendo considerado um instituto multidisciplinar. As principais áreas são: Direito Constitucional; Direito Internacional Público, Direito Penal; Direito Processual Penal, Direito Internacional Privado e Direito Administrativo⁷⁵.

Uma das principais finalidades da extradição é a colaboração entre os países, visando à paz, a justiça e a defesa social mundial impedindo que um indivíduo se exima de sua responsabilidade perante seu Estado de origem⁷⁶.

O asilo político é o oposto da extradição, uma vez que ele tem por objetivo a permanência e não a saída do estrangeiro do país em questão. Marcelo D. Varella, afirma que: “O asilo político é a proteção concedida pelo Estado

⁷⁴ ACCIOLY, Hildebrando, 1888-1962. **Manual de direito internacional público/ G. E. do Nascimento e Silva, Hildebrando Accioly, Paulo Boarba Gasella.** – 17.ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499.

⁷⁵ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI/Florisbal de Souza Del’ Olmo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 13.

⁷⁶ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradiciona no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa** – Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21.

nacional ao estrangeiro perseguido por suas opiniões políticas, religiosas ou raciais”⁷⁷.

Ele possui previsão constitucional, sendo considerado um dos princípios que rege o país em suas relações internacionais. O art. 4º, inciso X da Constituição da República prevê que: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]X - concessão de asilo político”⁷⁸.

Já o refúgio não possui de forma expressa um lugar dentro da Constituição da República, sendo considerado um ato declaratório cuja previsão está contida na Lei nº 9.474/97, conhecida como Estatuto dos Refugiados. Antônio Carlos Cura de Oliveira, afirma que “o interessado deve comprovar, em procedimento administrativo, a ocorrência de grave e generalizada violação de direitos humanos no país de origem, ou a existência de fundado temor de perseguição”⁷⁹ sendo considerado um ato com maior grau de vinculação e conseqüente controle judicial. O referido autor conceitua o instituto do refúgio da seguinte maneira:

O Refúgio é instituto convencional de caráter universal, aplicado de maneira apolítica, visando à proteção de pessoas com fundado temor de perseguição. Normalmente utilizado quando a perseguição tem aspecto mais generalizado, havendo necessidade de proteção a um número elevado de pessoas, é comum em casos de ocupação ou dominação estrangeira, violação dos direitos humanos ou acontecimentos que alterem gravemente a ordem pública interna no país de origem. Exemplos típicos de refugiados são os vietnamitas que conseguiram escapar das perseguições políticas pós-guerra em seu país⁸⁰.

Deve-se tomar cuidado para não confundir o direito de refúgio com o de asilo. Este último será utilizado em uma situação de perseguição do indivíduo e o primeiro, possui seus fundamentos em uma perseguição a um grupo de

⁷⁷ VARELLA, Marcelo D., **Direito Internacional Público / Marcelo D. Varella**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174.

⁷⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. ANGER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel.Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p. 398.

⁷⁹ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 06. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010.

⁸⁰ *Idem*.

indivíduos, quando se tratar de religião, nacionalidade ou raça. Para ser beneficiado com essa garantia, o indivíduo precisará fazer um requerimento no Ministério da Justiça, no Comitê Nacional para os Refugiados, conhecido como CONARE⁸¹.

Logo, conclui-se que a principal diferença está na quantidade de indivíduos, haja vista que para que se tenha o refúgio há a necessidade de um grupo e para o asilo basta apenas um.

Para evitar qualquer dúvida, os institutos da deportação e expulsão serão explanados tendo em vista a similaridade com os institutos anteriores. De acordo com Francisco Xavier da Silva Guimarães:

Enquanto a expulsão se fundamenta no interesse preservatório da segurança e da ordem pública e social do Estado expulsor, e deportação funda-se na entrada irregular, no país, de estrangeiro que se introduziu no Território Nacional sem a necessária autorização. A extradição a seu turno, tem por base a colaboração internacional no atendimento do interesse persecutório do Estado requerente⁸².

A deportação se configura quando um estrangeiro é removido do território nacional por ter entrado de forma irregular ou por ter a sua permanência se tornado irregular.⁸³Essa irregularidade pode ser oriunda de vários motivos, elencados a seguir:

Entrada irregular no território nacional; circulação por municípios para os quais o estrangeiro não tem autorização de ir, o que ocorre com aqueles habitantes de municípios fronteiriços e que podem circular por determinados brasileiros sem visto. Expiração dos visto; Exercício de atividade remunerada pelo detentor de visto de turista, de trânsito ou temporário e a não-comunicação ao Ministério da Justiça da mudança de endereço, até 30 dias após a efetivação da mudança⁸⁴.

⁸¹ VARELLA, Marcelo D., **Direito Internacional Público/Marcelo D. Varella**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176.

⁸² GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *apud*. DEL'OLMO, Florisbal de Souza, **A extradição no alvorecer do século XXI/Florisbal de Souza Del' Olmo**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14.

⁸³ RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.187.

⁸⁴ VARELLA, Marcelo D.. **Direito Internacional Público / Marcelo D. Varella**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

Após ser constatado que o estrangeiro se encontra irregular, ele será notificado através da Polícia Federal para que deixe o país no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de deportação. Segundo Francisco Resek, “a medida não é punitiva, nem deixa sequelas. O deportado pode retornar ao país desde o momento em que se tenha provido de documentação regular para o ingresso⁸⁵”.

Já a expulsão é a remoção obrigatória e forçada do território nacional do estrangeiro haja vista condenação criminal ou flagrante interesse público. Esse instituto, ao contrário da deportação, possui sua fundamentação na área política e criminal e é considerado um ato unilateral do governo brasileiro⁸⁶.

A referida Lei nº 9474/1997, traz as situações nas quais um estrangeiro poderá ser expulso que estão relacionadas a seguir:

Atentar contra a ordem política ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública e a economia popular; praticar procedimento que o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais; praticar fraude afim de obter sua entrada ou permanência no Brasil; havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; entregar-se à vadiagem ou à mendicância; desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiros⁸⁷”.

Diferindo mais uma vez da deportação, a expulsão deixa sequelas só podendo o estrangeiro retornar ao Brasil após ser expulso no caso de revogação da decisão que o expulsou⁸⁸.

Portanto, conclui-se que existem grandes diferenças entre os referidos institutos, sendo a extradição o principal dentro desta monografia.

3.2A previsão normativa da extradição

⁸⁵ RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.187.

⁸⁶ VARELLA, Marcelo D., **Direito Internacional Público/Marcelo D. Varella**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito Internacional público/Celso D. de Albuquerque Mello** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1048.

O instituto da extradição possui várias fontes normativas no direito interno brasileiro, sendo a Constituição da República, no art. 102, I, g, a Lei Federal nº 6.815/80, nos artigos 76 a 94, alterada pela Lei Federal 6.964/81 e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 207 a 214 Não se podendo esquecer dos inúmeros tratados que tratam deste tema no âmbito internacional.⁸⁹.

Com relação a previsão normativa constitucional da extradição, de acordo com Florisbal de Souza Del' Olmo:

A concessão da extradição tem no Brasil tratamento constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal "processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro", segundo o art. 102, I, g, da vigente Carta Magna. Essa determinação visa ao estudo, no mais alto pretório do país, do caráter do delito cometido, após exame da solicitação⁹⁰.

Conforme aludido anteriormente, é muito importante que haja essa previsão constitucional tão clara e objetiva. Ela é o principal fundamento desta monografia. De sua leitura não há como se ter dúvidas acerca da competência originária para se processar e julgar a extradição.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei Federal nº 6.815/80, nos artigos 76 a 94, alterada pela Lei Federal 6.964/81, em perfeita harmonia com a Constituição, em seus artigos 76 a 94, traz a normatização da extradição.

O art. 75 da referida lei traz os fundamentos jurídicos do instituto da extradição que serão explanados no item seguinte. Em seguida, há a enumeração das hipóteses nas quais não poderá ser concedida a extradição. De acordo com o artigo 76 do Estatuto:

Art 76. Não se concederá a extradição quando:

⁸⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicionária no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.123.

⁹⁰ DEL'OLMO, Florisbal de Souza, **A extradição no alvorecer do século XXI/Florisbal de Souza Del' Olmo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 91.

- I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
 - II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
 - III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
 - IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano;
 - V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
 - VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
 - VII - o fato constituir crime político; e
 - VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.
- § 1º A exceção do item VII 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.
- § 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração.
- § 3º 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.

Percebe-se que se não forem cumpridas todas as exigências do artigo 76 do Estatuto, o país que solicitou a extradição terá o seu pedido negado.

Os pressupostos da extradição estão inseridos nos artigos 77 a 79. Eles são imprescindíveis para que se tenha configurado o referido instituto. Esses pressupostos, assim como os fundamentos, serão apreciados no item 3.3 deste trabalho.

O artigo 82 do Estatuto do Estrangeiro pode ser considerado como um dos mais importantes para esta monografia. Ele trata da competência do Poder Judiciário acerca da extradição. Em seguida, têm-se vários artigos que trazem em seu conteúdo a forma e as regras de como se deve aplicar a extradição, como por exemplo, o artigo 90 que prevê que:

Art 90. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:

I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido;

II - de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição;

III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;

IV - de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e

V - de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena.

Parágrafo único. Os objetos e instrumentos referidos neste artigo poderão ser entregues independentemente da entrega do extraditando.⁹¹.

Este Estatuto traz toda a normatização, fundamentos e requisitos do instituto da extradição e o Brasil adota esta lei quando se trata da concessão ou não do referido instituto.

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal também trata da matéria no Título VIII, Dos Processos Oriundos de Estados Estrangeiros, Capítulo I, da Extradição, uma vez que este órgão, conforme afirmado anteriormente, é o detentor da competência originária para processar e julgar a extradição.

O regimento prevê no seu artigo 207 que: “Não se concederá extradição sem prévio pronunciamento do *Supremo Tribunal Federal* sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente”⁹², demonstrando como a atuação do Judiciário é imprescindível.

Este Regimento traz, de forma específica, o procedimento interno da extradição, todo o roteiro a ser seguido pelo Supremo Tribunal Federal.

E por último, conforme afirmado anteriormente, existem vários tratados bilaterais acerca da extradição estabelecidos entre o Brasil e diversos países, podendo citar como exemplos, “Uruguai (1919), Peru (1922), Paraguai (1925), Suíça (1934), Chile (1937), Colômbia (1940), Venezuela (1940), Bolívia (1942), Bélgica (1957), EUA (1965), Argentina (1968), Portugal (1991) e o mais

⁹¹ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. ANGHER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel.Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p. 1.289.

⁹²REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_agosto_2010.pdf, acessado em 10 de nov. de 2010.

recente, Canadá (1995)⁹³". Os tratados serão melhor explanados no item seguinte.

Logo, essas são as fontes normativas do instituto da extradição no direito brasileiro.

3.3 O processo de extradição no Direito brasileiro

Entender como funciona o processo de extradição é fundamental para a compreensão deste trabalho. Na legislação brasileira a extradição possui três fases distintas e de acordo com entendimento de Florisbal de Souza Del' Olmo:

O procedimento do pedido de extradição comporta, na legislação brasileira, três fases: administrativa (a cargo do Poder Executivo), até seu envio ao Supremo Tribunal Federal; judiciária (exame na Corte da legalidade e procedência do pleito); e, por fim, administrativa, na qual o Governo procede à entrega do extraditando ao país requerente ou comunica a esse Estado sua negativa, caso tenha havido indeferimento pelo STF.⁹⁴

A primeira fase da extradição, conhecida como administrativa, possui dois fundamentos jurídicos, qual sejam os tratados e a reciprocidade. No item anterior, os tratados foram citados como sendo uma das fontes normativas do instituto da extradição dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Acontece que eles também é considerado um dos fundamentos jurídicos para o estabelecimento da relação entre os Estados. Trata-se de uma fase cuja competência pertence exclusivamente ao Poder Executivo⁹⁵.

Se houver tratado entre os países, a extradição será compulsória uma vez que atendidos os seus requisitos o indivíduo será extraditado, porém, se não

⁹³ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.123.

⁹⁴ DEL'OLMO, Florisbal de Souza, **A extradição no alvorecer do século XXI/Florisbal de Souza Del' Olmo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 93.

⁹⁵ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.122.

existir prévio acordo, o Estado poderá se recusar a extraditar. Trata-se respectivamente da extradição obrigatória e da extradição facultativa⁹⁶.

Neste sentido, dispõe expressamente o artigo 76 do Estatuto do Estrangeiro que a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade; assim, inexistindo o tratado, a extradição somente poderá ser concedida, nas condições estatuídas em lei, se houver promessa de reciprocidade, requisito legal que não pode ser dispensado, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário⁹⁷.

Logo, pode-se entender que caso haja dúvida acerca de qual legislação deverá ser utilizada na solução do conflito, prevalecerá o tratado sobre todas as outras haja vista a sua especialidade e que mesmo não existindo tratado entre os países a extradição poderá ser concedida se preenchidos os requisitos legais. Configura-se presente o fundamento da reciprocidade, uma vez que se for da vontade do Estado, baseado no referido artigo 76 do Estatuto do Estrangeiro, a extradição poderá ser concedida e ficará valendo para o ato o ordenamento interno do país⁹⁸.

Nosso ordenamento jurídico somente admite a extradição pedida ou solicitada, requerida mediante a manifestação prévia formalizada, não podendo o Estado agir espontaneamente, oferecendo-se à devolução do extraditando sem qualquer provocação ou solicitação do Estado Estrangeiro⁹⁹.

No Brasil, não há a possibilidade de se agir de ofício, sem nenhuma solicitação ou pedido da autoridade estrangeira do extraditando.

A segunda fase da extradição consiste no controle jurisdicional do ato de extradição, que concede ao extraditando a garantia de que os seus direitos serão respeitados e aplicados conforme a lei determina. De acordo com Carolina Cardoso Guimarães Lisboa: “o exame pelo Judiciário da extradição é

⁹⁶ *Ibidem*, p.124.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 126.

⁹⁸ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa** – Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 127.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 130.

a maneira pela qual se garante observância dos direitos fundamentais e efetiva-se a preocupação pelas garantias individuais¹⁰⁰. Acerca do tema, Francisco Resek afirma que:

Percebe-se que a fase judiciária do procedimento está situada entre duas fases governamentais, inerente à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda, à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado¹⁰¹.

É a fase mais importante do processo extradicional e segundo Florisbal de Souza Del' Olmo:

O Pronunciamento do Supremo, por meio do Plenário (art. 83 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado Estatuto do Estrangeiro com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.964, de 09 de dezembro de 1981), sobre a legalidade e procedência do pedido, não se tem limitado, como observa Mirtô Fraga, a “julgar legal ou ilegal, procedente ou improcedente a extradição; seu pronunciamento se faz em termos definitivos, deferindo ou denegando o pedido”. É portanto, irrecorrível tal decisão, admitindo-se apenas embargos declaratórios.¹⁰²

Logo, conclui-se das ideias dos autores acima que é na fase judiciária que a decisão acerca da concessão ou denegação da extradição será tomada, devendo ser analisado minuciosamente cada etapa do processo extradicional a fim de se evitar que os direitos do extraditando sejam suprimidos¹⁰³.

A terceira e última fase trata da entrega do extraditando, em caso de deferimento pelo Supremo Tribunal Federal, na fase judicial, ao Estado que requereu. Essa fase possui a sua previsão no artigo 86 do Estatuto do Estrangeiro e acerca do procedimento, Carolina Cardoso Guimarães Lisboa entende que:

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.144.

¹⁰¹ RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.193.

¹⁰² DEL'OLMO, Florisbal de Souza, **A extradição no alvorecer do século XXI/Florisbal de Souza Del' Olmo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 92.

¹⁰³ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.142.

Concedida a extradição, o Ministério da Justiça transmite a decisão ao Ministério das Relações Exteriores, que notifica a Missão diplomática do Estado requerente de que, dentro de 60 dias da comunicação, observados os compromissos que condicionam a entrega, deverá retirar o extraditando do território nacional. Compete ao Departamento de Polícia Federal, por determinação do Ministro da Justiça, proceder à entrega do extraditando ao Estado ao qual houver sido concedida a extradição, lavrando-se termo de entrega, com remessa de cópia ao Departamento Federal de Justiça¹⁰⁴.

E completa acerca do artigo 87 do Estatuto do Estrangeiro: “Esgotado o prazo, sem a retirada do extraditando, este será posto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão, se o motivo da extradição o recomendar”¹⁰⁵.

Tomadas todas as providências pertinentes previstas no Estatuto do Estrangeiro e no Regimento Interno do Supremo Tribunal tem-se concluído o procedimento extradicional.

3.4 O caso de Cesare Battisti e os precedentes do Supremo Tribunal Federal

Cesare Battisti nasceu na cidade de Sermoneta, na Itália, no dia 18 de dezembro de 1954. Escritor conceituado, no final da década de 1970, Cesare, membro político ativo da esquerda italiana, foi preso e em seguida condenado a reclusão de 12 anos e 10 meses como pena, sob a acusação de praticar atos subversivos e contrários à ordem do Estado. Ressalte-se que em nenhum momento lhe foi atribuído nenhuma ação terrorista ou homicídio.¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.200.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 201.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 12. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010.

Esse período na Itália ficou conhecido como “anos de chumbo” e foi caracterizado pelos constantes atentados terroristas de grupos tanto da extrema esquerda quanto da extrema direita.¹⁰⁷

Já envolvido em vários problemas com a justiça italiana, Cesare, esquivou-se da prisão, empreendendo fuga para a França e, em seguida para o México, local em que se estabeleceu por um tempo trabalhando em uma revista como editor e escritor.¹⁰⁸

Porém, o fundador do grupo *Proletários Armados para o Comunismo*, conhecido como PAC, do qual Battisti é membro antigo, Pietro Mutti, com o objetivo de angariar benefícios penais, atribuiu ao italiano a autoria por várias ações terroristas que desencadearam quatro homicídios entre os anos de 1977 e 1979, o que resultou para Cesare pena perpétua.¹⁰⁹

Em seguida, Cesare conseguiu, na França, asilo político e a certeza de que não seria extraditado tendo em vista que a Doutrina Mitterrand¹¹⁰, local onde se estabeleceu e criou raízes formando uma família. Mesmo assim, Battisti não deixou a luta política de lado e prosseguiu, no período da Guerra Fria, com as denúncias e ações de seu grupo da extrema-esquerda italiana.¹¹¹

De acordo com Antônio Carlos Cura de Oliveira,

Após um primeiro pedido denegado pela França, o governo italiano solicitou novamente sua extradição. Desta feita, embora Battisti já contasse com a cidadania francesa, o pedido foi deferido, segundo a imprensa italiana, como contrapartida em negociações políticas e

¹⁰⁷ G1 NOTÍCIAS- **Ativista italiano Cesare Battisti será transferido para Brasília**-
<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL122215606,00.ATIVISTA+ITALIANO+CESARE+BATTISTI+SERA+TRANSFERIDO+PARA+BRASILIA.html> disponível em 01 de nov. de 2010.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 12. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010.

¹⁰⁹ G1 NOTÍCIAS. **Ativista italiano Cesare Battisti será transferido para Brasília**-
<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL122215606,00.ATIVISTA+ITALIANO+CESARE+BATTISTI+SERA+TRANSFERIDO+PARA+BRASILIA.html> disponível em 01 de nov. de 2010.

¹¹⁰ Doutrina Mitterrand é o nome pela qual ficou conhecida a prática política do presidente francês, François Mitterrand, na qual os ex-guerrilheiros que renunciassem ao terrorismo, poderiam viver na França. Em troca não seriam extraditados. Foi uma situação nunca escrita, mas que na prática fez com que muitos italianos ligados a grupos terroristas se refugiassem na França. DEMORI, Leandro. **Como vivem os italianos acusados de terrorismo e beneficiados por asilo concedido por Mitterrand**. Disponível em http://www.istoe.com.br/.../51781_ASSIM+COMO+BATTISTI. acesso em 01 de nov. de 2010.

¹¹¹ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 13. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010.

comerciais entre os dois países. Receoso de vir a ser assassinado nas prisões italianas, Cesare Battisti fugiu para o Brasil.¹¹²

Logo, Cesare Battisti teve seu asilo político revogado pelo Presidente Jacques Chirac, e em seguida veio para o Brasil¹¹³. Cabe salientar, que Battisti nega veementemente ter cometido os homicídios.

Já no Brasil, Cesare foi preso e a Itália requisitou a sua extradição. O italiano teve o seu pedido de reconhecimento da condição de refugiado negado pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Entretanto, de acordo com Antônio Carlos Cura de Oliveira:

[...]o pedido foi, posteriormente, deferido pelo Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, em sede de recursal administrativa, por considerar que havia “dúvida razoável” sobre os fatos que fundamentavam o temor de perseguição do recorrente¹¹⁴.

Quando o Executivo concedeu o status de refugiado político a Cesare Battisti impediu a sua extradição, haja vista que a legislação brasileira impede a extradição do indivíduo acusado por crime político. Teve início a discussão acerca do que seria considerado crime político e se Cesare Battisti teria ou não direito a permanecer no Brasil.

A partir desse fato, o problema acerca da competência para deferir ou não a concessão da extradição solicitada por Estado estrangeiro e do ferimento ao princípio da separação dos poderes ganhou força e mobilizou o mundo jurídico brasileiro.

Duas correntes contrárias se posicionaram diante da situação. A primeira, defendida por este trabalho, de que a competência originária para julgar e processar a extradição conferida pela Constituição da República pertence ao Poder Judiciário. E a segunda que afirma que na verdade essa

¹¹² *Idem.*

¹¹³ ZULO, Felipe Nicolau Ramos. **O Caso de Cesare Battisti**. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12356/o-caso-cesare-battisti>, elaborado em 02/2009. Disponível em 01 de nov. de 2010.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 09. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010.

competência pertence ao Poder Executivo, haja vista que o Presidente da República enquanto Chefe de Estado possui a competência para tratar de assuntos de natureza internacional, cabendo ao Judiciário ratificar sua decisão.

O caso do italiano Cesare Battisti ganhou a imprensa tanto nacional quanto internacional, alcançando proporções históricas.

Em novembro de 2009, após três dias de longos debates, o Supremo Tribunal Federal, no processo de extradição nº 1085, por cinco votos a quatro, manifestou o seu posicionamento a favor da extradição do italiano Cesare Battisti. Ficou decidido que os crimes cometidos por Cesare não eram políticos, sendo negado o status de refugiado, concedido pelo Ministro Tarso Genro¹¹⁵.

Ficou decidido também, que o Presidente da República não estaria subordinado a esta decisão. Por cinco votos a quatro, os Ministros decidiram que o Presidente da República, enquanto Chefe de Estado possui poder discricionário com relação a extradição de Battisti.

O quadro a seguir possui a finalidade de facilitar o entendimento acerca dos acontecimentos e da trajetória da vida de Cesare Battisti.

ANO	Trajetória dos acontecimentos na vida de Cesare Battisti
1954	Nasce na Itália, em Sermoneta, Cesare Battisti;
1968	Tem início sua participação do movimento estudantil;
1971	Com o abandono da escola, Cesare é preso acusado de delitos menores e de roubos diversas vezes;
1974	Foi condenado, por assalto, a seis anos de prisão. Neste período, teve contato com ativistas da extrema esquerda;
1976	Após a sua libertação, Cesare se junta a PAC (Proletários Armados pelo Comunismo);
1978	Battisti é acusado de ser o autor do homicídio do Marechal da Guarda Penitenciária, Antônio Santoro, na data de 06 de junho de 1978, em Udine;
1979	É acusado de ter sido cúmplice do homicídio de um açougueiro cujo nome é Lino Sabbadin, na data de 16 de fevereiro de 1979; É mais uma vez acusado de um homicídio. Desta vez de ter sido o organizador do assassinato de Pierluigi Torregiane, na cidade de Milão, na data de 16 de fevereiro. Ainda em Milão, na data de 19 de abril, lhe é atribuída a autoria de mais um

¹¹⁵ JUS BRASIL. **STF Autoriza extradição e diz que presidente da República decide sobre entrega de Battisti**. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2010749/stf-autoriza-extradicao-e-diz-que-presidente-da-republica-decide-sobre-entrega-de-battisti>, acessado na data de 08 de nov. de 2010.

	homicídio, do agente de polícia, Andrea Campagna; Em 06 de junho de 1979, Cesare Battisti é preso;
1981	Em outubro ele escapa da prisão e segue fugindo para a França;
1982	Em seguida, estabelece-se no México, local em que dá início a confecção de vários romances;
1986	O italiano cria uma revista cultural;
1990	Sua volta para Paris, na França;
1991	A Itália pede a sua extradição para a França e esta é negada tendo a vista a política do então Presidente da França, François Mitterrand nos anos de 1981 a 1995;.
1993	Cesare foi considerado revel e acabou sendo condenado pela justiça italiana à prisão perpétua;
2004	Houveram várias mudanças políticas na França e no governo de Jacques Chirac, nos anos de 1995 a 2007, Battisti foi preso a pedido da justiça italiana. Vários setores da sociedade protestaram e ele foi solto, porém, teve que fugir para o Brasil após pronunciamento do governo francês favorável a sua extradição.
2007	A Itália pede a sua extradição ao Brasil após a prisão de Cesare no dia 18 de março;
2008	O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) rejeita em novembro, por 3 votos a 2, o pedido de refúgio de Battisti. Com a decisão, o Supremo Tribunal Federal ficou encarregado de julgar o pedido de extradição de Battisti feito pelo governo italiano.
2009	Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal
2010	Está aguardando a decisão do Presidente da República acerca do deferimento ou denegação da sua extradição.

FONTE: GAZETA DO POVO. **A trajetória de Cesare Battisti**- Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?tl=1&id=847269&tit=Veja-a-trajetoria-de-Cesare-Battisti>, acesso em 01 de nov. de 2010.

A partir de então encontra-se substrato na hipótese de que a apreciação de mérito pelo Presidente da República, enquanto Chefe de Estado, acerca da extradição deferida pelo Supremo Tribunal Federal na exclusão de crime político, fere o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que se trata de competência originária do próprio Poder Judiciário, ou seja, função típica ou essencial, não carecendo a sujeição ao controle político do Poder Executivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Haja vista as considerações abordadas ao longo do presente trabalho, o qual explanou a temática “O Controle Político da Extradicação: O caso de Cesare Battisti”, foi possível aferir alguns pontos relevantes.

A começar, como pode ser observado, a Constituição da República de 1988, legitimada na vontade popular definiu a estrutura da República Federativa do Brasil baseada nos princípios da legalidade e da separação dos poderes, a fim se assegurar os direitos e garantias da população brasileira.

O princípio da separação dos poderes foi elevado à condição de cláusula pétrea, e, desta forma, toda tentativa de desprestigiá-lo será inútil. Logo, a utilização do referido princípio inadvertidamente significará verdadeira inversão da ordem constitucional e do equilíbrio entre as funções por ela indicados, devendo assim ser obrigatoriamente repellido, a fim de evitar quaisquer abusos decorrentes do fascínio de quem quer que detenha qualquer parcela do poder.

Pode ser constatado que a rigorosa correlação entre os órgãos estatais de poder e suas funções, de acordo com o modelo clássico da teoria de Montesquieu que imperou na época do Estado Liberal, atualmente não mais prevalece, seja pelo papel social assumido pelo Estado a partir do século XX, seja pela crescente demanda por respostas cada vez mais rápidas por parte da sociedade.

Durante este estudo, procurou-se demonstrar de forma clara e objetiva como o instituto da extradicação suscita dúvidas acerca de qual Poder possui a competência para concedê-lo, o Executivo ou o Judiciário.

Foi necessário a análise acerca da discricionariedade e vinculação dos atos administrativos e políticos, uma vez que o grau de vinculação está diretamente relacionado com o mérito administrativo e com a interferência do Poder Judiciário.

Ademais foi possível verificar que a Constituição da República de 1988, em seu artigo 102, inciso I, alínea g, prevê que a competência originária para processar e julgar a extradicação pertence ao Supremo Tribunal Federal.

O Estatuto do Estrangeiro afirma em seu artigo 83 que não poderá haver extradição sem que a Suprema Corte se pronuncie acerca de sua legalidade e procedência e o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal confirmam o entendimento anterior em seu artigo 207.

Tendo em vista os artigos acima, que constituem a previsão normativa da extradição no Estado brasileiro, não resta dúvidas de que houve a configuração do ferimento do princípio da separação dos poderes.

Houve a necessidade de se diferenciar os institutos da extradição, asilo e refúgio uma vez que para se entender o caso de Cesare Battisti. Também foi analisado o processo de extradição, parte a parte, salientando quais momentos são mais importantes e decisivos.

E por último, o caso do pedido de extradição do italiano Cesare Battisti, que tomou conta do meio jurídico brasileiro, causando atritos e discussões acerca do instituto da extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Por derradeiro, após análise do referido caso, percebeu-se verdadeiro embate no tocante às relações entre os poderes Executivo (no qual tange ao papel funcional do Presidente da República enquanto Chefe de Estado) e o Judiciário (tratando-se da competência arrolada no art. 102, inciso I, g, da Constituição da República de 1988).

A partir de então encontra-se substrato na hipótese de que a apreciação de mérito pelo Presidente da República, enquanto Chefe de Estado, acerca da extradição deferida pelo Supremo Tribunal Federal na exclusão de crime político, fere o princípio da separação dos poderes e a ordem pública, tendo em vista que se trata de competência originária do próprio Poder Judiciário, tal como prescreve o artigo 102, inciso I, alínea g da Constituição da República de 1988.

Conforme estudado, existe a interferência legítima de um Poder na área de atuação do outro. Entretanto, deve haver limites, haja vista o princípio constitucional da separação dos poderes. Este trabalho pretendeu demonstrar que compete ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, a concessão do instituto da extradição, e que no caso da extradição de Cesare Battisti, essa competência não foi respeitada.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. 1888-1962. **Manual de direito internacional público/ G. E. do Nascimento e Silva, Hildebrando Accioly, Paulo Boarba Gasella.** – 17.ed. – São Paulo: Saraiva, 2009;

ALVES, Ricardo Luiz. **A concepção de Estado de Thomas Hobbes e de John Locke** . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 558, 16 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6181>>. Acesso em: 14 set. 2010;

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Torrieri Guimarães. Coleção: A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002;

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado / Darcy Azambuja** – 38 Ed. São Paulo: Globo, 1998;

AZEVEDO, Eder Marques de. **Disciplina de Direito Constitucional III**. [Notas de sala de aula], 2010;

BARIONI, Danilo Mansano. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Editora Pillares, 2004;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

CLÉVER, Clémerson Merlim. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. ANGHER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel. Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010;

DALLARI, Damo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991;

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI/ Florisbal de Souza Del'Olmo**. Rio de Janeiro;

DEMORI, Leandro. **Como vivem os italianos acusados de terrorismo e beneficiados por asilo concedido por Miterrand**. Disponível em

http://www.istoe.com.br/.../51781_ASSIM+COMO+BATTISTI. acesso em 01 de nov. de 2010;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo/Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008;

ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. ANGER, Anne Joyce. **Coleção de Leis Rideel.Vade Mecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2010;

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo/Diogenes Gasparini** – 15. Ed. Atualizada por Fabrício Mota. São Paulo: Saraiva, 2010;

GAZETA DO POVO. **A trajetória de Cesare Battisti**- Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?tl=1&id=847269&tit=Veja-a-trajetoria-de-Cesare-Battisti>, acesso em 01 de nov. de 2010 às 16:25;

G1 notícias- **Ativista italiano Cesare Battisti será transferido para Brasília**- <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL122215606,00.ATIVISTA+ITALIANO+CESARE+BATTISTI+SERA+TRANSFERIDO+PARA+BRASILIA.html> disponível em 01 de nov. de 2010 às 14:10;

HOMCI, Arthur Laercio. **Atos políticos e discricionariedade**. Elaborado em 08.2009. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13461>, dia 21 de out. de 2010;

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado/ Pedro Lenza**.13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009;

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro/Carolina Cardoso Guimarães Lisboa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Tipos de Estado (globalização e exclusão)**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/estado/estado_excglobal. Acesso em: 10 set. 2010;

MARTINEZ, Vinício C. **Estado liberal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1276, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9335>>. Acesso em: 10 set. 2010;

MELO, Maria Gorete de Araújo. **As formas totalitárias na Análise de Hannah Arendt.** Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis>. 10. set. 2010;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007;

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito Internacional público / Celso D. de Albuquerque Mello** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado/Aderson de Menezes;** [atualização por José Lindoso]. – e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Editora Martins Fontes;

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional/Alexandre de Moraes.** - 21. ed. - São Paulo: Atlas, 2007;

OLIVEIRA, Antônio Carlos Cura de, **O Caso de Cesare Battisti e a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de refúgio**, Elaborado em 06. 2009. p. 4. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13273>, acesso em 08 de set. de 2010;

OLIYNIK, Anatoli. **Totalitarismo.** Disponível em <http://www.samauma.com.br>. 14 setembro. 2010;

RAMOS, Elisa Maria Rudge. **É possível controle judicial de atos políticos?.** <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/135780/e-possivel-o-controle-judicial-de-atos-politicos>. Produzido em 15/10/2008. Acessado em 24/10/2010;

RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar.** São Paulo: Saraiva, 2002;

REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_agosto_2010.pdf, acessado em 10 de nov. de 2010;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Reexame Necessário Nº 70020390787, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 1º.7.2010. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010;

ROZICKI, Cristiane. **Do Estado Absoluto ao Atual**. Disponível em: www.factum.com.br/artigos/003.htm . acesso: 14 set. 2010;

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – 16 Ed. - São Paulo: Malheiros, 1999;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RMS nº19829 PR 2005/0052229-1, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03/10/2006. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010;

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5, AC 370193 CE 2000.81.00.010699-5, Rel. Min. Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ 01/04/2008. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. AC 1ª Câmara Cível nº 2010.001519-8, 9065/AL, Rel. Min. Tutmés Airan de Albuquerque Melo, DJ 13/10/2010;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Reexame Necessário Nº 70020390787, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 1º.7.2010. Disponível em <http://jus.uol.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 de set. de 2010;

VARELLA, Marcelo D.. **Direito Internacional Público / Marcelo D. Varella**. São Paulo: Saraiva, 2009;

VICENTINO, Cláudio. **História Integrada, 6ª série Ensino Fundamental**. Ed. Scipione: São Paulo: 2002;

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;

ZULO, Felipe Nicolau Ramos. **O Caso de Cesare Battisti**. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12356/o-caso-cesare-battisti>, elaborado em 02/2009. Disponível em 01 de nov. de 2010.