

DIREITO
PÚBLICO

Asilo político:**Uma proposta alternativa sob a ótica constitucional.****Siddharta Legale Ferreira¹****Adriano Corrêa de Sousa²**

3

Sumário: I. Colocação do Problema: Premissas Metodológicas. II. Visão panorâmica do trabalho. III. Asilo político como discricionariedade estatal: uma questão soberana. IV. Asilo político como direito subjetivo: a soberania relativizada. V. Asilo político como princípio constitucional: uma proposta alternativa. VI. Estudo de casos. VII. Apontamentos finais. VIII. Referências bibliográficas.

Resumo: O direito de asilo político será discutido do ponto de vista do direito constitucional positivo brasileiro. Enfrenta-se a polêmica em relação a sua natureza: direito subjetivo ou discricionariedade estatal. São apresentadas as fragilidades de ambos os posicionamentos. Em seguida, toma-se uma posição pessoal, qual seja, a de negar a possibilidade de considerar o instituto em abstrato como direito subjetivo ou discricionariedade estatal. Para tanto, coloca-se a norma constitucional como princípio setorial de eficácia limitada de princípio institutivo. Demonstra-se a possibilidade de ponderação da concessão ou indeferimento à luz do caso concreto, estabelecendo critérios para reduzir o subjetivismo no momento da decisão em investir ou não o estrangeiro na condição de asilado.

Abstract: The right of asylum will be discussed under the point of view of brazilian constitutional law. Dispute over its nature, that is, whether it is a subject right or a state power, is tackled. The shortcomings of both views are presented. Then, we claim a personal

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitor de Direito das Relações Internacionais Público em 2006. Monitor de Direito Constitucional em 2007 e em 2008. E-mail: siddhartalegale@yahoo.com.br

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitor de Direito das Relações Internacionais Privado em 2007. Monitor de Direito Constitucional Positivo em 2008. E-mail: adrianosousa@vm.uff.br

³ Gostaríamos de agradecer ao professor de Direito Constitucional da UFF, Cláudio Pereira de Souza Neto, e ao professor de Direito das Relações Internacionais Público da UFF, Eduardo Manuel Val, pelos ensinamentos, leitura crítica e sugestões. Agradecemos também a Bacharelada em direito pela UFF, Zeneida Girão da Cunha, monitora de Direito das Relações Internacionais Privado, pelas discussões travadas e pelo material enviado, bem como pela participação na versão preliminar endereçada a jornada jurídica realizada no IBMEC do Rio de Janeiro. Essa versão foi publicada sob o nome de **Asilo político: Discricionariedade estatal ou direito subjetivo? Uma proposta alternativa sob a perspectiva constitucional.** Encontra-se disponível no site: http://www.ibmecrj.br/sub/rj/files/jornada_2007/programacao.php.

position which denies the possibility of regarding the institute both as a subject right and as a state power. The possibility of weighing whether to deny or to concede the asylum in the light of each concrete case is demonstrated, after setting criteria to decrease the amount of subjectivism affecting the decisions.

I. Colocação do problema: premissas metodológicas

Durante muito tempo, o direito de asilo político foi relegado a um segundo plano pelos juristas brasileiros. A bibliografia rarefeita, esparsa e descontínua comprova essa afirmação. Atualmente, algumas publicações sobre o tema foram editadas, modificando a despreocupação de costume.⁴

A maioria delas, contudo, decorre de produções de um ponto de vista da doutrina do direito internacional. Em geral, os internacionalistas explicam a diferença entre asilo territorial e diplomático e, ainda, entre asilo e refúgio.(ANDRADE, 2000: p. 82-84). Vejamos essas questões preliminares.

Em relação à diferença entre o asilo territorial e o diplomático, usualmente, os internacionalistas colocam que o *asilo territorial*, também chamado de *externo ou internacional*, é outorgado pelo Estado por onde o asilado penetra, fugindo do país no qual via seus direitos fundamentais em franca ameaça.(MELLO, 1994: p. 150), (REZEK, 2002: p. 207)

Diversamente do *asilo diplomático*, denominado igualmente de *interno*, que se refere à acolhida em prédio de missão diplomática ou residência de Chefe de missão diplomática. (GUERRA, 2005: p. 124-146), (MELLO, 1994: p. 149). Por sua própria composição, “essa modalidade significa apenas um estágio provisório para o asilo territorial, a consumir-se no solo daquele mesmo país cuja embaixada acolheu o fugitivo, ou eventualmente no solo de um terceiro país que o aceite.” (REZEK, 2002: p. 207-208)

José Francisco Rezek lembra um exemplo interessante: “O acolhimento do general Humberto Delgado – líder da resistência ao regime salazarista pela embaixada

⁴ Ver PIOVESAN, Flávia. **O Direito de Asilo e a Proteção Internacional**; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Asilo e Não-violência**; POGREBINSCHI, Thamy. **O direito de asilo e a Constituinte de 1987-88**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O Direito Internacional dos Refugiados Brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

do Brasil em Lisboa, em fevereiro de 1959”. (REZEK, 2002: p. 208)

Júlio Marino Carvalho acrescenta o asilo militar a essa tipologia tradicional. Segundo o autor, ocorreria a bordo de navios de guerra, aeronaves militares ou acampamentos no caso de ocupação militar em território estrangeiro. (CARVALHO, 2000: p. 30)

Muito embora haja semelhanças entre os institutos do asilo e do refúgio, como, por exemplo, a proteção internacional de indivíduos perseguidos,⁵ é possível estabelecer uma série de diferenças.⁶ A propósito, é esclarecedora a esquematização delas, realizada por José H. Fischel de Andrade:

‘asilo’ é um instituto jurídico regional, vislumbrado pela primeira vez em instrumento regional, pelo Tratado de Montevideu sobre Direito Penal Internacional, de 1889, sendo regulamentado, na atualidade, por vários instrumentos regionais. ‘Refúgio’ é um instituto jurídico global, vislumbrado pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967, cujo desenvolvimento deu-se a partir do Acordo Relativo à Emissão de Certificados de identidade para Refugiados Russos, de 1922. Foi tão-só recentemente que o refúgio encontrou expressão em instrumentos regionais convencionais e não-convencionais – respectivamente a Convenção da OUA de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984;

- ‘asilo’ é um instituto jurídico que pode ser aplicado, e portanto brindar proteção, dentro das fronteiras dos países ‘produtores de

⁵ ANDRADE, José H. Fischel de. Regionalização e harmonização da definição de refugiado e dos procedimentos para determinação da condição de refugiado no âmbito do MERCOSUL. In: _____ CASELLA, Paulo Borba. Mercosul: globalização e Integração Regional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 84: “Não obstante as diferenças existentes entre as definições e os estatutos jurídicos de ‘asilado’ e ‘refugiado’, pode ser asseverado que os institutos do ‘asilo’ e do ‘refúgio’ são complementares e compartilham as mesmas premissas, nomeadamente, a proteção de indivíduos perseguidos. Ao se comparar ‘asilo’ e ‘refúgio’ à luz de suas dessemelhanças e similaridades, e ao se discutir a identificação do melhor sistema para se proteger pessoas perseguidas, aceita-se, geralmente, que o sistema global do ‘refúgio’ é muito mais preciso, moderno e atual. Este, portanto, brinda melhor e mais ampla proteção internacional àqueles que a necessitam. O sistema regional do ‘asilo’ é considerado mais estreito, inferior em escopo, e inadequado quando da necessidade de responder aos desafios resultantes dos fluxos forçados de pessoas. Portanto, quando se considera a harmonização de definições de refugiado na América Latina, deve-se preferencialmente ter em mente os conceitos de ‘refugiado’ a nível global (Convenção de 1951) e, em segundo lugar, a nível regional (Declaração de 1984), deixando portanto de lado, mas não esquecendo, a existência histórica e a importância prática frequente das definições regionais de ‘asilado’ ”

⁶ Para mais detalhes sobre o refugio e o refugiado, leia-se: CASELLA, Paulo Borba. **Refugiados**. Revista de Informação Legislativa A. 21, n. 84, out./dez, 1984. E, também, CASELLA, Paulo Borba. **Refugiados: conceito e extensão**; PIOVESAN, Flávia. **O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O Direito Internacional dos Refugiados Brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

asilados’, este é o caso do asilo diplomático. O ‘refúgio’ pode tão-somente ser considerado se a pessoa em questão cruzou a fronteira de seu país de origem;

- para ser considerado um ‘asilado’, o indivíduo necessita estar sendo in actu exercitu perseguido. Para um ‘refugiado’ é suficiente ter um ‘bem fundado temor de perseguição’, o qual não necessariamente se materializou ainda;

- um ‘asilado é perseguido devido a crimes políticos. A definição de ‘refugiado’ é mais ampla, uma vez que menciona opiniões políticas e, ademais, engloba outros motivos, a saber, raça, religião, nacionalidade e pertinência a determinado grupo social;

- no que respeita aos ‘asilados’, nenhuma organização foi estabelecida para supervisionar e colaborar na implementação dos instrumentos de asilo; o que não acontece quanto aos instrumentos relativos a ‘refugiados’, onde o ACNUR tem um papel importante e significativo nessas atividades, ademais de desenvolver e difundir os princípios aplicáveis à proteção dos refugiados;

- os instrumentos de ‘asilo’ não contêm cláusulas de cessação ou exclusão, as quais são vislumbradas em instrumentos de ‘refúgio’; e

- A concessão da condição jurídica de ‘asilado’ tem natureza constitutiva. A obtenção da condição jurídica de ‘refugiado’, por sua vez, se dá por meio de um ato de natureza declaratória, mediante o qual o Estado reconhece o indivíduo como refugiado. (ANDRADE, 2000: p. 82-84)

Do ponto de vista do direito constitucional, no entanto, a diferença não parece tão relevante. O importante, nesse olhar, refere-se à proteção do ser humano nas relações internacionais. Tanto é assim que a Lei 9.474/97, em seu artigo 1º, reconhece por refugiado:

(...) todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; (...) ⁷.

Ora, perseguição por causa de opiniões políticas esbarra em campo semântico análogo ao do asilado. Nesse sentido, a despeito de ter sido voto vencido, o Ministro

⁷ Folha Online, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/esporte/ult92u332238.shtml>>. Acesso em 28.10.2007.

Gilmar Mendes chegou a proferir um voto reconhecendo a ausência de diferenças substantivas entre ambos os institutos.⁸

Na prática, observa-se a dificuldade em diferenciar os institutos, por exemplo, nos recentes casos, envolvendo atletas cubanos em diversos países nos jogos Pan-americanos de 2007, no Rio de Janeiro. Os atletas da referida nação abandonaram sua delegação. Rafael Capote, jogador de handebol, deixou a Vila Pan-americana para viajar a São Caetano do Sul, na Grande São Paulo, com vistas a jogar em um time local, ao mesmo tempo em que ingressou com pedido de refúgio. Percebe-se, nesse caso, um fundado temor no que diz respeito ao exercício de sua liberdade, pois caso procedesse pela via normal, dificilmente poderia ser autorizado a deixar o país cujo regime é totalitário. Por outro lado, na época alguns jornais, provavelmente, por desconhecimento do instituto, empregaram o termo asilo político para o pedido do jogador.⁹

Em outro caso, no mesmo evento esportivo, dois boxeadores cubanos, Guillermo Rigondeaux e Erislandy Lara, fizeram o mesmo que seu compatriota. Contudo, foram orientados por seu empresário, Michael Doering, que visava ingressá-los no circuito europeu de boxe. Encaminhados à Polícia Federal para prestar esclarecimentos, supostamente, declararam que desejavam retornar ao seu país e estavam arrependidos de terem fugido da delegação cubana. Depois disso, dentro de poucos dias estavam embarcando de volta a Cuba em um episódio suspeito e obscuro. O episódio deu margem a fazer pensar que ou o governo brasileiro expulsou os atletas ignorando seus direitos fundamentais ou, tão grave quanto, foi ingênuo e apressado em aceitar seu retorno “espontâneo” à Cuba¹⁰. Diante disso, o Embaixador Marcos Azambuja afirmou que, nas relações internacionais, permitem-se poucos erros e um

⁸ STF, DJU 21.mar.2007, Ext 1008/República da Colômbia, Rel. Originário Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence: “Vencido o Min. Gilmar Mendes, relator, que, **não vislumbrando diferenças substanciais entre os institutos do asilo e do refúgio**, e afirmando não estar o Supremo vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa do benefício, na linha da orientação fixada pela Corte na Ext. 232/República de Cuba (DJU de 17.12.62) e na Ext 524/Governo do Paraguai (DJU de 8.3.91), conferia ao art. 33 da Lei 9.474/97 interpretação conforme a Constituição, no sentido de que só haveria óbice à extradição nos casos em que se imputasse ao extraditando crime político ou de opinião ou, ainda, quando as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrassem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada.”(grifos acrescentados)

⁹ Folha Online, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u332238.shtml>>. Acesso em 28.10.2007.

¹⁰ Folha Online, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u332238.shtml>>. Acesso em 28.10.2007.

pecado político não pequeno se refere à ingenuidade¹¹. Difícil acreditar que, dentro de duas semanas alguém que abandona seu país para iniciar uma nova vida volte atrás sem ter algum “fundado temor”.

Ademais, com o devido respeito aos internacionalistas, apontamos a insuficiência de critérios técnicos com alguma serventia na aplicação do instituto do asilo político. Especialmente, critérios capazes de guiar a administração e o judiciário na tarefa de controle, por exemplo, da legitimidade dos casos em que o asilo deve ser concedido ou negado.

Dessa forma, o Judiciário fica aparentemente desprovido de parâmetros claros para analisar os (in)deferimentos de asilo político por parte do Executivo. Acreditamos, por isso mesmo, ser necessário um olhar diferente sobre a matéria: o do direito constitucional pátrio.

Nesse referencial, o direito de asilo pode ser descrito como princípio constitucional setorial¹² e de eficácia limitada de princípio institutivo¹³⁻¹⁴ cuja incidência deve pautar a atuação do Estado brasileiro nas relações internacionais. Princípio constitucional setorial porque rege mais avidamente um determinado ramo do

¹¹ Programa Espaço Público, veiculado pela emissora TVE Brasil em 2007.

¹² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.16: “E, por fim, os princípios setoriais ou especiais, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outra vez são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública.”

¹³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126: “São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.”

¹⁴ A doutrina brasileira é farta em classificações das normas constitucionais a respeito da eficácia. Aqui, não só por ser a mais difundida, como também ser a mais pertinente a análise desejada em relação ao asilo político, lançamos mão da classificação de José Afonso da Silva. Para outras classificações, confira-se: BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira** <Coligidos e ordenados por Homero Pires> vol2 São Paulo: Saraiva, 1933.; PONTES DE MIRANDA. **Comentários À Constituição de 1946**: Tomo I (arts. 1º -5º). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Eficácia das normas Constitucionais sobre Justiça Social**. Revista Trimestral de Direito Público: 57-58, p. 233-256; DINIZ, Maria Helena. **A Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 93-117. BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio Janeiro: Renovar, 2002.p. 61; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre:livraria do advogado, 2007.

direito, o internacional. Princípio de eficácia limitada de princípio institutivo, pois o asilo é um instituto pré-fixado constitucionalmente para seus efeitos operarem dentro dos limites propostos pela carta constitucional.

Será exposta, posteriormente, uma visão panorâmica de modo a facilitar a compreensão da polêmica quanto a natureza do asilo. Deve-se ressaltar, por fim, apesar do parco tratamento dispensado pela doutrina, sua importância do tema.

Haja vista a necessidade de salvaguardar direitos fundamentais de “indivíduos-pretendentes-à-asilados” frente ao Estado brasileiro no plano internacional. Não se pode tratar o ser humano, seja ele nacional, seja estrangeiro como um súdito submisso a uma soberania estatal absoluta. Afinal de contas, os direitos fundamentais pela Constituição são reconhecidos a todos.¹⁵ Mais que isso, fazemos parte de um Estado Democrático de Direito não só no plano interno, mas também no plano internacional. Portanto, há de se ter atos compatíveis.

II. Visão panorâmica do embasamento constitucional

Preliminarmente ao trabalho de análise em relação ao asilo como categoria constitucional, vale à pena recordar a conhecida classificação dos princípios constitucionais em princípios fundamentais, gerais e setoriais.

Os princípios fundamentais estruturam o Estado e a própria Constituição, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a soberania. Já os princípios gerais, embora não possuam esse vulto axiológico, aplicam-se a diversos ramos do direito como é o caso do princípio da igualdade ou proporcionalidade. Por fim, os setoriais cuja irradiação de efeitos possui mais afinidade a um determinado ramo. (BARROSO, 2006)

Exatamente no último tipo enquadra-se o princípio da concessão de asilo político. Tal classificação dimana do arcabouço constitucional brasileiro. Basta conferir o artigo 4º, X da Constituição Federal. A propósito, leia-se:

¹⁵ Para uma análise densa e profunda do processo histórico de reconhecimento de direitos fundamentais aos estrangeiros no Brasil e no mundo, confira-se: TIBURCIO, Carmen. **The human rights of aliens under international and comparative law.**The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

X - concessão de asilo político.

Seria possível classificar o direito de asilo igualmente como princípio de eficácia limitada de princípio institutivo. De pronto, destaque-se que o caráter limitado da norma não lhe desata da eficácia jurídica¹⁶. Simplesmente, delimita as possibilidades. De um lado, vincula a atividade legislativa a ser realizada futuramente. De outro, traça esquemas que podem chegar até mesmo a revogar normas jurídicas contrárias ou invalidar situações decorrentes delas.¹⁷

Justamente em razão dos efeitos produzidos por esse princípio setorial de eficácia limitada do direito internacional, cuidaremos de delinear certas implicações desse enquadramento.

Abordaremos, inevitavelmente, o entrelaçar com outras normas da Constituição de 1988. O intuito é a construção de um panorama da lógica constitucional a respeito. Precisamente, nesse ponto, objetiva-se constatar a existência de três leituras possíveis do dispositivo constitucional:

- (i) O direito de asilo pode ser lido a partir do princípio da soberania. A implicação prática dessa opção é condenável. Isso porque subordina o direito de asilo à mera discricionariedade estatal, dispensando a motivação tão necessária, sobretudo quando se trata de restrição de direitos fundamentais;
- (ii) O direito de asilo também pode ser analisado como uma decorrência de dois princípios complementares. No plano do

¹⁶ A respeito da eficácia das normas constitucionais programáticas vale conferir: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 135-163.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 132: “Daí já podemos fixar uma primeira orientação sobre a eficácia dessas normas constitucionais: a) se são confirmativas de situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista; b) se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciadas, e a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema contrário a situações, e a nova situação somente poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa.”

direito constitucional positivo interno, como corolário da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, posicionando-se do ponto de vista internacionalista, muito embora conste no rol dos princípios que rege as relações internacionais brasileiras, é possível decantá-lo da prevalência dos direitos humanos.¹⁸ Conseqüentemente, trata-se de um direito subjetivo. Posição essa, adiante-se a crítica, igualmente repreensível haja vista que se estaria a subjugar a soberania estatal sem parâmetros claros, melhor, sem parâmetros mesmo;

- (iii) Por último, preferimos localizar o direito de asilo topograficamente como um meio-termo entre soberania e sua mitigação pela dignidade da pessoa humana/prevalência dos direitos humanos.

O último resulta do nosso trabalho de pesquisa. Resultado esse que conduz a uma conclusão óbvia: quanto mais necessário for o direito de asilo para manter a vida, integridade física, liberdade da pessoa humana, mais ele se torna passível de ser deferido. Ou seja, esse é seu núcleo essencial cujos efeitos devem prevalecer nas relações internacionais entre Estado e indivíduos estrangeiros. Ao contrário, em caso de desnecessidade patente para manutenção do *status humanitatis*, menor será a vinculação do Estado a tal concessão e a soberania poderá incidir sem melindres. Eis, a camada ponderável do direito de asilo.

Com isso, posicionamo-nos por um direito de asilo como um princípio constitucional, dotado de um núcleo essencial e uma camada ponderável.¹⁹ Por um lado,

¹⁸ CRBF/88: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;”

¹⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: 2000, p.111-2: “Um limite que a doutrina a ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o ‘limite dos limites’, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.(...)Note-se, contudo, que existem duas orientações doutrinárias acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que conduzem a resultados pragmáticos muito diferentes: a teoria absoluta e a teoria relativa. A teoria absoluta preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassados em nenhuma hipótese, nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia. Dita teoria é perfilhada, entre outros autores, por Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade. A teoria relativa sustenta, pro sua vez, que o núcleo fundamental só pode ser delineado à luz do caso concreto, mediante a ponderação dos

isso sufoca menos os princípios envolvidos (soberania x dignidade da pessoa humana/prevalência dos direitos humanos), fazendo convergir o ideal da concordância prática. Por outro, estabelece parâmetros racionais para motivação e controle do subjetivismo da atividade jurisdicional e administrativa²⁰. Devemos enfatizar o quanto isso é necessário. Principalmente quando se está diante de uma possível restrição aos direitos fundamentais.²¹⁻²²

Merece uma observação o fato de assumirmos a existência de uma camada ponderável. Especificamente, o fato de tal opção não encerrá-la à condição de mero tecido de gordura a ser execrado. Pelo contrário, trata-se do respeitável conteúdo de uma norma constitucional.

Logo, diante do caso concreto, a aproximação ou afastamento do asilo político pressupõe a análise conjunta do princípio fundamental da soberania, segurança nacional, ordem pública etc. Para tanto, mais do que a simples invocação desses princípios, exige-se a correlação lógica com os fatos em análise, isto é, a motivação da decisão. Aliás, um pressuposto lógico das decisões judiciais na ordem constitucional brasileira (art. 93, IX da CRFB) que deveria ser expandida para decisões do executivo, semelhantes a essa que nega ou defere o asilo ou refúgio.²³

interesses em jogo. Dita teoria acaba reconduzindo a proteção ao núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade. Entre seus adeptos, figuram Robert Alexy e Peter Häberle.”

²⁰ Para mais detalhes sobre a racionalidade e técnicas para reduzir o subjetivismo do julgados confira-se: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. e, ainda, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das Normas Constitucionais**. *Revista de Direito do Estado* nº4, out./dez, 2006, p.25: “O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial - ou real - restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - *direitos fundamentais são restringíveis* - impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação.”

²² O Supremo Tribunal Federal também utiliza a noção de núcleo essencial em alguns casos. Confira-se: HC 82.424, HC 84.862, HC 82959, Inq. 1957, MS 24.369, MS 24.045, RE 427.339, RE 431.121.

²³ **CRFB/88**: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:(...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo

Assinalamos que, embora essas três leituras do asilo político sejam igualmente possíveis do ponto de vista do direito constitucional, a última - que o toma por princípio constitucional- revela maior afinidade tanto junto ao encadeamento semântico do texto da Constituição brasileira, quanto ao contexto contemporâneo.

Por isso mesmo, passaremos, a seguir, antes de explicar de forma mais detalhada nossa posição do direito de asilo como princípio constitucional, à análise dos argumentos e fragilidades das seguintes posições que o tratam como (i) discricionariedade estatal decorrente do princípio da soberania; e (ii) como direito subjetivo que emana da dignidade da pessoa humana.

III. Asilo político como discricionariedade estatal: uma questão de soberania

A maior parte dos autores do direito internacional público insiste em tratar o asilo como decorrência do princípio da soberania estatal. Assume-se, explícita e acriticamente, o julgo do indivíduo ao poder de mando estatal²⁴⁻²⁵. Celso Albuquerque Mello figura entre eles, confira-se:

No Brasil a norma constitucional é meramente programática e cabe ao poder Executivo qualificar o indivíduo como merecedor ou não de asilo. É um ato de soberania. A concessão de asilo é ato de política externa e, portanto, da alçada do Poder Executivo. (MELLO, 1999: p. 152)

Ao transpor as fronteiras do direito internacional, invadindo a seara do Direito Constitucional, o autor comete um equívoco, por certo compreensível. No entanto, com todo respeito, deve ser apontado e desfeito. Ele qualifica o asilo como norma

voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

²⁴ Não desejamos aqui realizar uma digressão para discutir o conceito de soberania. A propósito, remetemos aos autores balizados no tema: BODIN, Jean. **Les six Livres de la République** Disponível: http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Souverainete--De_la_souverainete_par_Jean_Bodin. Também no link: <http://www.uni-mannheim.de/mateo/camenahist/bodin1/te02.html>; ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du Contrat Social** Disponível em: http://fr.wikisource.org/wiki/Du_contrat_social_-_Livre_I#Chapitre_1.7_Du_souverain; CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais: Princípios Políticos aplicais a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1989.

²⁵ Entre nós, MELLO, Celso de Albuquerque. **Anuário direito e globalização: A soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição, Soberania e Mercosul**. Brasília: Revista de Informação Legislativa a. 35 n. 139 jul./set. 1998,p.296;.; STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. **Soberania e Integração Latino-Americana: Uma perspectiva Constitucional do Mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

programática²⁶. Realmente, à primeira vista, tem-se a impressão de que se trata de uma finalidade estatal para...

Ao começar a escrita dessa frase inacabada, percebe-se que algo soa estranho. Conceder asilo seria uma finalidade a pautar os programas do Estado? Definitivamente, não. Trata-se, isso sim, de uma norma de eficácia limitada de princípio institutivo cujos contornos foram preestabelecidos de modo a amarrar a legislação que dissecou ou viria a disciplinar o instituto do asilo²⁷.

Feita essa observação, podemos voltar ao aspecto do asilo como um ato de soberania. Por isso, os autores destacam os limites nos quais o instituto do asilo esbarra. Guido Soraes, por exemplo, chega ao extremo de extrair a consequência de em hipótese alguma haver direito subjetivo do indivíduo. Leia-se:

Enfim, deve notar-se uma característica importante, que faz com que o asilo, tal qual regulamentado, seja um instituto de efeitos limitados, no relativo à proteção internacional dos direitos humanos. Tanto o asilo diplomático, quanto o asilo territorial são institutos que têm, como destinatários de suas normas, os Estados, uma vez que estas os tratam como uma faculdade concedida ao Estado asilante, a quem cabe julgar as condições de sua admissibilidade. **Em nenhuma hipótese, há normas que confirmam a um indivíduo perseguido, por motivos ou delitos políticos, o direito subjetivo de conseguir asilo diplomático ou territorial, pelo simples fato de ter havido uma situação de urgência, em seu país de nacionalidade ou domicílio e de estar asilado nele perseguido**²⁸

Assim, por essa corrente, ao seu bel-prazer, o Estado poderia conceder ou negar o asilo, sem quaisquer parâmetros racionais que justifiquem a medida. De pronto, percebe-se um descompasso em relação à figura do Estado Democrático de Direito.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138: “Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, e reservando espaço para esclarecimentos e especificações ulteriores, podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”

²⁷ A propósito, veja-se o Decreto Nº 55.929, De 14 de abril De 1965. que *promulga a Convenção sobre Asilo Territorial*.

²⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002, p.388 apud GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 128.

Condição na qual o Brasil se investe na abertura da Carta Constitucional, precisamente, no art. 1º.

O Estado de Direito não combina com a discricionariedade desregrada. Pelo contrário, pressupõe o império da legalidade, da legitimidade, de seus princípios e diretrizes. Os indivíduos, sejam eles brasileiros, sejam estrangeiros, merecem o respeito aos seus direitos fundamentais. Direitos fundamentais esses que limitam/ relativizam a soberania estatal, quer dizer, a atuação do poder público²⁹.

Outros autores, por seu turno, vergam a cabeça aos fatos e ao pensamento da maioria, tratando-o mais ou menos da mesma forma. Diferente apenas com o desejo de que pudesse vir a se tornar um direito subjetivo capaz de proteger dos “abusos cometidos contra os direitos da humanidade”³⁰.

IV. Asilo político como direito subjetivo: a soberania relativizada

A soberania, pela Constituição brasileira, apresenta-se como princípio. Não um princípio qualquer, um princípio fundamental. Muito embora seja bastante ventilada a sua relativização no contexto contemporâneo, por inúmeros fatores alheios ao interesse do presente artigo, há de se prestar atenção que se trata de um princípio fundamental, estruturante do Estado brasileiro.

Não comporta, portanto, relativização desvairada. Não admite, igualmente, tratamento de “palavra oca”, de “critério formal para caracterizar o Estado”, muito menos de “noção sem conteúdo fixo que tende a desaparecer” em razão da

²⁹ SARLET, Ingo. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2007, p.388: “Neste sentido, é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com o critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os poderes respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que presente justificativa que as autorize. Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar direitos fundamentais.”

³⁰ GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 127-8: “Infelizmente, o Direito Internacional ainda não consagrou a figura do direito individual de asilo, sobretudo pelo fato de o Direito Internacional ainda se arraigar aos vínculos interestatais, o que impede cada vez mais a sua evolução. Urge ainda que o Direito Internacional se desenvolva, não só no que tange à elevação do direito de asilo como direitos subjetivo do indivíduo, mas como meio de controle aos abusos cometidos contra os direitos da Humanidade na sociedade internacional.”

globalização³¹.

No caso do asilo político, não é diferente. Por mais nobre e válida que seja a necessidade de preservar o homem nas relações com o Estado, não é admissível subjugar sua soberania. Não se pode afirmar impensadamente, como fez certo autor, que o asilo constitui limitação à soberania³². Devem-se apresentar quais limitações, como, por que razão se está limitando e quem possui legitimidade para realizar limitação.

Como dissemos, é compreensível o desejo de tratar o asilo por direito subjetivo que vincula o Estado sempre. A proteção dos direitos humanos no mundo contemporâneo é inconteste. No entanto, isso restringe a soberania de forma tão abrupta que, a olhos vistos, não é a melhor solução. Dizer que o asilo corresponde a uma direito subjetivo significa dizer, pelo conceito de direito subjetivo, que se trata de uma “vontade juridicamente protegido”, “um interesse juridicamente protegido” um situação de uma dado sujeito que corresponde a um dever jurídico do Estado.

Flávia Piovesan, por exemplo, destaca que “a concessão de asilo ou refúgio pode determinar a vida ou morte de uma pessoa” (PIOVESAN, 2001, p. 50). Por isso mesmo, a autora afirma que “Todos os solicitantes de asilo têm direito a apresentar uma solicitação de asilo perante a autoridade competente e em nenhum caso pode-se permitir que funcionários de fronteiras impeçam o exercício desse direito” (PIOVESAN, 2001: p. 50).

A seguir, a professora coloca:

³¹ MELLO, Celso de Albuquerque. **A Soberania Através da História** In: MELLO, Celso de Albuquerque. **Anuário direito e globalização: A soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.22: “A globalização, conforme a sua definição acima, mostra que o Estado perdeu o controle sobre a sua economia devido ao volátil capital especulativo e à interdependência econômica.

A noção de soberania se transforma cada vez mais em uma palavra oca sem conteúdo. É um mero critério formal na caracterização do Estado.(..) A noção de soberania se transformou em uma noção sem conteúdo fixo e que tende a desaparecer com a formação social denominada Estado.”p.22

³² BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 264: “*Na verdade, o direito de asilo tem longo relato, de vez que pode ser vinculado à neutralização de certos lugares sarados, segundo o costume de muitas cidades-Estados do Mundo Antigo, principalmente da Grécia. Na Idade Média era reconhecido às igrejas o direito de asilar os perseguidos, qualquer que fosse a sua condição social, livrando-os da brutalidade muito comum, na época. Modernamente, pode ser situado, como asilo diplomático, no momento da criação das primeiras missões ou representações permanentes, fato que já lhe atribui valor jurídico internacional, por importar em manifesta limitação ao exercício da soberania vertical do Estado, no que diz respeito ao seu direito de processar e punir criminosos, segundo o dispor de sua ordem normativa.*” (grifos acrescentados)

O princípio do non-refoulement deve ser hoje compreendido de forma mais ampla, transcendendo os restritos contornos conferidos pelos artigos 1º e 33 da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Este estudo defende, assim a necessidade de reduzir o domínio da discricionariedade do Estado, a fim de que direitos universalmente assegurados sejam efetivamente implementados. Vale dizer, ao direito de solicitar asilo e dele gozar, enunciado na Declaração Universal, há de corresponder o dever do estado de conceder asilo. Adotando-se a perspectiva da proteção dos direitos humanos, faz-se fundamental consolidar a teoria da responsabilidade jurídica do Estado no tocante à matéria, não obstante todas as resistências e dificuldades.

Ao conceder asilo a uma pessoa, assegurando-lhes direito básicos, a atuação do Estado está absolutamente afinada com a concepção contemporânea de direitos humanos, no que tange à universalidade e à indivisibilidade desses direitos. Por sua vez, quando se permite aos refugiados reconstruir as suas vidas, podem eles enriquecer a sociedade que os acolhe, cooperando com o país e contribuindo com a diversidade cultural. (PIOVESAN, 2001: p. 53-54)

De forma mais explícita, Thamy Pogrebinschi chama atenção para o fato dos constituintes não terem se preocupado em qualificar o asilo como direito ou dever. Nesse passo, conclui:

Isso talvez nos possibilite afirmar que, de uma lado, mesmo se revestindo da forma de princípio, o asilo pode ser reclamado como um direito subjetivo individual. E, de outro, que por serem os princípios espécie de diretriz a ser seguida, os Estados deve conceder o asilo sempre que solicitado. E, ainda, conjugando-se o caráter de princípio com a regra e a implícita intenção constituinte de manter o asilo entre os direitos fundamentais, poderíamos até pensar que tal obrigatoriedade, se aceita, não pode ser sobrestada por motivo de nenhuma espécie. (PROGREBINSCHI, 2001: p. 341)

Comungamos de valores comuns em relação aos apresentados. Não temos dúvidas a respeito da necessidade de reduzir a discricionariedade estatal, de proteger universalmente os direitos humanos e, nesse sentido, o asilo político revela-se uma ferramenta respeitável, se não como um direito fundamental, ao menos como princípio dotado de fundamentalidade.

Todavia, devemos prestar atenção ao princípio da soberania, bem como à possibilidade de variação no contexto internacional. Seria o caso, por exemplo, de uma

eventual guerra. Enfim, não é permitido transformar *a priori* em realidade essa equação “solicitação de asilo” = “dever do Estado de conceder”.

Conforme já foi destacado, o asilo não pode materializar um direito subjetivo em abstrato sempre. Sua concessão requer o exame das peculiaridades do caso concreto. Isso não quer dizer nem que o Estado pode negar sem fundamentos, muito menos atribuir o dever de conceder sempre. Nessa linha, construiremos uma proposta alternativa.

Os exemplos jurídicos de casos de asilo são escassos ou de difícil acesso via internet. Por essa razão, recorreremos, além da jurisprudência do STF e do STJ, também a algumas notícias de jornal para ilustração a posição que defende o asilo como direito subjetivo. Especialmente, os recentes episódios em que ao asilo político e o refúgio voltaram a ser discutidos por conta da deserção dos atletas cubanos nos Jogos Pan-Americanos 2007.

Pela primeira vez na história do STF, um pedido de extradição foi negado pelo Tribunal com o seguinte fundamento: o art. 33 da lei 9474/1997 veda a extradição de refugiados e, no caso, o CONARE havia concedido o Refúgio ao Padre Francisco Antonio Cadena Collazos que havia trabalhado nas FARC -Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia. O CONARE é um órgão do executivo que analisa o (in)deferimento de refúgio. O STF entendeu que o respeito a decisão de um órgão do Executivo não viola a separação dos poderes³³.

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou a decisão equiparando o refúgio com o asilo para, em seguida, negar a extradição com fundamento no art. 5º, LII. Dessa forma, afastou a possível violação ao princípio da separação dos poderes. O Ministro afirma, ainda, que o asilo/ refúgio assume uma feição de direito subjetivo.

O Ministro Carlos Britto, por sua vez, após reconhecer a diferença entre asilo e refúgio, afirma que o segundo é um direito fundamental decorrente dos tratados de direitos humanos. Razão pela qual o padre não pode ser extraditado, sob pena desse estrangeiro ter seus direitos fundamentais violados.

³³ STF, *DJU* 17 ago.2007, Ext. 1008/CO, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Independente a posição, o dever do Estado de preservar direitos fundamentais do pretendente à asilado ou refugia foi reconhecido pelo STF. O caso é paradigmático, porque a Corte atribuiu efetividade aos direitos internacionais dos direitos humanos nas relações internacionais das quais o Brasil é parte.

V. Asilo político como princípio constitucional: uma proposta alternativa

A proposta consiste em atribuir tratamento constitucional ao tema. Se, por um lado, perdemos a extensão imanente ao Direito Internacional Público; por outro, atribuímos uma maior precisão, delineando os limites e possibilidades da atuação do Poder público nacional em relação ao asilo, conforme o direito constitucional positivo brasileiro³⁴⁻³⁵.

Sob o ponto de vista exclusivo do Direito Constitucional brasileiro, repetimos, trata-se de um princípio setorial de eficácia limitada na modalidade institutivo. Topograficamente, é colocado na Carta como princípio das relações internacionais, no título referente aos princípios fundamentais (art. 4º, X).³⁶

Materialmente, por seu turno, o asilo consubstancia um meio-termo entre soberania e dignidade da pessoa humana/prevalência dos direitos humanos/vedação de extradição por crime político ou de opinião. É um meio-termo, pois seu núcleo está próximo destes, enquanto sua camada ponderável estreita-se mais com a soberania.

Entendemos que seu núcleo duro resulta de um condensado teórico, dotado de fundamentalidade, entre a prevalência dos direitos humanos na ordem internacional (art.

³⁴ A bibliografia, colocada desse ponto de vista, é ainda mais rara. Resumem-se aos comentários à constituição. Quase sempre, lacônicos e a transportar, sem sofisticação ou adaptação ao sistema constitucional, as noções básicas no direito internacional público sobre o tema. Confira-se SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. **Breves comentários à Constituição federal**. Vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 59; Pinto Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 56; CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários À constituição brasileira de 1988**. vol.1. Forense Universitária, p.176. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

³⁵ Para uma evolução do direito de asilo nas constituições brasileiras, ver GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A evolução constitucional brasileira do direito de asilo**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O Direito Internacional dos Refugiados Brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

³⁶ Para uma análise das diversas propostas, encaminhadas na constituinte de 1988, quanto ao asilo, leia-se: POGREBINSCHI, Thamy. **O direito de asilo e a Constituinte de 1987-88**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O Direito Internacional dos Refugiados Brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.336.

4º, II, CF)³⁷, dignidade da pessoa humana (art.1,III)³⁸⁻³⁹ (BARBOSA GOMES, 1996: p. 17-20) e a vedação de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art.5º,LII, CF)⁴⁰.

Quanto à vedação da extradição, alguns pontos merecem comentários. O primeiro diz respeito ao conceito de crime político. De toda sorte, a definição foi proposta pela comissão jurídica interamericana do Rio de Janeiro por incumbência da IV reunião do Conselho Interamericano de Jurisconsultos (Santiago do Chile, 1949). Nela foram excluídos atos de barbaria ou vandalismo proibidos pelas leis de guerra, ainda que executados durante uma guerra civil, por uma ou outra das partes.

Para ilustrar o crime político puro, bem como a conseqüente impossibilidade de extradição, encontramos o caso de acusado de transmitir ao Iraque segredo de estado do Governo requente – a República Federal da Alemanha. Esse segredo poderia ser utilizado no desenvolvimento de armamento nuclear, atentando com a segurança interna e externa do Estado. Por essa razão, o STF entendeu que a hipótese excluía a concessão da extradição.⁴¹

O segundo aspecto, colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, refere-se à impossibilidade de extraditar pela prática de dois crimes simultâneos, sendo um deles político e o outro comum em razão do critério da preponderância do crime político.⁴² Deve-se destacar não se admite da preponderância do crime comum, sob

³⁷ Para uma excelente exposição da prevalência dos direitos humanos no cenário interamericano, leia-se: PIOVESAN, Flávia. **Direito Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁸ Para uma brilhante exposição sistemática do princípio na Carta Constitucional brasileira, embora passível de generalização para diversas outras cartas, confira-se a excelente obra de: BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio Janeiro: Renovar, 2002.

³⁹ Para um análise do ponto de vista mais teórico e jusfilosófico, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴⁰ **CRFB/88**: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;”.

⁴¹ STF, *DJU* 05 nov. 1999, Ext 700/, Rel. Min. Octavio Gallotti.

⁴² STF, *DJU* 22 ago. 1997, Ext 694/ IT, Rel. Min. Sydney Sanches; STF, *DJU* 04 ago.2006, Ext 994, Rel. Min. Marco Aurélio.

pena de configurar extradição política disfarçada.⁴³ E, ainda, que a incerteza quanto a adequada descrição dos fatos delituoso, isto é, se políticos ou não, impõe ao Estado requerente o ônus processual de comprar a natureza comum do crime para a extradição tornar-se possível.⁴⁴

O terceiro aspecto da jurisprudência selecionada é a descaracterização do terrorismo como criminalidade política em razão do compromisso ético jurídico de repúdio ao terrorismo, assumido pelo Brasil tanto em sua Constituição (art. 4, VIII), quanto frente a Comunidade Internacional na Convenção Interamericana contra o Terrorismo.⁴⁵

Diga-se de passagem, que os conflitos de ordem pessoal existentes entre o extraditando e as autoridades políticas do País solicitante podem não configurar perseguição política, quando o objetivo do crime foi a percepção de vantagem pecuniária e não a desestruturação do Estado.⁴⁶

Já em relação ao princípio da Dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, comenta-se que não são noções díspares, mas antes complementares. É possível afirmar, nesse sentido, que a prevalência é uma norma programática cujos efeitos consistem em projetar a defesa da dignidade da pessoa humana também para as relações internacionais que o Brasil participa.

Por isso, vale traçar algumas linhas sobre a dignidade. Trata-se de um limite e tarefa dos poderes públicos na criação e aplicação do direito, cujo objetivo consiste em tratar o homem como homem.⁴⁷ Como tal, na prática, o Estado, dentro dos limites da reserva do possível, deve assegurar educação, saúde, assistência aos desamparados e acesso à justiça como instrumento para os demais.⁴⁸⁻⁴⁹ Por isso, a dignidade mantém

⁴³ STF, *DJU* 02 mai.2002, Ext 794, Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁴⁴ STF, *DJU* 08 mar. 1991, Ext 524-3/PG, Rel. Min. Celso de Mello.

⁴⁵ STF, *DJU* 01 jul. 2005, Ext 855/, Rel. Min. Celso de Mello.

⁴⁶ STF, *DJU* 27 jun. 2003, Ext 830/, Rel. Min. Ellen Grace.

⁴⁷ Para uma evolução histórica do conceito de homem, veja-se: COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo Saraiva, 2003.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio Janeiro: Renovar, 2002.p.148: “O sistema Constitucional introduzido pela Carta de 1988 sobre a dignidade é bastante complexo, tanto porque especialmente disperso ao longo de todo o texto, como também porque a Constituição, partindo do princípio mais fundamental exposto no

aspectos de direito de defesa e, simultaneamente, de direitos prestacionais. (SARLET, 2006: p. 60)

Da mesma forma, dá-se com direito de asilo. Por um lado, não se pode extraditar por crime político ou de opinião (limite). Por outro, deve-se proteger o ser humano desamparado nas relações internacionais (tarefa). Isso porque a manutenção da vida, integridade física e a liberdade político do estrangeiro que roga por asilo dependem de uma limitação criteriosa da soberania estatal, assim como de prestações por parte dessa Estado.

Ou seja, esse é seu núcleo essencial.⁵⁰ Portanto, quanto maior a necessidade do asilo para preservar seu núcleo, maior deve ser a vinculação do poder público. Assim, configurada essa situação, o Judiciário poderia limitar a soberania, materializada no Executivo, assegurando o direito ao asilo a esse ser humano a despeito de eventual negativa da Administração.⁵¹

A respeito, vale traçar algumas linhas gerais sobre o procedimento de concessão do asilo político. Inicia-se quando o estrangeiro procura a Polícia Federal no local onde se encontra e presta declarações, justificando os motivos de sua perseguição. Este órgão que, seguindo os moldes do art. 29 do Decreto nº 6.061, de 15 de março de

art. 1º, II ('A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana'), vai utilizar na construção desse quadro temático várias modalidades de normas jurídicas, a saber: princípios, subprincípios de variados níveis de determinação e regras.”

⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio Janeiro: Renovar, 2002, p. 155: “ Os dispositivos constitucionais que se passam a apresentar, e em seguida estarão sendo examinados, foram organizados em 4 (quatro) níveis, em ordem progressiva de determinação, partindo do princípio mais genérico, passando por princípios em que os fins já estão mais bem delineados, embora os méis continuem indefinidos, até chegar a subprincípios e mesmo a regras. As normas reunidas no último nível foram agrupadas em 3 (três) grupos por temas, a saber: educação, saúde e assistência aos desamparados”

⁵⁰ Na nota de rodapé nº 18, o conceito de núcleo essencial já foi explicado, recorrendo às palavras de SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: 2000, p.111-2.

⁵¹ Nosso objetivo não é discutir as nuances do procedimento de análise do refúgio e do asilo. De qualquer forma, é esclarecedora uma passagem do Secretário-Executivo do Ministério da Justiça, ex-diretor do Departamento de Estrangeiros, da Secretaria Nacional de Justiça e Presidente do Comitê Nacional para os Refugiados a respeito. V. BARRETO, Luiz Paulo Teles F. **As diferenças entre os procedimentos relativos à condição de asilado e de refugiado**. Disponível em: http://www.mj.gov.br/snj/artigo_refugio.htm. Confira-se o trecho ora relevante: “Para solicitar asilo, o estrangeiro deve procurar a Polícia Federal no local onde se encontra e prestar declarações, onde serão justificados os motivos da perseguição que sofre. O processo, então, é submetido ao Ministério das Relações Exteriores para pronunciamento. A decisão final é proferida pelo Ministro da Justiça. Posteriormente, o asilado é registrado junto à Polícia Federal, onde presta compromisso de cumprir as leis do Brasil e as normas de Direito Internacional.”

2007, anexo I, inciso III, possui a competência de exercer a função de polícia de fronteira⁵².

A seguir, o procedimento é submetido ao Ministério das Relações Exteriores para pronunciamento⁵³. Caberá ao Ministério da Justiça o pronunciamento final pela concessão ou indeferimento do pedido, outrora sob competência do Departamento Federal de Justiça e hoje a cargo do Departamento de Estrangeiros⁵⁴. A seguir, o asilado deve ser registrado junto à Polícia Federal, onde presta compromisso de cumprir as leis do Brasil e as normas de Direito Internacional, nos termos do art. 28 do Estatuto do Estrangeiro supracitado.

Ainda nessa esteira, ao estrangeiro que estiver em território nacional na condição de asilado poderá ser concedida sua permanência em definitivo, de acordo com critérios estabelecidos na Resolução Normativa nº. 06/97 do Conselho Nacional de imigração⁵⁵.

O STF, entretanto, já decidiu de forma diversa. No ano de 1967, de forma retrógrada, quando tratava de extradição para uma Cuba revolucionária, em que se tinha dúvidas sobre aplicação possível existência de pena de morte naquele Estado, o

⁵² **Decreto nº. 6.061/07. Art. 29.** Ao Departamento de Polícia Federal cabe exercer as competências no § 1º do art. 144 da Constituição e no § 7º do art. 27 da Lei 10.683, de 28 de maio de 2003 e, especificamente: (...) III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

⁵³ Sua competência decorre da **Lei nº. 10.683. Art. 27.** Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes: (...) XIX - Ministério das Relações Exteriores: a) política internacional; b) relações diplomáticas e serviços consulares; (...) d) programas de cooperação internacional; (...).

⁵⁴ **Decreto nº. 86.715/81. Art. 56. Art. 56.** Concedido o asilo, o Departamento Federal de Justiça lavrará termo no qual serão fixados o prazo de estada do asilado no Brasil e, se for o caso, as condições adicionais aos deveres que lhe imponham o Direito Internacional e a legislação vigente, às quais ficará sujeito. **Parágrafo único.** O Departamento Federal de Justiça encaminhará cópia do termo de que trata este artigo ao Departamento de Polícia Federal, para fins de registro.

Decreto nº. 6.061/07. Art. 9º. Ao Departamento de Estrangeiros compete: (...) IV - instruir processos de reconhecimento da condição de refugiado e de asilo político; (...).

⁵⁵ **Resolução Normativa nº. 06, de 21 de agosto de 1997 do Conselho Nacional de Imigração. Art. 1º.** O Ministério da Justiça resguardados os interesses nacionais, poderá conceder a permanência definitiva ao estrangeiro detentor da condição de refugiado ou asilado, que comprovadamente, preencher um dos requisitos abaixo: **a)** residir no Brasil há no mínimo seis anos na condição de refugiado ou asilado; **b)** ser profissional qualificado e contratado por instituição instalada no país, ouvido o Ministério do Trabalho; **c)** ser profissional de capacitação reconhecida por órgão da área pertinente; **d)** estar estabelecido com negócio resultante de investimento de capital próprio, que satisfaça os objetivos de Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração relativos à concessão de visto a investidor estrangeiro. **Parágrafo único.** Na concessão de permanência definitiva, o Ministério da Justiça deverá verificar a conduta do estrangeiro e a existência de eventuais condenações criminais sofridas pelo mesmo.

Supremo Tribunal Federal consignou que o asilo diplomático ou territorial não impede a extradição, deixando desmotivadamente o asilo desvinculado dos direitos fundamentais.⁵⁶

Por outro lado, há uma segunda hipótese, quando é possível compreender a desnecessidade patente para manutenção do *status humanitatis*. Nessa hipótese, a vinculação do Estado na concessão do asilo será menor. A soberania poderá incidir sem melindres. Isso porque foi alargada a camada ponderável do direito de asilo. Assim, diferente do anterior, não deve o Judiciário se imiscuir na tarefa do Executivo, sob pena de macular a separação e interdependência entre os poderes (art. 2º, CRFB)⁵⁷.

Um exemplo dessa situação, colhido da jurisprudência do STF, refere-se a um caso de um pedido de extradição do Estado português ao Estado brasileiro de um nacional seu por crimes de fraudulenta emissão de cheques.⁵⁸ Nesse caso não só é permitido recusar-se a conceder um eventual pedido de asilo, como também se deve deferir o pedido extradicional. Afinal de contas, não se trata de crime político ou de opinião. Não há direitos fundamentais em risco. Logo, o Estado brasileiro não pode ser obrigado a aceitar um não-nacional em suas terras.

⁵⁶ STF, DJU 17.dez.1967, Ext-232 segunda/ CA- Cuba, Rel. Min. Victor Nunes: “ EMENTA: 1) a situação revolucionaria de cuba não oferece garantia para um julgamento imparcial do extraditando, nem para que se conceda a extradição com ressalva de se não aplicar a pena de morte. 2) tradição liberal da América latina na concessão de asilo por motivos políticos. 3) falta de garantias considerada não somente pela formal supressão ou suspensão, mas também por efeito de fatores circunstanciais. **4) a concessão do asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição, cuja procedência e apreciação pelo supremo tribunal e não pelo governo.** 5) conceituação de crime político proposta pela comissão jurídica interamericana, do rio de janeiro por incumbência da IV reunião do conselho interamericano de juriconsultos (Santiago do Chile, 1949), excluindo 'atos de barbaria ou vandalismo proibidos pelas leis de guerra', ainda que 'executados durante uma guerra civil, por uma ou outra das partes'.”

⁵⁷ CRFB/88: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁵⁸ STF, DJU 30.jun.2000, Ext 791 / PT, Rel. Min. Celso de Mello: “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXTRADIÇÃO: PRESCRIÇÃO. I. - Admitem-se embargos de declaração de acórdão que resolve embargos de declaração, se ocorrentes, neste último, os pressupostos dos embargos. Não cabimento de embargos de declaração de acórdão que resolve embargos de declaração, se se tem por objeto o acórdão que decidiu a causa. II. - A prescrição é analisada quando do julgamento do pedido de extradição. III. - Embargos de declaração não conhecidos. DECISÃO: A República Portuguesa, mediante Nota Verbal regularmente apresentada por sua Missão Diplomática ao Governo brasileiro (fls. 4), pede a instauração de processo extradicional contra Amílcar Marques Machado. **Trata-se de pedido de extradição motivado pela existência de condenação penal imposta a Amílcar Marques Machado pela prática de crime de emissão fraudulenta de cheques (fls. 9). Em virtude dessa condenação penal, foi imposta ao ora extraditando a pena de cinco (5) anos de prisão(...)**”.

Além do mais, o Estado brasileiro tem o dever de cooperação para reduzir a criminalidade no cenário internacional, concorrendo, dessa forma, para o progresso da humanidade.⁵⁹

Outro episódio interessante, julgado pelo STF, diz respeito a um pedido extradicional do Estado paraguaio. Havia dúvidas quanto a natureza do delito se seria ou não político. Foi decidido que, nessa situação, o ônus de comprovar a natureza comum (não-político) do crime recaía sobre o Estado requerente. Isso porque como ficou decidido:

a inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse favor *constitutionis*, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do estado brasileiro⁶⁰

No mesmo acórdão, foi enfatizado que

a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. o estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou de opinião ou as circunstâncias subjacentes a ação do estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada⁶¹

Novamente, o instituto foi enxergado de forma apartada dos direitos fundamentais pelo Supremo. Vemos a decisão com olhos críticos. Isso porque mesmo parte da doutrina internacionalista, que discorre sobre o instituto sem um foco constitucional, intuitivamente, admite se estar diante de uma prática humanitária. Inafastável, portanto, dos direitos fundamentais.

⁵⁹ **CRFB/ 88:** “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios(...) IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;”.

⁶⁰ STF, *DJU* 08.mar.1991, Ext 524/PG – Paraguai, Rel. Min. Celso de Mello.

⁶¹ STF, *DJU* 08.mar.1991, Ext. 524/PG – Paraguai, Rel. Min. Celso de Mello.

VI. Estudo de casos

Com intuito de fechar didaticamente o assunto, estabelecemos uma análise dos casos que expõem, os três paradigmas aqui abordados: a) o asilo como discricionariiedade estatal; b) o asilo como direito subjetivo; e c) o asilo como princípio constitucional.

Devemos esclarecer, entretanto, que devido ao reduzido número de casos do referido instituto e, conseqüentemente, à sua escassa produção jurisprudencial, houve um esforço para colher as posições interpretativas do asilo político no cenário nacional, seja no momento de sua concessão, de forma administrativa, seja pelo entendimento do Poder Judiciário quanto à sua natureza. Repise-se que o intuito é de demonstrar, hipoteticamente, casos em que as três teorias até aqui abordadas possam ser refletidas.

A) Caso Stroessner⁶²

1954, após um golpe de Estado, Frederico Chávez foi retirado da presidência do Paraguai. Em seu lugar, Alfredo Stroessner assumiu o poder, tornando-se presidente. Reeleito em pleitos marcados por fraudes em sete mandatos consecutivos, a presidência de Stroessner representou um período de trinta e quatro anos marcados pela truculência.

Dentre as ilegalidades realizadas, destacam-se: o banimento de importantes figuras civis do partido, proibição de outras legendas, a instauração de um Estado de sítio que vigorou ao logo de todo seu governo, o desaparecimento de novecentas pessoas nas mãos dos militares, além de milhares de torturados e o desmembramento de organizações sociais contrárias ao governo⁶³

Entretanto, com o fim da pujança econômica que o sustentava no poder, aumentou-se a tensão interna entre as elites, sobretudo com a sucessão de Gustavo Stroessner, filho do ex-ditador. Em 1989 o consogro de Alfredo Stroessner chegou a organizar um golpe que o retirou do poder. Após a derrota, Stroessner busca asilo no Brasil, junto com seu filho Gustavo, onde permanece até hoje, mesmo com a morte do

⁶² STF. *DJU* 08.ago.1991, EXT 524/PG, Rel. Min. Celso de Mello.

⁶³ Nesse teor a notícia publicada em 16.08.2006, disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2006/08/16/285294332.asp>.

pai em 16.08.2006.⁶⁴

O Supremo Tribunal Federal apreciou o pedido de extradição de seu filho, Gustavo Strossner, sob auspícios de sentença penal condenatória pela prática de crimes contra a Administração Pública durante o regime ditatorial de seu pai. Entretanto, a extradição foi indeferida por conta de ausência de ônus processual que a lei brasileira impõe em pedidos de extradição, qual seja, a descrição dos fatos que ensejam a extradição de forma clara e objetiva, o que não foi demonstrado no caso.

O caso em tela poderia se enquadrar, perfeitamente, como de discricionariedade estatal na concessão de asilo político, pois, o Poder Executivo, no ato de sua concessão, esteve vinculado exclusivamente ao seu próprio juízo, dentro da legalidade indissociável à Administração, naturalmente.

Trata-se de um tema intrinsecamente ligado à tradição na concessão do asilo político. A soberania do Estado deve prevalecer sempre nesse tipo de decisão. Por estar tão enraizada no imaginário do jurista, surge a dificuldade em buscar, na jurisprudência, passagens que fundamentam este enquadramento da natureza jurídica da concessão do asilo.

Como ilustração, traz-se a seguinte passagem no voto do Ministro Relator Celso de Mello:

Não há incompatibilidade **absoluta** entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. (último grifo nosso)

B) Caso Francisco Colazzos, o padre das FARC⁶⁵

O caso versa sobre a prisão do nacional colombiano Francisco Antonio Cadena Colazzos e de sua extradição a pedido do Governo da Colômbia. Além de devotar sua fé como sacerdote da Igreja Católica, aponta-se que ele exercia funções de direção das

⁶⁴ Idem ibidem

⁶⁵ STF, *DJU* 17.ago.2007, Ext. 1008/CO – Colômbia, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), das quais teria atuado em cunho alegadamente “terrorista”. Nesse contexto, houve, simultaneamente, a apreciação por parte do CONARE de seu pedido de refúgio.

O presente caso possui uma importância ímpar no contexto constitucional brasileiro, pois se trata do primeiro que versa sobre a concessão de refúgio a extraditando. Entretanto, cabe aqui uma ressalva, embora esteja se tratando de asilo político, espousa-se um caso de refúgio justamente pela análise minuciosa que foi feita desses dois institutos de Direito Internacional pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou a decisão equiparando o refúgio com o asilo para, em seguida, negar a extradição com fundamento no art. 5º, LII, da Constituição da República. Dessa forma, afastou a possível violação ao princípio da separação dos poderes. O Ministro afirma, ainda, que o asilo/ refúgio assume uma feição de direito subjetivo.

O Ministro Carlos Britto, por sua vez, possui um voto mais interessante. Após reconhecer a diferença entre asilo e refúgio, afirma que o segundo é um direito fundamental decorrente dos tratados de direitos humanos. Razão pela qual o padre não pode ser extraditado, sob pena de o estrangeiro ter seus direitos fundamentais violados.

O julgado possui um dupla importância, pois, além de se tratar do primeiro caso em que a concessão de um benefício de Direito Internacional se deu no curso de um processo de extradição, marcou no STF a tese de que a concessão do benefício de asilo político ou refúgio obstam a apreciação do pedido de extradição, sem ferir o princípio da separação dos poderes, no espírito do art. 33, da lei 9474/1997, que veda a extradição de refugiado.

Com isso, no contexto aqui abordado, o instituto do asilo e do refúgio, onde o Ministro Relator Gilmar Mendes reconhece que o asilo político assume caráter de direito subjetivo em favor do estrangeiro, tendo em vista o teor de nosso texto constitucional, como se segue:

Em síntese, embora não haja uma obrigação internacional de concessão de asilo, parece que, entre nós, tendo em vista a expressa decisão constitucional, ele assume caráter de direito subjetivo do estrangeiro, e, como tal, há de ser tratado. A sua recusa somente poderá ocorrer nas hipóteses em que não se

configure a situação prevista, sujeito o seu reconhecimento a controle pelo Judiciário.⁶⁶

Portanto, fica claro, neste caso, o reconhecimento do asilo político como direito subjetivo. Isso porque o estrangeiro figura como titular desse direito em face do Estado. Trata-se de direito subjetivo, cujo reconhecimento ocorrerá sob auspícios do Poder Judiciário.

C) Caso Sergio Sanchez⁶⁷

Com intuito de esposar o asilo político como princípio constitucional decorrente das relações internacionais, apresenta-se a segunda questão de ordem no pedido de extradição do nacional mexicano Sergio Gustavo Andrade Sanchez, alegadamente envolvido em caso, muito exposto na mídia, da cantora Gloria Trevi, que responde perante a justiça mexicana por corrupção de menores.

No mérito, a questão de ordem busca, mais uma vez aqui, esclarecer se o pedido de asilo ou refúgio pode suspender o processo de extradição em trâmite. Contudo, o presente caso merece ser visualizado por outro motivo. Ao se debruçar sobre o seu mérito, o Ministro Relator Carlos Velloso reconheceu a natureza do asilo político como princípio constitucional, no seguinte teor:

Conferiu, pois, a Constituição de 5 de outubro de 1988, ao direito de asilo, tratamento autônomo, com status de princípio maior nas relações internacionais, relativamente à disciplina da extradição, deslocando a matéria para o art. 4º, X, ao estipular:

“Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

X – concessão de asilo político.

A jurisprudência se refere, freqüentemente, aos princípios constitucionais e enquadra diversos institutos jurídicos nessa categoria. Observa-se, contudo, na fundamentação dos votos nos casos sobre asilo político (ou mesmo refúgio), uma lacuna quanto às conseqüências geradas da categorização do asilo como princípio constitucional. Fato esse que produz uma falha exegética de conseqüências danosas tanto ao Estado, quanto ao jurisdicionado. Por conta disso, o tema trabalhado no artigo e

⁶⁶ STF, *DJU* 17.ago.2007, Ext 1.008-5/CO – Colômbia, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁶⁷ STF, *DJU* 14.nov.2003. Ext. 2ª Questão de Ordem 785-8/ME – México, Rel. Min. Carlos Velloso.

os parâmetros traçados ganham importância à medida que suscitam ponderações aptas à auxiliar os processo de racionalização da atividade jurisdicional e administrativa.

VII. Apontamentos finais

Diante de tudo, não se pode colocar o problema em termos de sim-ou-não, certo-ou-errado, preto-no-branco. Ou seja, não é possível dizer que, se o direito de asilo é um ato de soberania estatal, então, corresponde a uma faculdade do Estado concedê-lo ou não; ao passo que se uma prática humanitária, implicaria num direito subjetivo do pretendente a asilado.⁶⁸

Não é possível afirmá-lo como direito subjetivo ou discricionariedade estatal apenas no plano abstrato. É preciso observar o caso concreto. Por isso, percebe-se a necessidade de considerar o asilo como princípio constitucional, caracterizado por possuir núcleo (dignidade da pessoa humana/prevalência dos direitos humanos na ordem internacional/não concessão de extradição por crimes políticos ou de opinião) e camada ponderável (decorrente da soberania).

Afinal de contas, deve-se permitir uma fundamentação mais confiável e racional às decisões dos magistrados e das instâncias administrativas competentes, tanto quanto realizar a vigília atenta da soberania estatal para que, nesses casos, os direitos fundamentais, tão caros ao Estado Democrático de Direito, não sejam solapados das relações internacionais.

Com esse intuito, encerramos o texto sumariando as premissas e os critérios para conceder ou indeferir o asilo:

1º) O Direito de asilo está intimamente relacionado com os princípios fundamentais, especialmente, soberania, dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos e não-extradição por crimes políticos;

⁶⁸ GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 126: “O direito de asilo constitui uma prática humanitária, sendo a sua concessão um ato discricionário do Estado asilante, posição esta dominante na ordem internacional. Kozribodski acentua que o direito de asilo corresponde a um direito do Estado pela relevância que a soberania territorial do Estado deve merecer. Outros salientam que o asilo não aparece como uma consequência da soberania, mas sim como uma limitação desta, em virtude de costume ou acordo, ou ainda como mero ato de cortesia internacional por motivos humanitários. Evidencia-se que este constitui o cumprimento de um dever que aos Estados incumbe, firmado em convenção, pactos ou tratados.”.

2º) A fundamentação da decisão de conceder ou indeferir o asilo político é essencial, tanto por sua estreita relação com os direitos fundamentais, quanto pela impossibilidade de enquadrá-lo *a priori* como direito subjetivo ou discricionariedade estatal;

3º) Em caso de dúvida sobre da natureza política do crime, se político ou não, o ônus de comprovar a natureza comum (não-político) do crime recai sobre o Estado requerente. Por outro lado, se forem cometidos dois crimes - um comum e outro político-, então, o último impede a extradição pelo critério da predominância. Destaque-se, ainda, que o terrorismo não se encontra sob a etiqueta de crime político;

4º) O núcleo essencial do princípio do asilo político reside num condensado teórico entre dignidade da pessoa humana, na prevalência dos direitos humanos e não extradição por crime político. Assim, quanto mais afetada ele estiver, maior deve ser a proteção do ser humano nessa relação internacional;

5º) A camada ponderável do asilo relaciona-se mais intensamente com a soberania. Soberania não é um conceito vazio e não comporta relativização desvairada. Logo, caso o indivíduo não esteja em risco, o Estado não pode ser compelido a deferir o asilo político.

VIII. Referências Bibliográficas

LEGISLAÇÃO E TRATADOS

BRASIL. **Decreto nº. 55.929**, De 14 de abril De 1965. Promulga a Convenção sobre Asilo Territorial.

BRASIL. **Decreto nº. 6.061** de 2007.

BRASIL. **Decreto nº. 86.715** de 1981.

BRASIL. **Lei nº. 9.474** de 1997.

BRASIL. **Lei nº. 10.683** de 2003.

BRASIL. **Resolução Normativa nº. 06**, de 21 de agosto de 1997 do Conselho Nacional de Imigração.

ONU, **Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados** de 1967.

ONU, **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados** de 1951.

OEA, **Convenção sobre asilo Diplomático** de 1954.

OEA, **Convenção sobre Asilo Territorial** de 1954.

DOUTRINA

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1968.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Asilo e não-violência** In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O Direito internacional dos refugiados brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José H. Fischel de. **Regionalização e harmonização da definição de refugiado e dos procedimentos para determinação da condição de refugiado no âmbito do mercosul**. In: CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul: globalização e integração regional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Revista Trimestral de Direito Público: 57-58.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição federal brasileira** <Coligidos e ordenados por Homero Pires> vol2 São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BODIN, Jean. **Les six livres de la république** Disponível: http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Souverainete--De_la_souverainete_par_Jean_Bodin. Também no link: <http://www.uni-mannheim.de/mateo/camenahist/bodin1/te02.html>.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CARVALHO, Júlio Marino. **Asilo político e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASELLA, Paulo Borba. **Refugiados**. Revista de Informação Legislativa ^a21, n. 84, out./dez, 1984.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1989.

DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FURTADO, Tatiana. **Primeira deserção de Cuba**. In: O globo do dia 15 de julho de 2007, p. 6.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A evolução constitucional brasileira do direito de asilo**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O direito internacional dos refugiados brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

MELLO, Celso Albuquerque de. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. **A soberania através da história**. In: MELLO, Celso de Albuquerque.(Org.) **Anuário direito e globalização: A soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. edição. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Editora Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito de asilo e a proteção internacional**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O direito internacional dos refugiados brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**: Tomo I (arts. 1º -5º). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

POGREBINSCHI, Thamy. **O direito de asilo e a constituinte de 1987-88**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coordenadores). **O direito internacional dos refugiados brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição, soberania e mercosul**. Brasília: Revista de Informação Legislativa a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social** Disponível em: http://fr.wikisource.org/wiki/Du_contrat_social_-Livre_I#Chapitre_1.7_Du_souverain.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na constituição federal de 1988**. Por to Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição federal**. Rio de Janeiro: 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. *Revista de Direito do Estado* n°4, out./dez, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. **Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TIBURCIO, Carmen. **The human rights of aliens under international and comparative law**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. STF, DJU 17 dez.1967, Ext-232 segunda/ CA- Cuba, Rel. Min. Victor Nunes. Disponível: <www.stf.gov.br>.

BRASIL. STF, DJU 08 mar.1991, Ext. 524/PG – Paraguai, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível: <www.stf.gov.br>.

BRASIL. STF, DJU 30 jun.2000, Ext 791/PT, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível: <www.stf.gov.br>.

BRASIL. STF, DJU 21 mar.2007, Ext 1008/República da Colômbia, Rel. Originário Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Disponível: <www.stf.gov.br>.

BRASIL. STF, DJU 22 ago. 1997, Ext 694/ IT, Rel. Min. Sydney Sanches.

BRASIL. STF, DJU 02 mai.2002, Ext 794, Rel. Min. Maurício Corrêa.

BRASIL. STF, DJU 04 ago.2006, Ext 994, Rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL. STF, DJU 05 nov. 1999, Ext 700/, Rel. Min. Octavio Gallotti.

BRASIL. STF, DJU 27 jun. 2003, Ext 830/, Rel. Min. Ellen Grace.

BRASIL. STJ, DJU 25 ago.2004, HC 036033, Rel.. Min. Francisco Falcão. Disponível: <www.stj.gov.br>.

BRASIL. STJ, DJU 06 out.2004, HC 036034, Rel.. Min. Francisco Peçanha Martins. Disponível: <www.stj.gov.br>.

BRASIL. STJ, DJU 16 ago.2006, HC 056472, Rel.. Min. Nilson Naves. Disponível: <www.stj.gov.br>.

BRASIL. STJ, DJU 29 mar.2006, HC 051025, Rel.. Min. DENISE ARRUDA. Disponível: <www.stj.gov.br>.