

O DIREITO DE ASILO COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Marcos Wachowicz

Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa-Portugal, Doutorando em Direito pela UFPR, Professor substituto de Direito da UFPR, Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito Curitiba – FDC, Professor de Direito da UNICENP, Docente no Curso de Pós-graduação *lato sensu* de Direito e Negócios Internacionais pela UFSC.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O asilo contemplado pela carta da O.N.U. e a declaração universal dos direitos do homem; 2 Algumas considerações sobre o reconhecimento do direito de asilo perante a legislação brasileira; 3 O aperfeiçoamento do instituto do asilo político buscado por meio das convenções e tratados latino-americanos; 4 A evolução histórica do instituto de asilo: europeu e latino-americano; 5 O esforço doutrinário objetivando uma fundamentação sustentável; 6 O direito de asilo como expressão dos direitos humanos; 7 Considerações finais sobre a tendência atual da doutrina; Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Direito de Asilo.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio aborda a problemática da construção jurídica dos fundamentos do direito de asilo, a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais do ser humano. O direito de asilo, apesar de ter como finalidade a proteção da pessoa humana, ainda é considerado um direito do Estado e não do indivíduo. Significa que o Estado não é obrigado a conceder o asilo, mas apenas o faz se assim desejar.

A atualidade do tema escolhido vem se consubstanciando como um dos mais polêmicos na União Européia e nos Estados Unidos, países estes que vêm sistematicamente restringindo a entrada de estrangeiros, especialmente do Terceiro Mundo, sem qualquer tipo de critério ou distinção, equiparam os imigrantes com aqueles que solicitam refúgio.

Apresenta-se, então, na prática um enorme retrocesso, na medida que o direito de asilo é paulatinamente retirado do elenco dos Direitos Humanos para ser transformado em problema de ordem pública ditado por Governos dos Estados-Membros da União Européia.¹ A conexão jurídico-política do instituto de Asilo é concebida neste estudo como inevitável.

1 Neste sentido: OLIVEIRA, Odete Maria de. *União européia – processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 372: “Com a vigência do Tratado da União Européia, a imigração de estrangeiros de terceiros países e o asilo político incidem diretamente na circulação de pessoas. Todavia uma diferença

1 O ASILO CONTEMPLADO PELA CARTA DA O.N.U. E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

A construção do Direito de Asilo, com base nos princípios relativos aos Direitos Fundamentais do Homem, tem respaldo na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948, na qual se reconhece ao indivíduo o respeito universal da sua personalidade jurídica.

Em seu preâmbulo, a Carta da O.N.U. reconhece o homem como sujeito de direito internacional, proclamando a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, e apresenta o asilo como um corolário do princípio da proteção e respeito dos direitos do homem – liberdades fundamentais a todos sem distinção.

O Direito à vida, à liberdade, à segurança da sua pessoa, bem como o direito de asilar-se, beneficiando-se do asilo noutros países, são postulados tidos como a mais alta aspiração do homem, que visam assegurar, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. Porém, a proteção que é assegurada pelo direito de asilo, somente incide nas perseguições não fundadas em crimes comuns ou motivos contrários aos princípio das Nações Unidas.²

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, não tem valor obrigatório, mas não deixa de ter valor doutrinal, como fonte inspiradora de Tratados e Convenções no Direito Internacional Público, quanto de inúmeras legislações tanto no âmbito interno.

Alguns países já têm reconhecido, nas respectivas constituições e leis, o Direito de Asilo, mas exclusivamente o denominado Asilo Territorial,³ como ocorre, por exemplo, na França, no México, na Itália e Alemanha.

A Constituição Portuguesa, inspirada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, consagra a garantia do asilo político aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente perseguidos em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, definindo por lei o estatuto de refugiado político.

deve ser ressaltada nesta questão. A pessoa que recebe o asilo político e que, por consequência, tem permissão de residência e trabalho no Estado que lhe outorgou a proteção, essa medida não constitui direitos comunitários em seu favor, nem se estende, tal situação, tampouco aos demais Estados-Membros”.

- 2 Art. 14 da Declaração: “Em caso de perseguição toda a pessoa tem o direito de procurar asilo e de receber o benefício dele em qualquer país. Esse direito não se pode invocar contra ação judicial originada por delitos comuns ou por atos opostos aos objetivos e princípios das Nações Unidas”.
- 3 Asilo Territorial Externo, ou Internacional, denomina-se no caso em que o local onde for prestado, esteja fora da soberania do Estado em que são imputáveis as ações dos agentes que perseguem ou podem perseguir o asilado. Por outro lado, denomina-se por Asilo Diplomático, ou Interno, ou Intranacional, quando o local onde é prestado se situar dentro dos limites da soberania do Estado.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE ASILO PERANTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para FLÁVIA PIOVESAN⁴ e ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE,⁵ o processo de generalização do direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção, em 1948, das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Desde então, diversos Estados da comunidade internacional buscam, de forma crescente, implementar regras e princípios, através de inúmeros Tratados e Declarações Internacionais, a fim de criar parâmetros comuns para assegurar a aplicação dos direitos internacionalmente protegidos, pautados sobre os princípios protetórios da condição humana.

A Constituição brasileira de 1988 nesse sentido, já em seus quatro primeiros artigos, traz os princípios fundamentais em que se pauta o Estado brasileiro, estabelecendo assim as bases de eficácia do direitos fundamentais em que estão alicerçados o Estado Democrático de Direito.⁶

Tais princípios funcionam como valores axiológicos que norteiam toda a estrutura jurídica constitucional, fornecendo o critério de sua interpretação não só ao legislador no momento da criação de normas infraconstitucionais, como também aos administradores da justiça, no exercício de suas funções e aos próprios cidadãos no momento da busca e realização dos seus direitos na sociedade.⁷

4 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

5 TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Edições Humanidades, 2000, p. 23.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86: “É inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido tanto da expressão literal da norma, quanto da sua localização no texto.(...) Também não pode ser olvidado que a nossa República se apresenta como um Estado social e democrático de Direito, cujos contornos básicos se encontram ancorados no preâmbulo, nas normas dos arts. 1º a 4º da CF (Princípios Fundamentais), pela consagração expressa de um catálogo de direitos fundamentais sociais (art. 6º a 11) e em face dos princípios norteadores dos títulos que versam sobre as ordens econômica e social (arts. 170 e 193), isto sem falar nas diversas normas concretizadoras destes princípios que se encontram nas dispersas pelo texto constitucional”.

7 AREND, Márcia Aguiar. Direitos Humanos e Tributação. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *Temas de direito tributário*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 40/41: “O conceito de direitos humanos é integrado por dois elementos: homem e direito. A idéia de homem, enquanto autonomia, está relacionada à idéia de liberdade e direitos individuais para fruição dos bens da vida. Já a idéia de direito está também relacionada à de liberdade e aos recursos que devem ser reconhecidos ao homem para a satisfação das suas necessidades. (...) Com efeito, da discrepância entre situações atuais e potenciais de satisfação das necessidades e o incremento da “maneira desumana” tende a evitar a distribuição equitativa dos bens da vida para a satisfação dos homens, resultam a injustiça social e a violência estrutural. A repressão das necessidades reais é, portanto, repressão dos direitos humanos. (...) Neste atual período, em que parte pequena da humanidade já busca direitos de terceira geração, a outra grande parcela sequer conquistou plenamente os direitos dos períodos anteriores. Não houve,

A nossa Carta Federal elencou como princípios das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos, ao preceituar no art. 4º, que o Estado democrático de direito brasileiro tem por princípios: independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre Estados, defesa da paz, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e, por fim, a concessão de asilo político.

Ineditamente e ao contrário das cartas anteriores, ampliou os princípios que regem as relações internacionais, ultrapassando os limites da independência e soberania, até então configurados como princípios das relações internacionais.

Ao romper com os padrões das constituições anteriores, a Carta de 88 consagrou os direitos humanos como matéria de ordem internacional. Isto implica, na prática, não só um engajamento de políticas internas de proteção aos direitos humanos, como também, adoção de uma postura internacional de proteção aos direitos humanos, seja ratificando os tratados internacionais de direitos humanos, seja pelo comprometimento em se posicionar politicamente contrário aos Estados da comunidade internacional que não observam os princípios de proteção aos direitos humanos em que se fundamentam as relações internacionais brasileiras.

VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI,⁸ abordando o tema, assevera que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil passam a incorporar-se automaticamente no ordenamento brasileiro, pelo que estabelece o § 1º do art. 5º da nossa Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

MAZZUOLI propugna pela aplicação imediata dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez que ratificados, e por conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata, não sendo necessário, à luz do § 1º do art. 5º da Constituição, a elaboração de decreto de execução para que os textos irradiem seus efeitos tanto no plano interno como internacional.⁹

O Brasil reforça ainda mais esta disposição de pautar as relações internacionais sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos, ao propugnar, em seu art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos.

como a realidade estampa, a conquista da universalidade dos sujeitos dos ditos direitos humanos fundamentais, nem mesmo nos países centrais. Há múltiplas espécies de desigualdades promovendo dominação, exploração e dor”.

8 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais. doutrina e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris, 2000, p. 179.

9 Neste sentido: MAZZUOLI, op. cit., p. 180: “Todos os direitos inseridos nos referidos tratados de proteção dos direitos humanos, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5º, § 1º), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por Emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1º, IV)”.

Dessa forma, de conformidade com o disposto na Carta de 88, indica-se não só os direitos fundamentais reconhecidos de forma expressa na Constituição Política, mas também os incorporados nos textos e instrumentos internacionais atinentes à matéria de Direitos Fundamentais.

A Constituição Brasileira consagra a proteção ao acusado de crime político,¹⁰ embora a interpretação desse dispositivo não seja uniforme, por entender o constituinte brasileiro pelo tratamento dessa matéria no âmbito das relações exteriores, malgrado a doutrina de diversos Estados a considere como pertinente ao direito interno.¹¹

O texto da lei fundamental apenas proíbe a extradição, mas não significa isto que o Estado esteja obrigado a conceder asilo, tanto assim que o solicitante de asilo pode ser expulso do território nacional sem que haja qualquer proibição constitucional.

Nesse particular, importante anotar-se que a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, quando definiu a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, entabulou o conceito para reconhecimento como refugiado para todo o indivíduo que devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país. Assegurando ainda, a lei, a prevalência do princípio de *non-refoulement*,¹² segundo o qual o solicitante de refúgio não poderá no caso de saída compulsória, ser encaminhado a um país onde o mesmo possa sofrer, ou já sofre, uma perseguição ameaçadora ou violadora de seus direitos fundamentais.¹³

Por outro lado, nada impede que não se conceda asilo a determinado criminoso político. Não é novidade que a criminalidade no mundo é relativa. O que é considerado crime dum lado da fronteira, pode não o ser do outro.

É neste aspecto complexa a função do asilo político, posto que não tem o instituto a finalidade de garantir a impunidade da delinquência política, nem a de conduzir ao refúgio o que na prática corresponderia à imunidade, já que não se extraditam delinquentes políticos. Antes, possui o desiderato de garantir à pessoa humana, em perigo atual ou eminente de violência ou injustiça, a proteção dos seus direitos essenciais, nas situações em que o Estado não exerça a sua função normal, e as suas instituições e

10 Art. 5º, LII “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

11 SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deise. *Introdução ao direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 127.

12 Conforme LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAUJO, Nadia de et al. *O Direito internacional dos refugiados – uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 180: “*Refoulement*, no contexto do direito internacional dos refugiados, deve ser compreendido como o gênero abrangente de todas as espécies de institutos jurídicos que visam a saída compulsória do estrangeiro do território nacional”.

13 Art. 37 da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997: “A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição”.

poderes estejam desorganizados ou dominados por facções, a ponto de não oferecerem as garantias suficientes para a segurança e imparcialidade. Em última análise, o asilo tem por escopo contribuir para a realização da justiça.

3 O APERFEIÇOAMENTO DO INSTITUTO DO ASILO POLÍTICO BUSCADO POR MEIO DAS CONVENÇÕES E TRATADOS LATINO-AMERICANOS

Analisando a instituição do Asilo Político dentro do Direito Internacional clássico, isto é, dentro dos pressupostos legais do direito internacional existente entre Estados soberanos e juridicamente iguais entre si, resulta evidenciado que, no fundo, é uma prática política dos Estados.

Verifica-se assim que o Direito de Asilo, apesar de ter como finalidade a proteção da pessoa humana, é ainda considerado um direito de Estado e não do indivíduo. Significa, linearmente, que o Estado não está obrigado a conceder o asilo, mas apenas o faz se quiser.

Encontramos nesse sentido as Convenções latino-americanas, que vêm sendo realizadas periodicamente desde 1889 com o Congresso Internacional de Montevideú, que consagrou o Asilo Diplomático e Territorial nos seus arts. 15, 16, 17, e 18. Inúmeras outras Convenções e Tratados se seguiram, podendo salientar-se, dentre outras, a Convenção sobre Asilo de Havana (1928); a Convenção sobre Asilo Político de Montevideú (1933); o Tratado sobre asilo e Refúgio Político de Montevideú (1939); e, finalmente, a Convenção Interamericana sobre Asilo Diplomático de Caracas de 1954.¹⁴

O 1º Congresso Hispano-Luso-Americano realizado em Madri (1951) considera o Direito de Asilo como uma instituição admitida e praticada pela comunidade Hispano-Luso-Americana, entendendo também como faculdade do Estado a concessão ou não desse direito. Essa declaração é dentre todas que abordam a matéria a mais avançada e, ao mesmo tempo, a mais paradoxal, se analisarmos o preâmbulo da declaração fundamental: “o direito de asilo é um direito inerente à pessoa humana, devendo conceder-lhe o Estado solicitado em virtude da sociabilidade universal de todos os povos”. Parecia que, a priori, impor-se-ia ao Estado solicitado o dever de conceder o asilo, porém o art. 5º do texto das Resoluções consagra-o como Direito Facultativo do Estado Asilante.¹⁵

O trabalho realizado no Congresso, tomando como ponto de partida para o estudo do Direito de Asilo, os Direitos Humanos, revela a conexão do asilo aos direitos humanos, e neste particular que reside o seu valor doutrinal.

14 Convenção sobre Asilo Diplomático – Caracas 1954. Art. 2º “Todo o Estado tem o direito de conceder asilo, porém, não é obrigatório a outorgá-lo nem a declarar por que o nega”.

15 1º Congresso Hispano-Luso-Americano, 1951, art. 5º: “O asilo pode ser concebido nos imóveis afetos às representações diplomáticas e consulares, nos navios de guerra, nos navios do Estado asilante afetos a serviços públicos, nas aeronaves ou afetas a um serviço militar e nos lugares dependentes de um órgão do Estado asilante admitido a exercer autoridade no território”.

4 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DE ASILO: EUROPEU E LATINO-AMERICANO

Para a construção do Direito de Asilo a partir dos Direitos Humanos, é necessário assentar-se determinadas particularidades do instituto de Asilo, ressaltando, a princípio, o seu caráter eminentemente humanitário presente desde a sua origem, bem como a sua prática freqüente e raramente convencionalizada,¹⁶ sendo pois ditadas por princípios universais de equidade, de liberdade, e direitos essenciais à pessoa humana, e ainda, o seu inerente caráter político, facilmente detectado numa retrospectiva histórica da prática do asilo.

Particularmente, no tocante às relações luso-brasileiras, encontramos esta conexão entre a política e o direito presentes no instituto de asilo no momento da sua prática. Podemos para tal citar o episódio da Revolta da Armada ocorrida no Brasil em 1893, em que os comandados de Saldanha da Gama se refugiaram nos navios de guerra portugueses “Afonso Albuquerque” e “Mindello”; a paixão do momento político levou as autoridades locais a pedirem a entrega dos refugiados, e não sendo atendida a solicitação, o Brasil respeitou as relações diplomáticas com Portugal, menos por isso do que pela irritação do Marechal Floriano Peixoto, então na chefia do governo, “devido ao desempenho que Portugal teria demonstrado no sentido de ser reconhecida a beligerância dos revoltosos, pelo governo de Washington”.¹⁷

Fato idêntico teve lugar em Portugal durante a Revolução Republicana de 1910, quando foi concedido asilo a bordo do cruzador brasileiro “São Paulo”, asilo esse respeitado pelo então novo regime português.

A interação jurídico-política no instituto de asilo é próxima e imediata. Isso levou muitos autores a não conhecerem valor no asilo, mais especificamente ao diplomático, concluindo estes que tal forma de asilo é uma intervenção política de um Estado dentro do território de outro Estado soberano.

É certo que durante a evolução do Asilo Diplomático até sua forma adquirida atualmente, podemos tecer críticas sobre esse aspecto. Não nos deteremos aqui numa análise histórica pormenorizada, mesmo porque foge ao nosso objetivo de precisar a construção do asilo político a partir dos direitos humanos. Contudo, neste intuito evidenciamos dois momentos no processo histórico do asilo diplomático, quais sejam, a prática européia e a prática latino-americana.

A prática européia do Asilo Diplomático veio numa linha de continuidade do Asilo Religioso e Eclesiástico, e deste assimilou alguns aspectos como a concessão da proteção do asilo a delinquentes comuns, sendo raros os casos em que foram concedidos a criminosos políticos.

16 Salvo como referimos à prática Latino-Americana, a qual busca a perfeição jurídica na seqüência de convenções, imbuídas estas de princípios humanitários.

17 CORREA DA COSTA, Sérgio. *A diplomacia do marechal*. Rio de Janeiro: Zélio Valverde, 1945, p. 267-268.

O liberalismo dos embaixadores não só em relação à “guarida” dos criminosos, mas também na concessão do asilo, provocou incidentes por vezes de gravidade, especialmente no que se refere ao *jus quarteriorum* ou *la franchise des quartes*, que propiciava a ampliação dos seus privilégios para além da missão diplomática, abrangendo até todo o bairro onde esta se localizava. Essa prática prevaleceu até os fins do século XVIII, e mesmo, no princípio do século XIX, como um direito público de fundamento consuetudinário. E nesse sentido, todos os Estados da Europa o praticaram.

A prática Latino-americana teve início com a independência das então colônias. O Jurisconsulto CARLOS FERNANDES ao apreciar a questão observa que “os Estados latino-americanos nasceram à sombra do liberalismo e que, na ordem político-civil, era básica a noção de que as liberdades do homem e do cidadão o tornavam inviolável”.¹⁸

A apreciação parece-nos exata. Realmente era liberal a atmosfera do século da razão. Vinha impregnada de um idealismo ativo, com a mística dos direitos imprescindíveis do homem, e isto refletir-se-ia em toda a evolução do instituto na América Latina (especialmente nos tratados e convenções já mencionados). Com exceção do Brasil, onde o Império independente surge íntegro com as instituições públicas preservadas na continuidade monárquico-constitucional, na América Latina, abre-se um ciclo de combatividade política ao serviço de ideários políticos e convulsões revolucionárias que, geralmente, suprimiriam as garantias normais de justiça.

É nesse ambiente instável de acontecimentos e condicionamentos que se criou a propensão para as nações latino-americanas de tentarem dar forma a princípios genéricos. Outro fator que influenciou para o desenvolvimento convencional do direito de asilo foi o de considerar a própria instituição como um meio de luta contra os governos ditatoriais.

Ainda que exposta de forma bem sucinta, é possível aduzir que a evolução histórica desse direito assume na América Latina a forma de Direito Particular, pois, circunscrito vem a uma área regional, isto é, dentro dos “acordos regionais” a que fizemos referência.

Tal realidade induziu a doutrina a inclinar-se durante algum tempo para a afirmação de que seria o Asilo Diplomático um sistema normativo de formação e vigência exclusivamente regional, ou um ordenamento especial oriundo de contingências históricas análogas, e destinado, tão-somente, a reger o espaço jurídico latino-americano.

Porém, verifica-se hoje uma nova propensão do entendimento doutrinário, visando ampliar o âmbito especial de aplicação dessa instituição jurídica, visto que uma análise global vem demonstrando que a instabilidade política já deixou de ser um mal latino-americano. As manifestações de injustiça e conflitos ideológicos, inserem-se atualmente no campo político das nações, sobrepondo por vezes as vicissitudes políticas aos valores humanos.

18 FERNANDES, Carlos A. *Do asilo diplomático*. Coimbra: Coimbra, 1961, p. 122.

Isso tem levado juristas e estadistas, previdentes ou realistas, a cogitar uma regulamentação internacional do direito de asilo, procurando uma fundamentação universal para o instituto, na medida em que se apercebe a problemática emergente da interação jurídico-política contida no asilo com a sua natureza humanitária.¹⁹

Neste ponto converge o esforço doutrinário para a fundamentação do instituto, e a problematização surge, paulatinamente, como reflexo da sua prática. Queremos com isso significar que é a dinâmica desta interação de fatores que exige uma tese jurídica sustentável – é o conflito ou sobreposição de soberanias entre o Estado asilante para com o Estado territorial; é o indivíduo no direito de asilo e o confronto com o poder discricionário do Estado em concedê-lo.

5 O ESFORÇO DOUTRINÁRIO OBJETIVANDO UMA FUNDAMENTAÇÃO SUSTENTÁVEL

Muitos autores que trataram o asilo deram-lhe por fundamento a regra da imunidade das legações e a inviolabilidade. A ficção da extraterritorialidade formulada HUGO GROCIO, foi a primeira tentativa para uma fundamentação jurídica do instituto de asilo, segundo a qual os edifícios das legações eram considerados como prolongamento do solo da pátria que representam.

Nessas circunstâncias, qualquer violação desses edifícios por parte das autoridades locais, equiparar-se-ia à violação do território de um Estado no estrangeiro. Favorecidos por essa ficção, nasceriam os direitos de asilo, porém a teoria da extraterritorialidade encontra-se totalmente abandonada.²⁰ A inviolabilidade da delegação, não reside na extraterritorialidade do diplomata, mas é antes considerada como um privilégio, mais em virtude das suas funções do que do caráter territorial da sede da sua embaixada.

Outros autores tratam de atribuir uma justificação jurídica para o instituto, fundamentam-se na cortesia internacional e na reciprocidade.²¹

É de se denotar o posicionamento contrário que se depreende pelo art. 3º da Conferência Internacional Americana realizada em Montevidéu, onde o Asilo Político “por seu caráter de instituição humanitária não fica sujeito à reciprocidade. Todos os homens podem estar sob sua proteção, seja qual for sua nacionalidade”.

19 Conforme CARVALO, Júlio Marino de. *Asilo político e direito humanos*. São Paulo: Forense, 2000, p. 234, “O problema de asilo internacional vem a muito tempo chamando a atenção dos juristas, que perceberam a necessidade de sua sistematização em letra convencional, além da sua consagração em direito interno. A tarefa não se tem apresentado fácil, não só em razão de discrepância doutrinárias, como sobre tudo da escassa disposição de alguns Estados de realizá-la, por inconfessáveis interesses de natureza política e econômica”.

20 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1036.

21 A fundamentação jurídica do asilo pretendida com base nessas premissas era concebida pela corrente defensora da Doutrina Moore.

Encontramos, ainda, os que comungam da opinião de que a sua obrigatoriedade está conjuntamente nas “imunidades diplomáticas e em considerações humanitárias” (Comitê Jurídico Interamericano, reunião de 1952).

Outro fundamento jurídico do instituto apontado por CARLOS A. FERNANDES foi elaborado por GEORGE SCELLE e baseava-se na concepção do asilo como uma competência de controle recíproco dos Estados “para conseguir que a justiça seja bem aplicada e a humanidade seja respeitada”. Essa Instituição jurídica, acrescentava: “É uma das que dentro do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, tem o nome: chama-se um princípio geral de direito”. Entendido este como uma regra de técnica jurídica comum a várias ordens jurídicas ou sistemas especiais de direito, graças a qual esses sistemas de direito podem realizar-se, e tornar-se verdadeiramente efetivos²²

Ressalva-se que a doutrina contrária à conceituação jurídica do direito de asilo vinha, ao negar seu caráter de instituição jurídica, excluí-lo imperativamente do direito internacional, não lhe reconhecendo, inclusive, a sua existência quanto ao seu caráter consuetudinário livremente aceito.

Tais entendimentos advinham da concepção “positivista voluntarista” do direito, atualmente superada como fonte do Direito Internacional, posto que a soberania absoluta defendida por essa corrente tem mesmo como corolário a negação do Direito Internacional em si.²³

Por outro lado, em relação às teorias levantadas pela corrente doutrinária que buscou uma fundamentação jurídica do instituto, observou-se que essas foram susceptíveis de críticas, sobretudo por não demonstrarem suficientemente a abrangência para sustentar um condicionamento da função complexa do instituto no campo do direito internacional público, bem como revelam insuficiência de amplitude na especificação quanto às finalidades do instituto, sendo estas de natureza humanitária e jurídico-sociais, senão inclusivamente políticas em certa medida.

6 O DIREITO DE ASILO COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Modernamente, e com o apoio de numerosos autores, assinala-se uma tendência de conferir ao Direito de Asilo sua conexão real e efetiva com os Direitos Humanos. Na verdade, a articulação da formação do novo Direito dos Direitos Humanos²⁴ está a

22 Apud FERNANDES, Carlos A. *Do asilo diplomático*. Coimbra: Coimbra, 1961. p. 76.

23 A corrente positivista voluntarista do Direito Internacional foi dominante no século XIX e preponderou até aos primeiros quartéis do século XX, a qual concebia no Direito Internacional como sujeitos apenas os Estados soberanos e reduzia as suas fontes dos tratados e Costumes. A negação do asilo com instituição fundada na tese de ser o asilo oriundo de costumes e tratados regionais e por considerar o asilo como oposição à soberania do Estado. Em síntese: o Direito Internacional era criado pela vontade dos Estados Soberanos.

24 “Este novo direito impõe-se, a meu modo de ver irreversível, pela conjunção de dois significativos fatores: por um lado, a atribuição expressa de funções, pelos próprios tratados de direitos humanos, aos

abranger as normas de proteção de origem tanto internacional quanto nacional emergentes do chamado Novo Direito Internacional.²⁵ É nesse sentido que se manifesta *L'institut de Droit International*, na sua reunião realizada em Bath, em 1950, que mesmo tomando como ponto de partida o estudo do Direito de Asilo no quadro tradicional dos direitos e deveres do Estado e não como direito do indivíduo, constata que “o reconhecimento dos direitos da pessoa humana exige novos e mais amplos desenvolvimentos do asilo”.²⁶

Note-se que as resoluções tomadas foram influenciadas pela teoria dos Direitos Humanos, base de uma restauração do Direito Internacional, como expressa no seu preâmbulo. E, nas considerações finais, foi emitido voto no sentido de que se estude o futuro do estatuto do asilado com base nos direitos humanos.

Dentro dessa linha de pensamento, qual seja, a de encontrar uma conexão entre o Asilo e os Direitos Humanos, está o 1º Congresso Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, realizado em Madri e Salamanca em 1951. O avanço nesse sentido é inofismável, pois, ao tomar como ponto de partida para o estudo do direito de asilo, os direitos humanos, já no preâmbulo expressa “que o Direito de Asilo é um Direito Inerente à pessoa humana, devendo conceder-lhe o Estado solicitado em virtude da sociabilidade universal de todos os povos”.

Essa Declaração é, entre todas a cerca da matéria, a mais avançada e contundente, parecendo que imporia ao Estado solicitado o dever de conceder o Asilo. Contudo, a crítica mais severa, no que se refere ao conteúdo da Declaração é feita no próprio texto, em seus artigos, os quais por vezes são obscuros e omissos. O art. 5º, em conflito com o preâmbulo da Declaração, consagra, ao que parece, o asilo como sendo faculdade do Estado asilante, ao dispor: “O Asilo pode ser concedido nos imóveis (...) do Estado Asilante.”²⁷

órgãos públicos do Estado; e, por outro, a referência expressa, por parte de um número crescente de constituições contemporâneas, aos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos, incorporando-os ao elenco dos direitos garantidos no plano do direito interno.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 19.

25 “Democracia, cidadania, direitos humanos, Estado de Direito e sociedade são elementos interdependentes, e não mais restritos ao território nacional. O medo de uma nova grande guerra e a preocupação com a reconstrução dos mercados consumidores e produtores mundiais foram fatores que motivaram, na Segunda metade do século XX, a retomada das relações internacionais entre Estados. O transito de mercadorias, seguido pelo de pessoas e capitais, motivou a necessidade de rever conceitos e pressupostos. Nasce o Novo Direito Internacional.” ANNONI, Danielle. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 99.

26 Na parte final do preâmbulo: *Constatant que la reconnaissance internationale des Droits de la personne humaine comande de nouveaux et plus amples développements de l'asile. Considérant en particulier que l'exode massif d'individus contraints pous de rasons politiques de quitter leur pays impose aux États le devoir de joindre leur efforts en vue de pouvoir aux exigences de pareilles situations.*

27 Carlos Fernandes manifesta-se sobre a matéria com o seguinte entendimento: “na verdade nada serve pretender impor deveres aos estados, quando eles não se sentem na obrigação de respeitá-los (...) A doutrina do Congresso Hispano-Luso-Americano (1951) é, por enquanto, uma esperança, com poucas probabilidades de realização no mundo atual”. In: FERNANDES, C. op. cit., p. 154.

Por outro lado, omitiu-se uma referência ao problema da tipologia do Delito Político, para amparo do asilo, deixando um posicionamento mais sólido sobre a questão, em sua recomendação final: “que nas futuras convenções (...) determinem em anexos, as figuras dos delitos políticos cujos sujeitos possam ser beneficiados por esta instituição”.

Em que pesem os aspectos negativos aqui levantados, esses não afetam o valor doutrinário que possui a Declaração Hispano-Luso-Americana como um todo. Vale dizer, a sua importância que detém ao consagrar a conexão entre asilo político e direito humanos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A TENDÊNCIA ATUAL DA DOUTRINA

A questão que se coloca diante da tendência atual da doutrina – Direito de Asilo como expressão dos Direitos Humanos – é complexa e instiga questionamentos: propiciará uma regulamentação da matéria de Asilo no Direito Internacional Público, de forma universal, que se coadunem ou solucionem os conflitos de soberania (Estado asilante *versus* Estado territorial), e de direitos (indivíduos *versus* poder discricionário do Estado), intrínsecos à prática do Asilo? E ainda, aglutinará no seu todo a função e finalidade inerentes ao instituto?

As indagações ganham procedência, à medida que o esforço doutrinário anterior à tendência atual sofreu críticas decisivas, que demonstraram sua inadequação para, no âmbito do Direito Internacional Público, evitar conflitos relativos à soberania dos Estados, sustentar o próprio Direito do asilado e condicionar o aspecto jurídico-político do instituto e sua própria finalidade de natureza humanitária.

A presente realidade mundial, com a globalização e livre circulação de pessoas, exige uma ampla abordagem da questão, por meio de uma análise, tanto na esfera do Direito Interno, como do Internacional, no intuito de se delinear o instituto de asilo, não só no campo de sua aplicação e eficácia, mas de seus efeitos jurídicos.

A princípio, admite-se que a vida internacional e o Direito Internacional são largamente influenciados por considerações político-jurídicas, além das de humanidade – observe-se que a Declaração Universal de Direitos do Homem, visa assegurar o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades fundamentais do homem, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, e esta tem por finalidade essencial manter a cooperação jurídica da ordem internacional.

Num segundo momento, caso se considerar o Estado como sendo uma organização político-jurídica de uma sociedade com Governo próprio e soberania – entendida soberania sob dois aspectos: no condicionamento internacional das relações recíprocas entre Estados, e na esfera interna a sua autoridade e competência para realizar o bem público –, nota-se que este fim geral constitui-se meio para que os indivíduos possam atingir os seus fins particulares num pressuposto Estado de Direito.

E, na medida em que a idéia de soberania da entidade do Estado se encontra no campo do Direito Internacional, só ganha sentido quando considerada na relação com outros Estados – não há subordinação nem dependência, mas sim igualdade.

Nota-se nesses pressupostos, então, que o Estado se encontra, conseqüentemente, sob o domínio simultâneo do Direito Internacional e do Direito Interno, revelando reciprocidade da índole da ordem jurídica internacional com o Estado de Direito como pressuposto interno.

O Asilo político, nessa conjuntura, implica a ineficácia do Estado Territorial ou a ilegalidade por parte dos governantes (não há identidade entre a vontade dos governantes e a soberania), não acarretando, assim, violação da soberania local, cujo respeito o instituto pressupõe. O Asilo em si não envolve, portanto, concorrências nem conflitos de jurisdição.

O instituto de Asilo, no momento em que estabelece a sua ligação com os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, visando uma análise para a regulamentação universal dentro da estrutura clássica do Direito Internacional, isto é, direitos e deveres dos Estados, faz com que a própria doutrina atual, manifeste duas correntes de pensamento. Certos autores entendem que o Direito de Asilo só terá exercício efetivo quando o Estado for obrigado a concedê-lo; outros, que o direito não poderá sobrepor à soberania do Estado na concessão.

É de se ressaltar, neste particular, o entendimento de CARLOS FERNANDES na apreciação da matéria, ao conceber o Asilo Político como um direito fundamental do indivíduo – o direito à vida, à liberdade, à segurança – e, analisando-o no âmbito do Direito Internacional Tradicional, retira a brilhante construção jurídica, ao conceber o Asilo como um Direito Essencial, ou antes, um meio de defesa por parte do asilado, que pode ou não ter fundamentos (diante dos motivos depreendidos da perseguição), ou justificação (diante dos delitos praticados).²⁸ Por seu lado, o Estado pode ou não conceder-lhe o Asilo, isto é, dar-lhe ou não a proteção, porquanto o julgue fundamentado e justificado, atuando obrigatoriamente de boa-fé. Contudo, a vida da comunidade internacional demonstra o concurso de hegemonias políticas, as quais não podem prevalecer no Direito Internacional, posto que implicariam a sua negação.

Em conclusão, o Asilo, como entende CARLOS FERNANDES, será um direito-faculdade do Estado e não um dever puro e simples, enquanto se considerá-lo como exercício de um Direito Essencial do homem.

Por nossa parte, consideramos patente a interação jurídico-política do instituto de Asilo. Isto, porém, levou muitos autores a não reconhecerem o valor no Asilo, especificamente o Diplomático, concluindo que seria a interferência de um Estado dentro de outro Estado soberano.

O que é necessário para a presente questão é precisar o indivíduo no Estado e estabelecer a distinção entre soberania e poder político – já que atualmente o Asilo não

28 FERNANDES, Carlos A. Op. cit., p. 189.

é entendido como definido acima, mas antes como a subtração à ação do Estado Territorial do seu poder político sobre um indivíduo, o que é compreendido como a possibilidade efetiva que tem o Estado de obrigar os indivíduos a determinado ato cujo objetivo deve ser o bem público. Quando o exercício do poder não visa esse bem, não é mais poder do Estado, não é mais um direito, não obriga jurídica e moralmente, é apenas força e violência de homens que estão no Governo.

Daí dizer-se que, a princípio, o asilado não se opõe ao Estado soberano, mas sim ao Governo e ao seu poder político, tanto é que o crime para gozo e amparo do asilo deverá ser sempre de ordem política.

Podemos também verificar que concepção do Direito de Asilo como expressão dos Direitos Humanos estrutura-se na esteira de uma já sentida tendência do Estado em se apresentar como meio para realizar as finalidades do homem, ao passo que o instituto do Asilo, no Direito Internacional, deve evoluir para apresentar-se como novo artefato de garantia dos direitos essenciais do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANNONI, Danielle. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- ARAUJO, Nadia de et al. *O direito internacional dos refugiados – uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AREND, Márcia Aguiar. Direitos Humanos e Tributação. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *Temas de direito tributário*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- BATISTA, Vanessa Oliveira. *União européia – livre circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CARVALO, Júlio Marino de. *Asilo político e direito humanos*. São Paulo: Forense, 2000.
- CORREADACOSTA, Sérgio. *A diplomacia do marechal*. Rio de Janeiro: Editora Zélio Valverde, 1945.
- FERNANDES, Carlos A. *Do asilo diplomático*. Coimbra: Coimbra, 1961.
- GIGENA, Carlos Torres. *Asilo diplomático – su teoría y práctica*. Buenos Aires: Laley, 1960.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos; um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais. Doutrina e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris, 2000.
- MONCADA, Hugo C. *O Asilo interno em direito internacional público*. Coimbra: Coimbra, 1946.