

Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros

Guido Fernando Silva Soares

Sumário

I – Introdução: delimitação do tema. II – Raízes históricas das normas internas de proteção aos estrangeiros. III – A emergência histórica do conceito de nacionalidade. IV – A determinação da nacionalidade no Estado Moderno e os limites impostos pelo Direito Internacional Público. V – Plurinacionalidade e apatridia: sua regulamentação na atualidade. VI – O quadro normativo geral da proteção dos Direitos Humanos na atualidade. VII – Os Direitos Humanos fundamentais relacionados à proteção dos estrangeiros. VIII – As três novas vertentes do Direito dos Estrangeiros: o Direito de Asilo, o Direito dos Refugiados e o Direito Humanitário. IX – Considerações finais quanto ao Direito brasileiro.

I – Introdução: delimitação do tema

Numa obra em homenagem à memória da eminente Professora Doutora Anna Maria Vilella, cujos méritos principais residem na extraordinária contribuição que deu para a fundação da Universidade de Brasília, DF, e para a formação inicial e o enriquecimento do cabedal científico e ético desta instituição, não poderia, a nosso ver, faltar alguma referência à sua inestimável contribuição ao tema da proteção internacional dos direitos dos estrangeiros. Fique a expressão póstuma de nossa admiração por aquela ilustre Professora de Direito Internacional Privado da UnB, registrada neste artigo, em que tentaremos unir dois campos aparentemente estanques, mas que, como de-

monstraremos, encontram-se relacionados de maneira indelével: a proteção internacional dos Direitos Humanos e o capítulo mais tradicional do Direito Internacional Privado, que é a proteção dos direitos dos estrangeiros.

No presente estudo, as palavras *estrangeiro* ou *estrangeiros* serão empregadas para designar o indivíduo ou indivíduos que, embora estejam domiciliados ou residentes num determinado Estado, não pertencem ao círculo daquelas pessoas que possuem a nacionalidade desse Estado. Trata-se, portanto, de um referencial negativo: qualidade ou *status* de um indivíduo que não tem os mesmos direitos nem os mesmos deveres daqueles outros indivíduos, os quais a ordem jurídica considera como seus nacionais. Portanto, para bem poder considerar-se o posicionamento dos estrangeiros, numa determinada ordem jurídica nacional ou no Direito Internacional, deve-se partir do estudo da nacionalidade das pessoas físicas e dos direitos e deveres atribuídos aos nacionais, e que, em princípio, não se acham reconhecidos aos estrangeiros.

Desde a Antigüidade, até meados do Séc. XVI, o conceito de nacionalidade referia-se, com exclusividade, a pessoas físicas. Contudo, desde a formalização dos Estados modernos, por volta de 1648 (Paz de Vestfália), começaram os Estados, então conformados como Estados autoritários, a atribuir nacionalidade a navios militares e mercantis, claramente com a finalidade de controle da entrada de tais embarcações nos mares territoriais e a fim de determinar a lei aplicável aos incidentes ocorridos a bordo dos mesmos quando se encontrassem em alto mar. Em época mais recente, com a mesma finalidade de controle da sua circulação, a nacionalidade igualmente foi estendida a veículos automotores e barcos de navegação interior, assim como as aeronaves civis e militares, a veículos lançadores de objetos espaciais e aos próprios objetos espaciais (como satélites artificiais e estações orbitais).

Da mesma forma, a fim de permitir um controle dos movimentos internacionais de

capitais e empresas, a partir de fins do Séc. XIX, os Estados passaram a atribuir uma nacionalidade a pessoas jurídicas, com uma dupla finalidade. Em primeiro lugar, a atribuição de uma nacionalidade a empresas e capitais permitiria uma discriminação entre empresas e capitais nacionais e estrangeiros, reservando-se aos primeiros uma série de privilégios e atividades, que estariam proibidos aos estrangeiros. Em segundo lugar, o reconhecimento de empresas ou capitais nacionais, logo no início do Séc. XX, permitiria e legitimaria uma intervenção diplomática dos Estados da nacionalidade das empresas, perante outros Estados, na eventualidade de desrespeitos a normas sobre direitos de propriedade (desapropriações) e sobre a boa-fé nos contratos internacionais (desrespeito a normas contratuais, em particular, porque haveria, no contrato, uma parte estrangeira), e que poderiam turbar a convivência pacífica entre os Estados. Na verdade, com a determinação de uma nacionalidade a uma empresa ou a capitais, os Estados nada mais fizeram do que estender o exercício da proteção diplomática possível de ser exercida em favor de seus nacionais, pessoas físicas, as pessoas jurídicas e a fenômenos econômicos como os movimentos internacionais de capitais.

No presente estudo, em que pretendemos demonstrar a moderna inserção dos direitos dos estrangeiros na grande temática da proteção dos direitos humanos, o enfoque será dado aos direitos dos estrangeiros, apenas tomados como pessoas físicas, direitos esses que serão considerados quanto à sua oponibilidade a um sistema jurídico, do qual tais pessoas físicas não possuem a nacionalidade.

No presente artigo, tomaremos como texto de referência o Cap. 14¹ de nosso livro *Curso de Direito Internacional Público*, em especial para os itens IV e V, cujas partes mais importantes se encontram transcritas, e para o item VIII, o Cap. 15² da mesma obra (SOARES, 2002 a).

II – Raízes históricas das normas internas de proteção aos estrangeiros

Na verdade, os direitos humanos, na sua atual expressão, em especial, a partir dos anos que se seguiram ao término da Segunda Guerra Mundial, tal como reafirmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral da ONU, e em todo seu desenvolvimento posterior, não distinguem, quanto a seu escopo de proteção, entre nacionais e estrangeiros. Na sua raiz, fortemente ancorada em princípios e normas internacionais escritas, os direitos humanos têm por finalidade proteger a pessoa humana na sua realidade individual (os direitos individuais oponíveis contra o Estado), na sua vivência coletiva (os direitos exigíveis do Estado) ou como individualidade ou pessoas inseridas no mundo (os direitos ditos difusos, como o direito à paz, a um meio ambiente equilibrado, o direito ao desenvolvimento, exigíveis dos Estados, como partícipes de uma comunidade internacional). Para realizar tal desiderato, os responsáveis pela aplicação das normas de proteção aos direitos humanos não estão autorizados a distinguir tratar-se de indivíduos nacionais ou de estrangeiros, mas, bem ao contrário, são eles incentivados a aplicar as normas protetoras, com o cuidado de considerar que *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos* (art. I da Declaração Universal), e sob o pressuposto de que *todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição* (art. II § 1º, id., com um grifado por nós acrescentado).

Há pontos comuns na história e no desenvolvimento de ambos os campos jurídicos, o da proteção da pessoa humana e o da proteção do estrangeiro. Contudo, eles não se confundem. Houve tempos em que siste-

mas jurídicos dos Estados possuíam grande número de normas jurídicas nacionais e uma extensa prática interna nos aspectos legislativo, administrativo e judicial, dedicados à proteção da pessoa humana, mas que, no entanto, permitiam discriminações contra estrangeiros. Em tais sistemas, encontrara-se definida a maioria dos direitos humanos, mas que eram qualificados como prerrogativas de pessoas com a nacionalidade dos Estados, e, portanto, direitos oponíveis ao próprio Estado, inclusive por mandamento de normas de natureza constitucional. Assim foi, no correr do Séc. XIX, como decorrência da Revolução Inglesa e da Revolução Francesa, numa época histórica em que se elaboraram as bases do Estado democrático moderno, em que os capítulos das definições, nas constituições modernas, dos direitos fundamentais da pessoa humana, na forma das Declarações de Direitos, tiveram a nítida finalidade de limitar o poder absoluto dos Monarcas. Contudo, não se pode dizer que, nessa mesma época, os direitos humanos, de cunho eminentemente nacionalista, estivessem abertos à recepção de normas de proteção aos direitos dos estrangeiros. Bem ao contrário, o que se verificou foi ter havido a instituição das bases da democracia moderna, na configuração do Estado liberal, mas, ao mesmo tempo, o fortalecimento de um nacionalismo exacerbado e xenófobo, conducente a atitudes cada vez mais hostis em relação aos estrangeiros.

Embora os direitos humanos, por sua própria natureza, não possam comportar uma distinção entre indivíduos nacionais e estrangeiros, foram, nos primórdios da história de seu desenvolvimento, na forma de normas do *jus scriptum*, direitos expressos num sistema jurídico nacional fechado, dentro do qual seria possível comportar uma discriminação entre os nacionais e os estrangeiros. Mas, na medida em que a pessoa humana tem seus direitos definidos em normas internacionais, que desbordamos limites dos ordenamentos jurídicos nacio-

nais, aquela discriminação perde sua razão de ser, e, bem ao contrário, torna-se odiosa. À medida que os direitos humanos são definidos em relação a qualquer indivíduo, onde quer que se encontre, no tempo e no espaço, e que são direitos exigíveis de qualquer Estado, fazer discriminação em razão de origem nacional passa a ser a negação da universalidade da pessoa humana.

A análise da história da evolução das normas sobre um tratamento equitativo dos estrangeiros, perante os ordenamentos jurídicos nacionais, demonstra que, bem antes de pensar-se em dar proteção à pessoa humana contra o próprio Estado de sua nacionalidade, as primeiras preocupações foram no sentido de proteger os estrangeiros, contra o arbítrio das autoridades locais. Certamente poderemos vislumbrar, nas grandes religiões da antigüidade (como no judaísmo, sobretudo em alguns dos Salmos do Rei Davi, e nas palavras do Profeta Isaías⁴), em algumas filosofias éticas, como o estoicismo⁵, da Grécia Clássica e de Roma, os traços de considerar-se haver uma igualdade entre as pessoas humanas.

O Direito Romano foi uma surpreendente exceção a todos os sistemas jurídicos dos povos da antigüidade, pela extraordinária proteção que dava aos estrangeiros, conforme se pode comprovar, pela análise de seu próprio desenvolvimento histórico. À medida que acompanhava o espraiamento do Império Romano pelo mundo de além fronteiras da Península Itálica, o antigo e tradicional *jus civile*, de cunho religioso e reservado aos *civesromani*, aos poucos se foi adaptando, em função da presença crescente de outros povos, diferentes dos romanos, a novas situações. Ao mesmo tempo em que abrandava seu primitivo rigor conceitual, o *jus civile* passou a conviver com outro corpo de normas jurídicas, o *jus gentium*, composto de normas extremamente plásticas e susceptíveis de abarcar tanto os *cives romani*, quanto os *peregrini* (os estrangeiros). Tal evolução teria seu ponto culminante, no ano 212 da era cristã, com a “Constitutio” do

Imperador Caracala, que estenderia a cidadania romana a todos os habitantes do Império Romano, numa época em que o *jus gentium*, de há muito já havia suplantado o *jus civile*; contudo, *peregrini* continuariam a ser os indivíduos que não tivessem a cidadania romana (ou seja, que não fossem habitantes do Império Romano).

Com o Cristianismo, tal fenômeno seria reafirmado, com a consagração da superação das distinções entre os homens, entre cidadãos e não cidadãos, ou na base de diferenças entre raças ou outras origens nacionais. Relembre-se o mandamento principal que Jesus Cristo impõe a seus seguidores: “amar ao próximo como a si mesmo” (BÍBLIA, N. T. Lucas, 10: 25-27); entendendo-se “o próximo”, como qualquer outra pessoa, independentemente de pertencer ela ao mesmo povo de quem deve exercer aquela virtude do amor. Retomem-se as palavras de São Paulo, na sua Epístola aos Gálatas: “não há pois judeu, nem grego, escravo ou livre, varão ou fêmea, pois sois todos um em Jesus Cristo” (BÍBLIA, N. T. Gálatas, 3: 28).

Embora a unidade do gênero humano tivesse sido proclamada pelo Cristianismo, não serviu tal conceito para impedir as guerras fratricidas contra os denominados “infieis”, nem que se desenvolvesse uma legislação nacional, cada vez mais xenófoba e repleta de preconceitos contra os estrangeiros, mesmo que eles tivessem a mesma religião das pessoas que integravam determinados ordenamentos jurídicos locais. Na verdade, o espírito universalista que se revelava no Cristianismo apenas conseguiu manter-se em algumas grandes instituições medievais nele inspiradas e, sobretudo, naquelas geradas sob a sombra da Igreja Católica, como as Universidades medievais. A idéia fundamental das Universidades medievais ainda persiste nas Universidades modernas, no relativo a seus Professores e alunos, e, por certo, reflete ela o que de mais claro existe em termos de respeito aos direitos humanos: sua comunidade de alunos e Professores deve ser constituída *sem distin-*

ção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (art. II § 1º, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

III – A emergência histórica do conceito de nacionalidade

A universalidade do gênero humano, que o Cristianismo pretendia, foi aos poucos cedendo lugar a particularismos e individualismos, à medida que as sociedades se fortaleciam, na Idade Média, em torno a um micro universo de natureza local. Embora não se possa referir ao fenômeno do Estado moderno, no qual aquele particularismo será acentuado, na forma da nacionalidade, na constituição de unidades políticas, no mundo medieval, a idéia de pertencer a um grupo tinha, por contrapartida, a idéia de repelir-se qualquer outro pertencimento⁶ a outro grupo.

Mesmo antes de o conceito nacionalidade ter emergido na história, sempre existiu, em qualquer agrupamento humano, aquele vínculo forte que liga um indivíduo à comunidade, da qual ele se considera parte. O sentimento de pertencer a um grupo, por suas características de forte comprometimento do indivíduo em relação aos outros indivíduos com os quais comunga determinados valores societários, tem assim um duplo efeito: de um lado, fortalecer os laços de coesão entre os membros de uma comunidade, e, de outro, servir de baliza e de separação dos membros dessa comunidade, em relação a outras que lhe são estranhas⁷.

Conforme escrevemos na já citada obra *Curso de Direito Internacional Público*:

A nacionalidade é o vínculo mais antigo da História da Humanidade, que une as pessoas e entre elas e que estabelece as bases para o exercício do poder, por parte de uma autoridade local; é a nacionalidade o conceito de base inerente à configuração de uma unidade política autônoma, a qual

constitui o átomo que compõe as relações internacionais. O conceito de nacionalidade está presente nas antigas civilizações, mesmo antes de o ter ela sido adotada pelo Direito Internacional Público, cuja expressão passou, como temos insistido, a ser associada à emergência do próprio Estado moderno, no Séc. XVI. Deve-se rever o que se considera como “relações internacionais”, para incluir épocas anteriores àquele século, a fim de considerar-se o relacionamento entre células políticas em confronto, como entidades autônomas (portanto, não eram “Estados”), diferenciadas entre elas, exatamente por um traço cultural forte, que hoje denominamos “nacionalidade”, para podermos afirmar que a nacionalidade existia nas antigas civilizações. No Egito antigo, na Babilônia, na Grécia, entre os hebreus, havia o fato de um indivíduo poder ser considerado como parte integrante daqueles povos, da mesma forma, como nos primórdios da civilização romana, em função de sua filiação a um dos membros daqueles povos, tão distintos uns dos outros. No mundo da Helenidade, era considerado “grego”, o filho de um grego e que se distinguiria dos *barbarophonói* (aqueles que falam com a voz rouca), em princípio por “falarem” o idioma grego (“falar” queria dizer muito mais do que exprimir-se em grego, tendo um sentido de “pertencimento” a uma civilização que se auto supunha como superior às demais de seu tempo). No auge do expansionismo romano, as definições de *cives romanus* sofreriam extensões crescentes, mas sempre com uma constante histórica, de que os novos *cives romani*, decorrentes da extensão crescente da cidadania para todos os povos habitantes no Império Romano, passavam sua qualidade pessoal a seus descendentes. Em to-

das essas civilizações antigas, trata-se da consagração do critério do *jus sanguinis*, determinado por laços familiares, e que serviria para legitimar direitos e deveres de um indivíduo livre, em relação ao seu próprio povo e com os conseqüentes traços de negação de tais direitos e deveres a outros indivíduos que não tivessem sua “nacionalidade” (ou seja, o mesmo sangue). O estrangeiro, assim, era o indivíduo alheio ao grupo social, cercado das maiores hostilidades... (SOARES, 2002a, p. 3114-3115).

Ainda na mesma obra, assim nos expressamos:

No universo da Idade Média, o critério do *jus sanguinis* passará a conviver com outro critério de vinculação dos indivíduos a um determinado ordenamento jurídico autônomo e diferenciado de outros. Aos poucos emerge o conceito de *jus soli*, ligado ao fenômeno do local de nascimento do indivíduo, sem qualquer referência às qualidades de seus progenitores. Conforme anota o Prof. Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 932), a predominância, naquele período, do critério do *jus soli*, “tem suas raízes na organização econômica e social do feudalismo medieval. A terra era considerada a maior riqueza e símbolo do poder. Diversas normas e institutos (*jus albina-gi, jus naufragietc.*) surgiram desta posição em relação à terra. A nacionalidade apenas acompanhou a orientação geral”. Tal fenômeno se reflete na maneira como que, no período medieval, se distinguiam os personagens famosos, pelo local de seu nascimento: os monges São Bento de Núrcia e São Bernardo de Claraval, célebres fundadores de ordens religiosas até hoje atuantes, o monge Guido d’Arezzo, inventor da moderna escrita musical, São Francisco de Assis, o fundador da Ordem dos Frades Menores, e grande

inspirador da moderna concepção ambientalista (de valorização dos animais, como seres advindos do Criador, e, portanto, dignos de um respeito por parte do homem), Santa Rita de Cássia e Santa Teresa de Ávila, famosas religiosas que marcaram sua época, por sua intelectualidade e exemplo de vida pessoal, e Erasmo de Roterdã, célebre humanista holandês, preceptor do Imperador Carlos V da Espanha (MELLO, 2001, p. 315-316).

IV – A determinação da nacionalidade no Estado Moderno e os limites impostos pelo Direito Internacional Público

Nos primórdios da emergência dos Estados modernos, ainda no Séc. XV, a nacionalidade adquire ainda maior importância, tendo em vista que passa a ser o elemento determinante para a submissão de um indivíduo a um ordenamento jurídico, ordenamento esse, a partir de então, circunscrito a um território e dominado por um poder incontestável de um soberano. O conceito de nacionalidade serviria, portanto, de elemento para exigir das pessoas uma submissão total à vontade do governante, em particular naqueles períodos de crise, como as guerras, em que se colocavam em perigo valores nacionais supremos (recorde-se que a formação dos exércitos nacionais é coetânea à emergência dos Estados modernos e que um Estado passaria a ser cada vez mais poderoso, à medida que tivesse à sua disposição um grande contingente militar). Na verdade, a partir da definitiva consagração do Estado como a mais relevante célula política das relações internacionais, nos dias correntes, somente se pode conceituar nacionalidade a partir da formação dos mesmos, que, como vimos, emergiram numa conformação totalitária e de exclusividade do poder centrado na figura única do governante, fenômeno que teve sua consagração nos Tratados de Vestfália de 1648, os quais,

igualmente, consagrariam a regra da territorialidade do ordenamento jurídico nacional, ou seja, a trazida para a esfera de sua regulamentação exclusiva todas as pessoas que se encontravam no seu território (o elemento da territorialidade dos Direitos modernos, em contraposição à personalidade das leis do período medieval).

Questão interessante é saber-se até que ponto a nacionalidade foi ou não um expediente dos Estados absolutistas de conseguirem a mais completa submissão de seus súditos ao seu poder, ou se, antes, foi o poder do Estado que soube aproveitar-se de um elemento forte de unificação entre as pessoas, para delas extrair seu poder. O fato é que, desde a emergência dos Estados modernos, a existência de uma nacionalidade definida tem servido como elemento de afirmação da existência do próprio Estado e dos motivos que justificariam o essencial dos comportamentos dos mesmos. Em primeiro lugar, ao legitimar aquelas pessoas que têm direito de participar, nos ordenamentos jurídicos internos, diretamente na formação da vontade política nacional (direito de votar e serem votadas), às quais são reservados direitos exclusivos; e, em segundo, no que se refere à proteção de indivíduos, nas relações internacionais (o instituto da proteção diplomática, bem como as justificativas para as relações consulares, exercidas em relação a pessoas nacionais que se encontram em territórios de outros Estados e os casos de deveres canalizados aos Estados da nacionalidade das pessoas que se encontram em espaços internacionais comuns). Deve-se acentuar que a nacionalidade teve, por outro lado, o papel de ainda mais unificar e fortalecer a fonte do poder do dirigente único da sociedade dos tempos modernos, uma vez que solapou outros critérios de “pertencimento” a vários ordenamentos jurídicos que existiam, concomitantemente, na Idade Média, em função de a pessoa pertencer a estamentos distintos e com suas normas particulares. Unificada a fonte da legitimidade do ordenamento jurí-

dico dos Estados na pessoa de um dirigente absoluto, nada mais natural que desaparecessem outras fontes de normas jurídicas, ao mesmo tempo em que se fortificava o conceito de nacionalidade, inclusive atribuindo-lhe deveres imperativos, como o dever cívico e inalienável de servir à pessoa do governante, a própria encarnação do Estado, principalmente nos tempos de guerra.

No Direito Internacional Público atual, não se encontra uma definição precisa do que seja nacionalidade. Contudo, pelo menos duas regras importantes se encontram estabelecidas. A primeira diz respeito à total liberdade de os Estados determinarem as regras sobre as pessoas que eles consideram como seus nacionais, seja no momento do nascimento das pessoas (nacionalidade originária, que pode ser definitiva ou dependente de registro e/ou opção), seja num momento posterior (naturalizações, que podem ser voluntárias, por um ato de um indivíduo, *sponte sua*, adquirir a nacionalidade do Estado, ou involuntárias, por um ato legislativo de outro Estado, em determinadas circunstâncias, ou ainda, pelo casamento com um nacional de outro Estado, e, em alguns casos, pelo fato de os naturalizando prestarem um trabalho no território de outro Estado).

No que se refere ao ordenamento jurídico sobre as regras de aquisição da nacionalidade, citem-se a Convenção sobre Nacionalidade, adotada na Haia, em 1930 (no Brasil promulgada pelo Decreto 21.798 de 06/11/1932), que fixou no seu art. 1º a norma de que “cabe a cada Estado determinar, por sua legislação, quais são seus nacionais. Essa legislação será aceita por todos os outros Estados, desde que esteja de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade”. Uma análise de Direito Comparado revela que os tipos de legislação dos Estados podem variar, desde normas constitucionais (caso do Brasil), até normas de direito público (como os Códigos de Nacio-

nalidade ou normas específicas nas codificações de Direito Internacional Privado) ou ainda de direito privado, como as leis esparsas contidas nas leis civis, reguladoras do estado das pessoas físicas.

A segunda regra importante sobre a aquisição da nacionalidade diz respeito a que a atribuição da nacionalidade não pode ser resultante do exercício de uma competência discricionária total e injustificada por parte do Estado, mas, antes, deve estar baseada em vínculos efetivos entre o indivíduo e o Estado que lhe atribui a nacionalidade. Neste último particular, havia, na mencionada Convenção sobre Nacionalidade da Haia de 1930, no seu art. 5º, uma norma de que, num terceiro Estado, o indivíduo que possuísse várias nacionalidades poderia ver reconhecida quaisquer delas, podendo aquele Estado, “em seu território, reconhecer exclusivamente, entre as nacionalidades que tal indivíduo possua, tanto a nacionalidade do país, no qual tenha a residência habitual e principal, quanto a nacionalidade do país ao qual, segundo as circunstâncias, ele, de fato, pareça mais ligado”. Essa norma foi, após a Segunda Guerra Mundial, reafirmada, de modo mais taxativo, pela Corte Internacional de Justiça, no julgamento do famoso Caso Nottebohm, efetuado pela Corte Internacional de Justiça, em 06/04/1955: tratava-se de um próspero comerciante de nacionalidade alemã, residente na Guatemala, que teria conseguido naturalizar-se cidadão do Lichtenstein, a fim de colocar-se a salvo das sanções econômicas (nacionalização dos bens) que, durante a Segunda Guerra Mundial, determinados Estados, como aquele da América Central, impuseram aos súditos alemães. Nesse Caso de 1955, que opôs aqueles dois Estados, a CIJ julgou que nenhum Estado poderia reclamar pelo fato de outro Estado ter estendido sua nacionalidade àquelas pessoas, que aquele Estado considera como seus nacionais, mas determinou que *verbis*: “nenhum Estado poderia pretender que as regras por ele assim estabelecidas deveriam ser reco-

nhecidas por outro Estado, a não ser que estejam conformes a uma finalidade geral de fazer concordar o vínculo jurídico da nacionalidade, com a ligação efetiva do indivíduo ao Estado que assume a defesa de seus cidadãos por meio da proteção diplomática frente a outros Estados”. Portanto, a sentença da CIJ em Nottebohm determinou que, para a nacionalidade produzir efeitos no Direito Internacional (pelo menos no que diz respeito à legitimidade da proteção diplomática dos Estados perante outros), é necessário haver um vínculo efetivo entre aquele ato do Estado de outorgar sua nacionalidade e a pessoa que tem o direito de ostentá-la e de pedir a proteção diplomática de seu Estado nacional; tais vínculos podem ser uma residência ou domicílio, ou ainda negócios habituais no país (fatores que, no caso de Nottebohm, eram totalmente ausentes no que se refere ao Lichtenstein).

V – *Plurinacionalidade e apatridia: sua regulamentação na atualidade*

O fato de os ordenamentos jurídicos nacionais poderem variar no que respeita a critérios adotados para a determinação da nacionalidade, entre o *jus sanguinis* e o *jus soli*, pode ocasionar um duplo fenômeno: a) a atribuição de duas ou mais nacionalidades ao mesmo indivíduo (binacionalidade ou plurinacionalidade, também dita: polinacionalidade) e b) a apatridia, ou seja, a ausência de nacionalidade de uma pessoa física. Ambos os fenômenos decorrem da regra da liberdade de os Estados poderem adotar os critérios que bem entenderem (nos limites colocados pelo Caso Nottebohm e das regras internacionais de proteção aos direitos humanos), e que podem ocasionar vínculos concomitantes ou inexistentes entre os respectivos ordenamentos jurídicos relativamente a um mesmo indivíduo, seja no momento de seu nascimento, seja em épocas posteriores de sua vida.

A binacionalidade e plurinacionalidade resultam, portanto, de situações de atri-

buições legítimas e eficazes de duas ou mais nacionalidades concomitantes a um mesmo indivíduo. Tais situações podem advir de várias hipóteses: a) a ocorrência de vínculos de *jus soli* e de *jus sanguinis* na mesma pessoa, desde que tais vínculos sejam efetivos e decorrentes das condições exigidas pelos respectivos ordenamentos nacionais (a exemplo, no Brasil: uma pessoa nascida no Brasil, descendente de italiano, no grau de parentesco exigido pela lei italiana, e que tenha adimplido as condições exigidas por aquela lei, das quais, uma opção pela nacionalidade italiana, formalizada perante autoridades italianas⁸); b) a extensão, por um ato unilateral de um Estado, de sua nacionalidade a pessoas que não possuam sua nacionalidade originária, como um ato de natureza política (naturalizações coletivas, como foi o caso do Brasil, logo após a Proclamação da República⁹), ou no reconhecimento legal de situações personalíssimas dos indivíduos, como o casamento com uma pessoa nacional daquele Estado (caso de França) ou por outros motivos, como ter exercido um emprego no país (caso da antiga URSS) ou para permitir sua permanência no país (caso do Japão).

A apatridia resulta de concomitância de elementos fatuais, no momento do nascimento de um indivíduo, ou em épocas posteriores de sua vida, de tal maneira que não se verificam os vínculos reconhecidos pelos sistemas jurídicos nacionais, que permitam a atribuição ao mesmo de qualquer nacionalidade. Os fatos conhecidos são: a) perda coletiva ou individual de uma nacionalidade, sem que haja a aquisição de outra nacionalidade (no primeiro caso, as hipóteses de desaparecimento de um Estado, como a Armênia, durante a existência da URSS, ou da cassação na nacionalidade russa aos emigrados do regime soviético, logo após 1917, e, no segundo, a perda de uma nacionalidade, como pena, sem que tenha havido a atribuição de outra nacionalidade ao indivíduo, caso possível no Brasil, na hipótese da perda da nacionalidade brasileira e da não

efetiva aquisição de outra nacionalidade¹⁰) e b) a ocorrência de vínculos concomitantes de *jus soli* e de *jus sanguinis*, no momento do nascimento, aos quais os ordenamentos jurídicos nacionais interessados não conferem eficácia para a atribuição da nacionalidade (um filho de um apátrida, ou de um estrangeiro originário de um país que consagra o *jus soli*, nascido em território de um Estado que somente admita o *jus sanguinis* como critério para a atribuição da sua nacionalidade, hipóteses da maioria dos países europeus¹¹).

O plurinacional é, no Brasil, um brasileiro nato¹² ou, dependendo das circunstâncias, um brasileiro naturalizado (no caso de ter adquirido, por ato voluntário, a nacionalidade brasileira, sem haver perdido sua nacionalidade de origem¹³), portanto, com os deveres inerentes à nacionalidade, e titular dos direitos de cidadania exclusivos concedidos ao brasileiro nato (em particular os direitos de serem eleitos a cargos públicos reservados a tais categorias de brasileiros, como já visto anteriormente) e aqueles concedidos aos naturalizados. Contudo, a plurinacionalidade faz um indivíduo protegido por vários sistemas jurídicos, mas igualmente submetido a deveres cogentes e imperativos próprios do caráter nacional de dois ou mais Estados, dos quais se destaca o serviço militar obrigatório. A questão do serviço militar obrigatório, em relação a dois ou mais países, pode conduzir a situações insolúveis, em tempos de guerra ou de graves convulsões internacionais; das questões mais importantes se destaca aquela de determinar-se a qual forças armadas de uma de suas nacionalidades deve um plurinacional servir, como dever, sob pena de insubmissão e de pesadas sanções (inclusive os gravíssimos crimes de traição à pátria!), em especial, quando se encontram os dois ou mais Estados da sua nacionalidade em confronto declarado. Em tempo de paz, a questão do serviço militar obrigatório dos plurinacionais encontra-se regulamentada pelo Protocolo da Haia de 1932, relativo às obrigações militares em certos casos de dupla

nacionalidade, no Brasil promulgado pelo Decreto 21.798, de 06/09/1932, segundo o qual, um indivíduo com duas nacionalidades, que prestar serviço militar em um dos Estados, fica isento de prestá-lo no outro (regra essa que se encontra repetida na Convenção europeia de 1963 sobre resolução de casos de pluralidade de nacionalidade e sobre a obrigação do serviço militar).

Ainda em tempo de paz, outras situações bizarras podem ocorrer, no relativo a plurinacionais, como os deveres eleitorais (obrigação de voto numa eleição, circunstâncias em que as repartições consulares do Estado que envia poderão estar autorizadas, pelo Estado receptor das mesmas, a recolher as manifestações eleitorais de seus nacionais, nas respectivas sedes e nas condições por aquele exigidas¹⁴), e os direitos à proteção diplomática e à proteção consular (a questão se resumiria a indagar-se até que ponto poderia um brasileiro, que também tem outra nacionalidade, beneficiar-se de proteção de uma Missão diplomática estrangeira ou de uma Repartição consular estrangeira, por fatos a ele relacionados, apreciados pelas autoridades brasileiras ou ocorridos no território nacional!). Neste último particular, é mister citar-se o precedente do Caso Canevaro, julgado em 1912 por um árbitro único (Louis Renault), sob a égide da Corte Permanente de Arbitragem, numa reclamação do Peru contra a Itália, que envolveu aquele cidadão *jure sanguinis* italiano e *jure solis* peruano; o árbitro afirmou que a Itália não poderia endossar uma reclamação de um seu nacional, perante o Peru, país que igualmente poderia fazer o mesmo, em relação à Itália.

A situação mais estranha, quanto aos direitos de um indivíduo, diz respeito à apátrida; na verdade, a situação de ausência de nacionalidade torna o apátrida um indivíduo estrangeiro em qualquer parte do mundo! Tal fato confere ao apátrida uma situação de grandes negativas de direitos, pois não tem ele a possibilidade do exercício da cidadania em nenhum país do mun-

do (não pode votar nem ser votado, em nenhum lugar do mundo), não tem ligações com quaisquer valores nacionais a serem defendidos por ele, em caso de guerra ou de convulsões internacionais (pois sendo estrangeiro, em qualquer parte do mundo, não tem o dever do serviço militar, em nenhum lugar)¹⁵. Por outro lado, inexistem Missão diplomática ou Repartição consular que, sendo ele estrangeiro, em qualquer lugar do mundo, possam vir em socorro a seus direitos. Na verdade, e em princípio, o apátrida não poderia sequer viajar ao exterior (pois não teria sequer qualquer documento de identidade com validade internacional, como um passaporte), caso o Direito Internacional não lhe facultasse um documento de viagem, o que de fato os Estados têm providenciado aos apátridas neles residentes ou domiciliados, como a concessão de um *laissez-passer*, de passaportes amarelos (instituídos pela ONU) ou outro documento de viagem internacional, similares a um passaporte, os quais têm a função de servir de documento de identidade pessoal, em qualquer lugar do mundo.

A regulamentação internacional dos direitos subjetivos dos apátridas, na atualidade, constitui um importante campo de proteção internacional dos Direitos Humanos, e comunga com os mesmos princípios que regem duas outras situações de pessoas estrangeiras, que devem ter seus direitos reconhecidos em qualquer lugar do mundo, como se verá a seguir, neste trabalho. Em tal categoria, em primeiro lugar, estão os asilados (instituto típico latino-americano, em virtude do qual o Estado que concede asilo, territorial ou diplomático, tem o dever de reconhecer aqueles direitos e conferir documentos de viagem internacional aos seus beneficiados) e, em segundo, os refugiados (pessoas que se encontram em outros países e que, por normas internacionais adotadas pela ONU, têm seus direitos subjetivos assegurados).

O regime jurídico internacional dos apátridas recebeu uma especial atenção do

ECOSOC da ONU (relembre-se: o colegiado que tem cuidado dos Direitos Humanos), cuja Resolução A(526), adotada na sua XVII sessão, a 26/04/1954, teria, por consequência, a convocação de duas Conferências de Plenipotenciários, as quais adotaram, a primeira, em 28/07/1954, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, instrumento minucioso, composto de 42 artigos e Anexo, e a segunda, em 30/08/1961, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, igualmente ato internacional complexo, composto de 21 artigos¹⁶.

VI – O quadro normativo geral da proteção dos Direitos Humanos na atualidade

A inserção dos Direitos Humanos como um dos mais importantes capítulos do Direito Internacional Público, na atualidade, teve importantes consequências para o regime da proteção dos direitos dos estrangeiros. Como se sabe, o grande passo histórico no progresso dos Direitos Humanos, em quaisquer de suas vertentes, no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, ou nas suas relações externas, segundo o pensamento do grande jurista italiano Nberto Bobbio (1992, p. 25-47), foi aquele dado em direção à afirmação de sua maior positividade e eficácia¹⁷. Tal momento se realizou, após os trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, com a consagração dos Direitos Humanos, que já se encontravam definidos em normas dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, em normas internacionais muito precisas, ao mesmo tempo em que se adotavam mecanismos, igualmente muito precisos, de verificação de sua adimplência, sob o controle da comunidade dos Estados.

As definições dos direitos humanos se encontram em dois grandes conjuntos de atos solenes internacionais, as Declarações e os tratados multilaterais, atos esses que, por sua vez, podem ser incidentes em dois grandes campos: o campo das relações in-

ternacionais globais, sob a égide da ONU, e o campo dos regionalismos.

As Declarações são instrumentos normativos de extrema importância, que fixam as grandes linhas políticas e jurídicas que os Estados Partes se comprometem a respeitar, conquanto não se tenham revestido da forma de tratados solenes internacionais. Das várias Declarações, duas se destacam: a primeira, no tempo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), aprovada pela IX Conferência Internacional Interamericana, em Bogotá, sob a égide da Organização dos Estados Americanos, em abril de 1948, que, por poucos meses, antecedeu à famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral da ONU, a 1º de dezembro de 1948. Quanto à natureza jurídica de tais Declarações, a Corte Internacional de Justiça, unicamente no relativo à Declaração Universal de 1948, já teve a oportunidade para estatuir que se trata de um costume internacional, portanto, um documento com mais força normativa do que uma *soft law*, esta, uma espécie de ato jurídico de normatividade branda, própria de atos adotados por organizações internacionais, no qual, na atualidade, alguns autores pretendem colocar as duas Declarações.

Quanto aos tratados internacionais multilaterais de resguardo dos direitos humanos, é mister distinguir dois grandes regimes, nos quais eles se inserem: a) o regime das relações globais, dos denominados “direitos humanos *stricto sensu*”, sob a égide da ONU e sob a égide de organismos reconhecidos pelos Estados com poderes de elaborar normas relativas a Direito Humanitário e a Direito dos Refugiados, categorias essas que integram, juntamente com os anteriores, o que denominamos de direitos humanos *lato sensu*, e b) os regimes regionais da Europa, da América Latina (na qual se encontra igualmente regulamentado o Direito do Asilo Político, na sua dupla forma, o asilo diplomático e o asilo territorial), da África e dos Países Árabes. Devemos esclarecer

que consideramos direitos humanos *lato sensu* as normas de proteção, que se encontram definidas, no curso da história, tanto para os tempos de paz, quanto para os tempos de guerra ou de situações excepcionais; sendo assim, “Direitos Humanos *lato sensu*”, a nosso ver, englobam tanto as normas de proteção aos direitos humanos, concebidas, na história, para os tempos de paz, os “direitos humanos *stricto sensu*”, como aquelas outras normas, excepcionais, concebidas para os tempos de guerra ou geradas para regular as situações dos indivíduos, nos momentos de grave perturbação da ordem interna ou internacional (como as normas do Direito Humanitário, os Direitos dos Refugiados e os Direitos decorrentes do Asilo Político, na América Latina).

No regime das relações globais, sob a égide da ONU, de proteção dos direitos humanos *stricto sensu*, destacam-se os dois Pactos das Nações Unidas, negociados sob a égide de sua Assembléia Geral, e assinados ambos no mesmo dia 16 de dezembro de 1966, na sede da ONU, em Nova York, portanto, autênticos tratados multilaterais em devida forma: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Deve dizer-se que os dois Pactos tiveram uma aceitação imediata dos Estados, tendo em vista que os mesmos entraram em vigor internacional a 23 de maio de 1976, após o 35º Estado haver depositado os instrumentos de ratificação, perante o Secretário Geral das Nações Unidas. No que respeita ao Brasil, o país os assinou, na data de sua adoção, em dezembro de 1966, mas os ratificou após ter havido a redemocratização do país, somente em 23/12/1992, data de sua promulgação conjunta pelo Decreto nº 592 dessa data, e após ter havido a aprovação, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226 de 12/12/1991¹⁸.

Citamos, ainda, outros importantes tratados multilaterais, adotados sob a égide da ONU: a Convenção contra a Tortura e Ou-

tros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 (no Brasil, promulgada pelo Decreto 40 de 15/02/1991); a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (promulgação no Brasil pelo Decreto 99.710 de 21/11/1990); a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 (Decreto de promulgação no Brasil, nº 30.822 de 06/05/1952). Inclua-se, nesse rol, o importantíssimo Tribunal Penal Internacional, sediado na Haia, o qual foi adotado por uma Conferência Diplomática *Ad Hoc* das Nações Unidas, para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, reunida em Roma a 17 de julho de 1998 (no Brasil, o tratado que resultou dessa Conferência, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, encontra-se promulgado pelo Decreto 4.388 de 25/09/2002). Tal corte judiciária internacional já se encontra instalada e com os seus magistrados já empossados, devendo destacar-se entre seus membros, uma eminente brasileira, ao tempo de sua nomeação, integrante do Tribunal Federal Regional da 3ª Região, a ilustre Dra. Sylvia Steiner.

No regime dos direitos humanos *lato sensu*, ao lado daqueles direitos já mencionados, que foram elaborados para ser aplicados em tempos de paz, e que constituem os fundamentos de um Estado democrático, na atualidade, encontramos os direitos que integram o denominado Direito Humanitário, o Direito dos Refugiados e o Direito do Asilo, este último, conforme regulamentado no continente latino-americano, os quais possuem, como nota comum, o fato de terem sido gerados para proteger os direitos humanos, em situações excepcionais, de guerras, conflitos armados, graves perturbações internas, mas que hoje se estendem a quaisquer períodos da vida em sociedade. Serão eles melhor considerados na parte deste trabalho que se segue a esta.

Os mecanismos de verificação da adimplência dos deveres instituídos nos tratados multilaterais de proteção aos direitos humanos são procedimentos diplomáticos

instituídos nos referidos tratados multilaterais, e que representam importantes meios de levar, à opinião pública internacional, as atividades dos Estados violadoras dos respectivos deveres internacionais. De tais mecanismos, sobressai-se a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, instituída em 1946, por ocasião da primeira reunião do Conselho Econômico e Social da ONU, (Resolução I-5), com sede em Genebra, composta de representantes diplomáticos dos Estados, numa base de rotatividade de representação geográfica, para reuniões ordinárias anuais, por 40 dias, nos meses de fevereiro e março¹⁹. À sua sombra, reúnem-se outros órgãos colegiados, instituídos em tratados multilaterais, como o Comitê sobre Direitos Cíveis e Políticos, instituído no Pacto da ONU sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, do qual o Brasil participa, e o Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Protocolo Adicional ao Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, subscrito igualmente em 1966, mas do qual o Brasil se encontra ausente, por não haver subscrito aquele Protocolo; importa observar que este Protocolo confere, ao referido Comitê, a atribuição de poder receber queixas individuais, contra Estados²⁰, da mesma forma que os Comitês previstos na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 14 § 1º) e a Convenção contra a Tortura (art. 21 § 1º e art. 22 § 2º).

Nos âmbitos regionais das normas de proteção dos direitos humanos, verifica-se, ao lado de um rol de direitos e deveres mais bem definidos que aqueles dos instrumentos multilaterais globais, um evidente maior aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de adimplência das suas normas, inclusive, como no caso do Continente europeu; neste último caso, deve destacar-se a existência de uma Corte Européia dos Direitos Humanos, tribunal internacional com sua jurisdição aberta a pedidos de quaisquer pessoas, independentemente de sua nacionalidade, as quais têm direitos de pos-

tular, em nome próprio, reclamações judiciais contra quaisquer Estados, inclusive os de sua própria nacionalidade, domicílio ou residência, reclamações essas por violações dos direitos humanos.

No Continente europeu, logo após a assinatura dos tratados de paz que colocaram um fim à Segunda Guerra Mundial, os países da então denominada Europa Ocidental, já decididos a estabelecer um dos mais complexos instrumentos multilaterais de integração econômica e política regional, e que deveria transformar-se na atual União Européia²¹, assinaram a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em Roma, a 04/11/1950, e a Carta Social Européia, adotada em Turim, a 18/10/1961, ambas adotadas por iniciativa do Conselho da Europa²². Ressalte-se que tal conjunto normativo seria dotado, já no seu nascedouro, de poderosos instrumentos de verificação da adimplência de suas normas, com a instituição de uma Comissão Européia de Direitos Humanos (organismo composto de representantes dos Estados Partes, porém escolhidos por suas qualidades personalíssimas, na atualidade, extinto²³), e de uma Corte Européia de Direitos Humanos (juízes internacionais independentes), ambos sediados em Estrasburgo. Deve ser igualmente ressaltado, como um fato de extraordinária importância para a proteção internacional dos direitos humanos, que, em data relativamente recente, o sistema normativo europeu sofreria um grande aperfeiçoamento, a partir de 1994, com a adoção do Protocolo 11 e com as posteriores modificações introduzidas pelo Acordo Europeu Relativo a Pessoas que Participam nos Procedimentos da Corte Européia dos Direitos Humanos, firmado em Estrasburgo, a 05 de maio de 1997; nos termos de tais reformas, foi suprimida a Comissão Européia (que tinha a incumbência de, entre outras, examinar e decidir sobre o encaminhamento à Corte Européia das reclamações de indivíduos contra os Estados Partes) e estendeu-

se a competência da Corte Européia dos Direitos Humanos, para o fim de poder receber, diretamente, as reclamações dos indivíduos contra quaisquer Estados Partes (inclusive os das nacionalidades dos reclamantes ou de quaisquer outras nacionalidades). O texto da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, a 04/11/1950, tal qual vigente na atualidade, portanto, com as modificações introduzidas com os mencionados atos internacionais, especialmente o Protocolo 11, encontra-se na Internet, no *site*: www.dhnet.org.br.

Na América Latina, o modelo normativo regional adotado para a proteção dos direitos humanos seria o europeu, de seu início histórico, portanto antes das reformas introduzidas em 1994, com o Protocolo nº 11, e que persiste até os nossos dias. Tendo já adotado, em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, os Estados latino-americanos, a 22/11/1969, assinariam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica (conhecida como *Pacto de San José*), ao final de uma Conferência Internacional *ad hoc*, realizada sob a égide da Organização dos Estados Americanos (OEA). Consagrou-se a técnica da declaração formal dos direitos protegidos, por meio de um articulado preciso, bem como da instituição de uma duplicidade de órgãos de verificação da adimplência daqueles direitos, ou seja, uma comissão composta de sete pessoas eleitas pela OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁴, sediada em Washington, e de um tribunal internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta de sete juízes nacionais dos Estados Membros da OEA, a qual seria, em data posterior, sediada em San José, na Costa Rica²⁵. O Brasil veio a aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos somente a 25/09/1992, tendo a mesma sido promulgada no país, pelo Decreto nº 678 de 06/11/1992; na ocasião, o Brasil valeu-se da facultade

de não reconhecer “como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a Competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção” (art. 62 § 1º do Pacto de San José). Deve notar-se que, a 10 de dezembro de 1998, conforme lhe faculto o mesmo art. 62 do Pacto de San José, após o referendo de aprovação antecipada dada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 89 de 03/12/1998, o Governo brasileiro passaria nota ao Secretário Geral da OEA, depositário da Convenção de San José, segundo a qual o Brasil daria “reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional”²⁶.

Na África, em janeiro de 1982, seria aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, reunida em Banjul, no Quênia, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, denominada “Carta de Banjul”, a qual seria formalmente subscrita pelos Chefes de Estado e de Governo dos Estados membros daquela Organização, na XVIII sessão de sua Assembleia, reunida em Nairobi, igualmente no Quênia, a 28/06/1981. Adota ela a técnica da declaração formal dos direitos protegidos (note-se a introdução, no universo dos direitos protegidos, de certos “direitos dos povos”, como a livre disposição de seus recursos naturais, ao desenvolvimento, à paz e à segurança, bem como o direito a um meio ambiente satisfatório), institui a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, composta de 11 membros, com personalidades africanas, eleitas a título pessoal (independentemente de sua nacionalidade), com as funções de verificar a adimplência das obrigações convencionadas, por parte dos Estados Partes, por meio da publicação de relatórios e de notificações endereçadas

aos Estados. No sistema africano de proteção aos direitos humanos, com a vigência internacional regional do Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Projeto adotado em setembro de 1995, por um Comitê de Peritos reunidos em Cape Town, na África do Sul, e a partir de 1997, em exame pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos), passará o mesmo a contar com uma instância jurisdicional, para a verificação do cumprimento dos deveres e obrigações, em nível regional, em coordenação com os poderes da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Com pesar, deve-se registrar que inexistem qualquer tratado ou convenção de proteção internacional subregional aos direitos humanos, no Continente asiático. As explicações têm variado; desde argumentos de que se trata de uma região onde os aspectos eminentes de direitos das coletividades organizadas na forma de Estados primam sobre os direitos dos indivíduos, até outras mais elaboradas, como uma proteção existente, porém distinta e inusitada, conforme os moldes vigentes nas demais regiões do mundo. A nosso ver, tais justificativas são totalmente inconvincentes e, portanto, incompatíveis com a consciência generalizada na comunidade de todos os Estados da atualidade.

Outra lacuna notável, esperamos que no presente momento seja ela um fato da história passada, refere-se à antiga área de influência da extinta URSS, a qual era justificada pela doutrina então dominante naqueles espaços, por considerarem os então países socialistas a proteção dos direitos humanos, mediante normas internacionais (em particular, os direitos civis e políticos), como aspectos de uma filosofia burguesa, individualista e decadente, própria dos países capitalistas, e que, portanto, aqueles direitos já estariam consagrados nos sistemas das denominadas “democracias populares”. Tais democracias já contemplariam, na sua própria essência, em particular, os di-

reitos econômicos e sociais (e, sendo assim, ao ver daqueles Estados, seria, quando muito, supérflua a existência de tratados ou convenções internacionais globais ou regionais que os declarassem e instituísem mecanismos para sua proteção). Por outro lado, era um posicionamento comum dos países do bloco socialista, sobretudo no auge da Guerra Fria, que os assuntos de direitos humanos constituiriam domínio reservado dos Estados, e que, nos termos do art. 2º, § 7º, da Carta da ONU²⁷, estariam, portanto, excluídos do poder regulatório da ONU e dos tratados multilaterais que sob sua égide fossem adotados. À medida que países do antigo bloco soviético se tornem membros do sistema regional europeu da União Européia (e de modo muito especial, nas Comunidades Européias), e sendo condição essencial para tal filiação um efetivo comprometimento dos Estados com a decisiva proteção dos direitos humanos, nos moldes da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de Roma, de 1950, e da Carta Social Européia de Turim, de 1961, por expresse mandamento do Tratado da União Européia (Maastricht, 1992), reafirmado pelo Tratado de Amsterdam de 1997²⁸, que consagraram a denominada “cláusula democrática”²⁹, é de esperar-se que aquela lacuna no Continente Europeu seja sanada, mesmo porque são extremamente poderosas as sanções previstas para os Estados, sejam os já participantes, sejam os postulantes, que não respeitem as normas européias de proteção aos direitos humanos³⁰.

Os direitos humanos consagrados nos diversos diplomas normativos internacionais, na maioria, constituem uma unidade conceitual, e o fato de eventualmente haver vários atos normativos que lidam com os mesmos direitos somente serve para reforçar sua importância e a busca de mecanismos complementares para sua defesa. Por outro lado, a concomitância de direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais, mundiais e regionais, e

ao mesmo tempo vigentes nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, constitui, de igual forma, uma garantia de sua eficácia, tendo em vista que os ordenamentos jurídicos internos e internacionais devem ser considerados como complementares uns dos outros.

VII – Os Direitos Humanos fundamentais relacionados à proteção dos estrangeiros

Conforme já nos referimos, neste trabalho, as proibições de discriminações entre nacionais e estrangeiros, no referente à aquisição e gozo dos direitos humanos, nem sempre foram expressas nos ordenamentos internos dos Estados. Mesmo em épocas anteriores à segunda metade do Séc. XX, em que, na Europa, os Estados se apresentavam com uma feição democrática, havia um tratamento discriminatório conferido a estrangeiros. Dispositivos constitucionais de tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros eram a exceção, naqueles sistemas jurídicos marcados por um grande chauvinismo decorrente da falta de migrações internas entre os Estados europeus da época.

Nos jovens Estados da América, em particular no Brasil, a tradição sempre fora de considerar-se o estrangeiro em pé de igualdade com os nacionais. No caso do Brasil, tal tendência histórica, presente no Império, fortalecer-se-ia no momento em que, após a abolição da escravatura, então se buscava, na jovem República, substituir a mão-de-obra escrava pelo trabalho assalariado. Nesse particular, houve um enorme incremento da política de imigração e de colonização rural, por parte do Estado brasileiro, que nada mais representava do que os anseios dos proprietários das grandes fazendas de café, pela presença da mão-de-obra assalariada do trabalhador imigrante europeu e japonês.

Essas são as razões pelas quais, dado o silêncio sobre os direitos dos estrangeiros, da Constituição Política do Império do Bra-

sil, de 1824 (em virtude do art. 179, “a inviolabilidade dos direitos políticos e civis” era assegurada aos “cidadãos brasileiros”), a partir da primeira Constituição republicana do Brasil, de 1981 (denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), passaram todas as Constituições brasileiras a regulamentar, de maneira direta, os direitos de aquisição e perda da nacionalidade brasileira (a primitiva e a derivada), bem como a inscrever, nos respectivos textos, a norma fundamental de que brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil têm a igualdade dos direitos fundamentais assegurados aos brasileiros, conforme todas elas passavam a definir. Foi assim que o art. 72, ementado “Declaração de Direitos”, da primeira Constituição republicana do Brasil, de 1891, estabeleceria, *verbis*: *A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos...* Tais normas seriam repetidas, com variantes nas redações quanto ao arrolamento dos direitos protegidos, nas Constituições de 1934 (art. 113, inscrito no Cap. II ementado *Dos Direitos e das Garantias Individuais*), de 1937 (art. 122, num item denominado *Dos Direitos e Garantias Individuais*), de 1946 (art. 141, no Cap. II ementado *Dos Direitos e das garantias individuais*), na E/C 1/69 (art. 153, no Cap. IV denominado *Dos Direitos e Garantias Individuais*) e, finalmente, na atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no *caput* do art. 5º, que constitui o Cap. I, *Dos Direitos e Deveres Constitucionais e Coletivos*, inscrito no Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, assim redigido: *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...* Na verdade, o *caput* do referido art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 deve ser interpretado em conjunto com o § 2º do mesmo art. 5º, assim redigido: “Os di-

reitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Se a distinção entre nacional e estrangeiro pode ter sido importante nos ordenamentos internos dos Estados, conforme já enfatizamos, por razões da política de fortalecimento do Estado autocrático, na atualidade, pela própria natureza dos Direitos Humanos, os quais passaram a ser definidos em normas internacionais, não se poderia imaginar aquela distinção, quando se encara a natureza transnacional e o escopo das normas protetoras da pessoa humana. O próprio conceito de pessoa humana repele quaisquer distinções entre os integrantes de tal categoria de entes, no referente a direitos protegidos. Vale a pena repetir a transcrição inteira do Art. II da Declaração Universal dos Direitos do Homem, anteriormente mencionada no presente trabalho:

Artigo II – 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Deve observar-se que tais normas dizem respeito a proibições de discriminação entre possíveis classes que se queira instituir entre as pessoas, evidentemente com finalidades discriminatórias, no que respeita a todos os demais direitos definidos e protegidos; entre as possibilidades de discriminações se acha a distinção entre nacionais e

estrangeiros. O fato de estarem tais normas sobre não discriminação em artigos iniciais dos diplomas legais confirma o desiderato dos Estados subscritores dos atos normativos internacionais de, em primeiro lugar, terem eles instituído normas de natureza objetiva, que criam igualdades entre as pessoas, e, em segundo lugar, de terem estabelecido normas procedimentais relacionadas à qualificação dos beneficiários de todas as outras normas de proteção aos direitos humanos. Sendo assim, os vários direitos subjetivos definidos, como o direito à vida, à propriedade, a um trabalho digno, tanto podem ser referidos e destinados aos nacionais de um Estado, quanto aos estrangeiros domiciliados ou nele residentes, ou, ainda, simplesmente dirigidos a indivíduos presentes no seu território ou submetidos à sua jurisdição.

Os tratados solenes multilaterais repetem tais normas da Declaração Universal de 1945, conforme se pode verificar pela redação do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim redigido:

Artigo 2º, § 1º: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição³¹.

As normas de proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros, quanto à aquisição e gozo dos direitos humanos, têm sua mais acabada expressão nos tratados regionais de proteção aos direitos humanos. Assim se encontram normas expressas na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (ROMA, 1950 apud TRINDADE, 1991, p. 401), no seu art. 14, que assim dispõe: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção devem ser

assegurados sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, o pertencer a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. Na América Latina, tais normas encontram-se assim redigidas, no Pacto de San José da Costa Rica:

Artigo 1º (Pacto de San José da Costa Rica de 1969) – Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Em que pese a repulsa da distinção, nas normas de proteção à pessoa humana, entre as pessoas humanas, com base na origem nacional ou no nascimento, ainda permanecem questões relacionadas aos direitos dos estrangeiros e que necessitam uma definição normativa, no elenco dos próprios direitos humanos protegidos. Neste particular, a nacionalidade, que, desde sempre, era considerada um *status* conferido a um indivíduo, por direito exclusivo do Estado, como se viu, em especial naqueles momentos de agudas crises internacionais, como as guerras, durante as quais era necessário o Estado contar com um exército compulsoriamente formado por seus nacionais, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, passa a nacionalidade a ser considerada como um direito subjetivo do indivíduo. As atribuições compulsórias de nacionalidades, as mudanças maciças e involuntárias de nacionalidades, que eram frequentes na Europa de antes da constitui-

ção da ONU, pediam uma regulamentação internacional, no sentido de opor-se um direito da pessoa humana a um pretensão direito dos Estados de, discricionariamente, considerar quem bem entendesse como seus nacionais.

Em tal perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos do Homem declara no art. Artigo XV, no § 1º, *verbis*: “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade, e no § 2º, *verbis*: Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem consagra idêntica norma, no seu Artigo XIX, assim redigido: “Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la”.

No que respeita às normas constantes em tratados multilaterais regionais, merece registro o fato de a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950) silenciar a respeito do direito a uma nacionalidade³², da mesma forma que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Na Convenção Americana dos Direitos do Homem, o famoso Pacto de San José da Costa Rica, constam normas claras sobre o direito da pessoa humana a uma nacionalidade, nos seguintes termos:

Artigo 20 – Direito à nacionalidade.

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

Merece registro um interessante dispositivo constante da Carta dos Direitos Humanos dos Povos no Mundo Árabe, aprovada em 15/09/1994, pelo Conselho da Liga dos Estados Árabes, na qual consta o art.

36, assim redigido: “Todo cidadão tem direito a uma nacionalidade. Tem direito de trocá-la e mantê-la juntamente com qualquer outra nacionalidade árabe. Tem direito de passar sua nacionalidade a seus filhos sem discriminação a este respeito entre homens e mulheres”³³.

Dois direitos, com íntima relação aos direitos dos estrangeiros, dizem respeito: a) à liberdade de ir e vir, seja entre dois ou mais países, seja no interior do país em que se encontram domiciliados e b) o direito de não serem os estrangeiros expulsos de um país, sem um fundamento jurídico e somente após o devido processo legal. São direitos subjetivos dos estrangeiros, aos quais os textos normativos internacionais multilaterais conferem um tratamento particular.

Assim, na Declaração Universal, há o Artigo XIII, assim redigido: “§ 1º – Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. § 2º – Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Na Declaração Americana, há o artigo Artigo VIII com a seguinte redação: “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade”.

No Pacto *Internacional* das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos, há os relevantes Art. 12 e Art. 13, assim redigidos:

Artigo 12.

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, saúde ou moral públicas, bem como os direitos e liber-

dades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.

4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

Artigo 13.

Um estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado Parte no presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

Na Convenção Européia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, nada consta quanto ao direito dos estrangeiros de fixar residência, de não serem expulsos ou de seu direito subjetivo de ir e vir. Contudo, o tema é versado, de maneira transversal, na Carta Social Européia, adotada em Turim, a 18 de dezembro de 1961, § 18 e § 19 da Parte I e o art. 19, ementado: “Direito dos trabalhadores migrantes e das suas famílias à proteção e à assistência”³⁴.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), há um particular artigo destinado a regular o direito de circulação, de nacionais e de estrangeiros, e o direito de fixar residência. Trata-se do Art. 22, assim redigido:

Artigo 22 – Direito de circulação e de residência.

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional nem ser privado do direito de nele entrar.

6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com as convenções internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, encontram-se dispositivos assemelhados aos do art. 22 do Pacto de San Jose da Costa Rica, acima transcrito, com a seguinte redação:

Artigo 12.

1. Toda pessoa tem direito de circular livremente e de escolher a sua

residência no interior de um Estado, sob reserva de se conformar às regras prescritas na lei.

2. Toda pessoa tem direito de sair de qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país. Este direito só pode ser objeto de restrições previstas na lei, necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moralidade públicas.

3. Toda pessoa tem direito, em caso de perseguição, de buscar e de obter asilo em território estrangeiro, em conformidade com a lei de cada país e as convenções internacionais.

4. O estrangeiro legalmente admitido no território de um Estado Parte na presente Carta só poderá ser expulso em virtude de uma decisão conforme com a lei.

5. A expulsão coletiva de estrangeiros é proibida. A expulsão coletiva é aquela que visa globalmente grupos nacionais, raciais, étnicos ou religiosos.

Claro está que muitos desses direitos que aparentemente se referem aos estrangeiros podem também ser referidos aos nacionais dos Estados, como o direito de ir e vir e de fixar residência no território dos Estados. Contudo, há situações críticas, em determinados países e em certas ocasiões (em particular, naquelas de grande alterações da ordem jurídica interna, como golpes de estado ou revoluções), em que, mesmo os nacionais de um Estado, não gozam de qualquer proteção de seus direitos humanos, e passam a ser tratados com o mesmo grau de desrespeito que os estrangeiros.

VIII – As três novas vertentes do Direito dos Estrangeiros: o Direito de Asilo, o Direito dos Refugiados e o Direito Humanitário

Com a elevação do nível normativo dos Direitos Humanos a um patamar de normas internacionais, o que lhes conferiu uma pertinência a valores universais e lhe marcou

como um campo de responsabilidade de toda comunidade internacional, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, institutos que existiam no Direito Internacional Público ganharam uma renovada expressão. Daqueles que mais diretamente dizem respeito aos direitos humanos dos estrangeiros, destacam-se: o instituto do asilo político (na sua dupla versão, do asilo diplomático e do asilo territorial), o instituto do refugiado e, enfim, os novos conteúdos que foram atribuídos ao Direito Humanitário, na sua origem histórica, concebido para a proteção da pessoa humana em tempos de guerra.

O instituto do asilo político é antigo, reportando-se a tempos da Grécia clássica, em que havia lugares consagrados aos deuses ou ao culto das divindades, que podiam abrigar pessoas perseguidas pelas autoridades ou pela população, desde que neles entrassem. Foi praticado na Idade Média, em conventos, cemitérios, lugares que, por sua dedicação a Deus ou a santos, recebiam o maior respeito das autoridades leigas, inclusive quanto à sua sacralidade. A inviolabilidade de determinados locais foi, com o nascimento do Estado moderno, atribuída a locais dedicados às missões diplomáticas ou com outras atribuições, nos quais um Estado estrangeiro pudesse exercer suas funções num outro Estado (como os acampamentos militares autorizados a serem localizados no território de um outro Estado, navios militares, em águas territoriais de outros Estados, e, na atualidade, aeronaves militares).

Trata-se de uma situação de conturbação local, em um país, e que apresenta grande perigo para a pessoa, que se acha perseguida, por motivos políticos, em seu próprio país, a qual busca asilo, de duas maneiras: a) ao entrar no território de outro Estado (entrada urgente e irregular, sem qualquer visto de entrada ou mesmo sem a permissão das autoridades locais), diferente daquele onde se encontra ou b) ao entrar nos locais protegidos pelo Direito Internacional, como

as missões diplomáticas estrangeiras, os navios militares, aeronaves militares ou acampamentos militares de outros Estados, autorizados a estacionarem no território do Estado (o asilo será concedido pelas autoridades estrangeiras encarregadas de tais locais: o Chefe da Missão diplomática, os comandantes militares dos navios, aeronaves ou acampamentos militares).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, bem descreve o instituto do asilo, nos seguintes termos:

Artigo XIV – 1. Toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, repete tais normas, no seu Artigo XXVII, assim redigido: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais”.

Deve dizer-se que nem os dois Pactos da ONU, nem a Convenção Européia incorporaram tais normas. Unicamente o Pacto de San José da Costa Rica (no art. 22, § 7º anteriormente transcrito) e a Carta Africana dos Direitos dos Povos (Art. 12 § 3º)³⁵ consagram o instituto.

Bem antes de o instituto do asilo político ter sido consagrado nos textos internacionais multilaterais, teve ele um grande desenvolvimento entre os países da América Latina, onde se aperfeiçoou, por usos e costumes. No correr do Séc. XX, foi consagrado em quatro convenções multilaterais regionais, das quais as mais modernas são as duas assinadas em Caracas em março de 1954 que representam sensíveis melhoras

das anteriores³⁶: a “Convenção sobre Asilo Diplomático” e a “Convenção sobre Asilo Territorial”. Assinadas por todos Estados latino-americanos membros da OEA, portanto, com exceção dos países anglófonos³⁷, e ratificadas pela maioria dos signatários³⁸, as duas Convenções de Caracas podem caracterizar-se como a expressão de um Direito Internacional Público Sub-Regional na América Latina, vigente entre os países latino-americanos do Continente americano.

Os grandes traços do instituto do asilo diplomático, conforme sua regulamentação pela citada Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954³⁹, podem assim ser descritos: a) o asilo diplomático é concedido a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos (portanto, evitando-se as discussões sobre a necessidade de haver qualquer procedimento administrativo ou judicial contra os asilados); b) o direito de concessão do asilo pertence ao Estado, que não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega; c) não se concede asilo diplomático a pessoas acusadas, processadas ou condenadas por delitos comuns; d) compete ao Estado asilante qualificar a natureza do delito ou dos motivos da perseguição; e) o asilo diplomático pressupõe casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável a que o asilado deixe o país, com as garantias acordadas pelo Estado territorial, cabendo ao Estado asilante tipificar o que seja urgência; f) o Estado territorial pode a qualquer momento exigir que o asilado seja retirado do país, para o que deverá conceder um salvo-conduto e as garantias necessárias para tanto (art. XI da Convenção de Caracas de 1954); g) “concedido o salvo-conduto, o Estado asilante poderá pedir a saída do asilado para o território estrangeiro, sendo o Estado territorial obrigado a conceder, imediatamente, salvo caso de força maior, as garantias necessárias” (art. XII, id); h) os asilados não poderão ser desembarcados em ponto algum do Estado territorial, em lugar que dele esteja próximo, salvo por necessidade de transporte;

i) o Estado asilante não é obrigado a conceder permanência a um asilado, mas não o poderá mandar de volta a seu país de origem, salvo por vontade expressa do asilado: j) enfim, o asilo diplomático não estará sujeito à reciprocidade, e qualquer pessoa, seja qual for sua nacionalidade, pode estar sob sua proteção (art. XX, id., no qual, contudo, nada diz a respeito dos apátridas).

Os grandes traços do asilo territorial, nos termos da Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, são os seguintes: a) nenhum Estado é obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos (art. III); b) “a extradição não se aplica, quando se trate de pessoas que, segundo a classificação do Estado suplicado, sejam perseguidas por delitos políticos ou delitos comuns, cometidos com fins políticos, nem quando a extradição for solicitada obedecendo a motivos predominantemente políticos” (art. IV); c) o Estado não se encontra obrigado a estabelecer distinções entre os estrangeiros, para discriminar os asilados, na sua legislação interna, nem a atender a pedidos de outro Estado, a adotar medidas excepcionais contra asilados, por motivos de opinião contrária àquele ou na sua liberdade de reunião; d) no caso de haver um pedido de internamento ou de vigiância de asilados que se encontrem no território do Estado asilante, feito pelo Estado de onde procedeu o asilado, o internamento deverá ser feito a uma distância prudente das fronteiras, e as despesas ocorridas deverão ser suportadas pelo Estado que o solicitar (art. IX e seus §§).

O asilo diplomático persiste sendo um instituto tipicamente latino-americano, embora tenha havido casos históricos isolados, em outras partes do mundo, como foi o de os EUA terem concedido asilo diplomático a dois eminentes Cardeais da Igreja Católica, Cardeal Mindszenti e Cardeal Wichinky, respectivamente, em suas missões diplomáticas em Budapeste e em Varsóvia, ao tempo da Guerra Fria e da intervenção armada da

então URSS. Tais pessoas, no entanto, foram conservadas praticamente como prisioneiras das missões diplomáticas, por longos anos, à vista da recusa de concessão de salvo-conduto por parte das autoridades locais.

Quanto ao asilo territorial, tendo em vista as citadas normas da Declaração Universal dos Direitos do Homem sobre asilo, os Estados, por intermédio da ONU, debruçaram-se sobre o assunto, numa tentativa de elaborar normas internacionais globais a respeito. Assim sendo, a 14/12/1967, a XXII Assembleia Geral da ONU adotaria, por unanimidade, a Resolução 2.314, denominada “Declaração sobre Asilo Territorial” (TRINDADE, 1991, p. 276-278), que, no seu preâmbulo, após recordar os já mencionados art. 13 § 1º e art. 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e expressamente reconhecer que “a concessão de asilo por um Estado a pessoas que tenham direito de invocar o artigo 14 da Declaração Universal... é um ato pacífico e humanitário e que, como tal, não pode ser considerado inamistoso por nenhum outro Estado”, recomenda que, “sem prejuízo dos instrumentos existentes sobre o asilo e o estatuto dos refugiados e apátridas, os Estados se inspirem, em sua prática relativa ao asilo territorial”⁴⁰.

No Brasil, as normas sobre entrada e permanência no território nacional de asilados, que são estrangeiros, regem-se pelo denominado “Estatuto dos Estrangeiros” (Lei nº 6.815 de 19/08/1980, com as alterações da Lei nº 6.964 de 09/12/81 e um sem número de outros atos normativos como o Regulamento expedido pelo Decreto nº 86.715 de 10/12/1981 e outras normas da legislação complementar ou correlata)⁴¹. No Título III, integrado por dois únicos artigos, 28 e 29, o Estatuto dos Estrangeiros regula a condição do asilado, que a Lei denomina “asilado político” e que a doutrina e práticas nacionais têm considerado como referente tanto ao estrangeiro beneficiado pelo asilo territorial (entrada pelas fronteiras ter-

restres ou marítimas, sem quaisquer documentos autorizatórios do Governo brasileiro, com a expectativa de beneficiar-se da proteção das normas internacionais e conseguir a condição de asilado, a ser definida quando a pessoa já se encontra no território nacional), quanto pelo asilo diplomático (entrada em portos ou aeroportos internacionais brasileiros, de posse de um salvo-conduto concedido pelo Governo brasileiro quando o asilado se encontrava em lugares no exterior susceptíveis de abrigar um postulante a asilo, na condição de asilado já reconhecida pelo mesmo). As regras gerais são de que, ao asilado político, apliquem-se as normas brasileiras relativas aos estrangeiros, bem como as que lhe impõe o Direito Internacional ou as que o Governo brasileiro lhe fixar (a ex.: fixação de residência em determinados locais, no Brasil, em geral, longe das fronteiras do Estado de sua nacionalidade ou residência, ao tempo anterior da concessão do asilo, cf. art. 28 do Estatuto do Estrangeiro). O art. 29 impõe ao asilado político o dever de somente sair do território nacional com a prévia autorização do Governo brasileiro, sob pena de considerar-se renúncia ao asilo, o que impedirá o reingresso, naquela condição (art. 29 e seu parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro).

É necessário enfatizar que, mesmo tendo havido somente na Constituição Federal de 1988⁴² normas sobre o asilo político, nos seguintes termos: “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... X – concessão de asilo político”, e que tais preceitos constitucionais eram inexistentes nas Constituições anteriores, o País, desde sempre, reconheceu, respeitou e aplicou, incontáveis vezes, os princípios relativos à proteção dos asilados no território nacional, seja aqueles que solicitaram e obtiveram asilo, já dentro do território nacional, seja aqueles que estavam asilados em missões diplomáticas brasileiras no exterior, ou outros lugares no exterior susceptíveis de oferecer asilo e que foram encaminhados ao citado terri-

tório nacional. Por outro lado, em momentos de golpes de Estado, de revoluções ou de sublevações internas graves, o Governo brasileiro concedeu salvo-condutos a brasileiros asilados em missões diplomáticas sediadas no Rio de Janeiro, então Capital Federal do País, e, na hipótese de asilo territorial concedido a brasileiros no exterior, respeitou as regras internacionais, pois não rompeu com as relações diplomáticas com os países asilantes, da mesma forma que, se não teve a prudência de abster-se de solicitar extradição, soube dar às justas negativas de concessão de extradição ou de entrega dos asilados as devidas proporções.

O refúgio, que por vezes, em evidente e desnecessária confusão conceitual, tem sido confundido com o instituto do asilo político, sendo que obras doutrinárias fazem mesmo a errônea sinonímia entre asilado e refugiado, é um instituto regulado por normas multilaterais globais (e não regionais, como no caso do asilo político), editadas sob a égide da ONU, e, portanto, submetidas a um regime de verificação de sua adimplência, por um órgão internacional, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, o ACNUR, com sede em Genebra.

A proteção dos refugiados é um tema relativamente novo, no Direito Internacional, pois, embora a situação calamitosa de grande número de pessoas ficasse, ao final das guerras, em todos os tempos, num estado de extrema penúria, algumas deportadas e perseguidas, outras desabrigadas e vítimas de epidemias e de fome, outras ainda desprovidas de uma nacionalidade ou com brutais mutações de sua nacionalidade (decorrentes de anexações territoriais), foi somente ao final da Primeira Guerra Mundial, dadas as proporções alarmantes do número de pessoas envolvidas, que o fenômeno receberia a atenção dos Estados. Em 1919, os Estados já constataavam a lacuna existente. No relativo a tais pessoas deslocadas, pois tanto das incipientes normas do Direito Humanitário (Cruz Vermelha), naquele período histórico, quanto daquelas do Direito

da Haia relativas a prisioneiros de guerra ou à proteção de não combatentes, não contemplavam aquelas situações. Por tais razões, os Estados encarregaram a Sociedade das Nações de disciplinar e tentar resolver o assunto, no imediato pós-guerra, dados os agudos problemas na Europa⁴³.

De uma relevante experiência assistencial no Entre-Guerras, como rescaldo da Primeira Guerra Mundial e dos problemas resultantes da Revolução Bolchevista na Rússia e da instalação do III Reich na Alemanha, bem como a situação verdadeiramente catastrófica das pessoas deslocadas que a Segunda Guerra Mundial deixou na Europa⁴⁴, todos os anteriores esforços empreendidos sob a égide a ONU⁴⁵ resultariam na instituição, pela Assembléia Geral da ONU, de um órgão sediado em Genebra, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, o ACNUR. Deve notar-se que o ACNUR foi a instituição que sobrou de todos os esforços dos Estados então integrantes do denominado Bloco Ocidental, na constituição de uma organização especializada das Nações Unidas, esforços esses fracassados devido à oposição do Bloco socialista, para cujos Estados a questão dos refugiados era uma daquelas que se inseriam no denominado “domínio reservado dos Estados”, numa retórica própria do auge da Guerra Fria.

Por decisiva influência do ACNUR e sob seu patrocínio, a 26 de julho de 1951, numa conferência diplomática multilateral reunida em Genebra, os Estados adotaram um projeto então apresentado pelo referido ACNUR, que se transformaria na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, considerada a Magna Carta dos refugiados. Um dos mais importantes elementos dessa Convenção reside no fato de caracterizar-se como um documento normativo multilateral, que não só tipifica o *status* de refugiado e institui seus direitos subjetivos, por meio de um arrolamento dos mesmos, mas também institui obrigações aos Estados Partes de respeitarem tal *status*, com o esclarecimen-

to dos deveres de os Estados Partes internacionalizarem, nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, as normas protetoras assim definidas. Deve ser ressaltado que aquele tratado multilateral centraliza, num único órgão da ONU, o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, juntamente com seus auxiliares, as tarefas concernentes à implementação e à aplicação eficaz das normas internacionais específicas⁴⁶. No Brasil, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados foi promulgada pelo Decreto 50.215 de 28/01/1961.

Deve ressaltar-se que a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados somente compreendia “acontecimentos antes de 1º de janeiro de 1951”, portanto, ocorridos na Europa e ligados aos fatos da Segunda Guerra Mundial e aos rescaldos da Primeira Guerra Mundial. Logo os Estados sentiram a urgente necessidade de modernizar os dispositivos sobre proteção dos refugiados, alargando-se a vigência temporal das normas protetoras, e, sobretudo, sua abrangência espacial, para poder compreender fenômenos de deslocamentos individuais e maciços de grandes contingentes populacionais, ainda na Europa (não só as imigrações maciças das antigas colônias africanas em direção aos países das antigas metrópoles, bem como os movimentos migratórios internos com o esfacelamento do Bloco Socialista), na Ásia, na América Latina (acontecimentos relacionados a migrações de países da América Central em direção ao México) e, em particular, na África (as guerras civis intermitentes, com os constantes massacres de inteiras etnias). Foi assim que os Estados Partes daquela Convenção, em 31 de janeiro de 1967, na sede da ONU, em Nova York, assinariam o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (no Brasil, promulgado pelo Decreto 70.946 de 07/08/1972)⁴⁷, cujo dispositivo principal foi ter considerado a definição de refugiado, constante naquela Convenção, sem a constância das referências aos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951.

A definição de refugiado, nas normas internacionais da atualidade, é a seguinte: “qualquer pessoa... que... temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tenha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele” (art. 1º Seção A § 2º da Convenção, com a redação dada pelo Protocolo de 67). No Brasil, mesmo estando vigentes como direito interno os dispositivos da Convenção e do Protocolo, foi editada a Lei 9.474 de 22 de julho de 1997 (ANDRADE, 1996b, p. 7-12), que *define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências*, na qual a definição da Convenção de 1951 foi transcrita, conforme as opções possíveis que aquela Convenção permite e que foram eleitas pelo legislador brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

[III – devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país].

Deve notar-se que o inciso *III*, do artigo transcrito, entre colchetes e em itálico, contém normas que inexistem na Convenção de

1951 e seu Protocolo de 1967, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compatibilizar seus dispositivos, no tema da proteção dos refugiados, com os princípios da Declaração de Cartagena de 22 de novembro de 1984, que tornou as normas da ONU mais apropriadas a situações na América Latina⁴⁸.

Como já acentuamos, no ordenamento jurídico nacional do Brasil, mesmo após ter havido uma internalização das normas do Estatuto dos Refugiados, conforme estabelecidas pela Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, foi, como se disse, editada a referida Lei 9.474 de 22 de julho de 1997 (ANDRADE, 1997, p. 149-164), que “define mecanismos para a implementação do Estatuto do Refugiado de 1951, e determina outras providências”, inclusive com as normas e a filosofia da Declaração de Cartagena. Essa Lei concede ao refugiado os direitos e deveres específicos, diferenciados daqueles que, no ordenamento jurídico nacional, são conferidos e exigidos dos estrangeiros, inclusive dos asilados, tendo em vista a remissão expressa à Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e ao seu Protocolo de 1967 (o que implica a introdução, no sistema jurídico interno do Brasil, daqueles tratamentos diferenciados instituídos pelas normas internacionais, em relação aos direitos e deveres conferidos e exigidos dos estrangeiros em geral) e reproduz as normas relacionadas à entrada, pedido de refúgio, proibições ao rechaço⁴⁹, à deportação e à expulsão.

Uma notável novidade da Lei brasileira reside no fato de que ela regula um assunto que não consta na Convenção sobre o Estatuto dos Asilados e no Protocolo de 1967: a questão da extradição dos refugiados. As normas encontram-se em três artigos, do seu Título V, “Dos Efeitos do Estatuto de Refugiados sobre a Extradição e a Expulsão”: a) no art. 33, manda sustar qualquer pedido de extradição formulado em relação a um refugiado, e que tenha por base os fatos que fundamentaram a concessão de refúgio; b)

no art. 34, determina que a solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio; e c) no art. 35, determina que, para os efeitos dos artigos 33 e 34, qualquer solicitação de reconhecimento como refugiado deverá ser comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição.

Deve notar-se o extremo cuidado com que o sistema jurídico brasileiro tem regulamentado o instituto do refugiado. Ademais de haver transformado as normas internacionais em dispositivos do ordenamento jurídico interno do Brasil, segundo as suas necessidades e potencialidades, foi instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, como órgão de deliberação coletiva, o Conselho Nacional para os Refugiados, CONARE, integrado por representantes dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação e Desportos, do Departamento da Polícia Federal, de uma ONG que se dedique a atividades de assistência e proteção dos refugiados no Brasil (a presente, a CARITAS, entidade brasileira, representada pela Caritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e a de São Paulo) e, enfim, como convidado, o ACNUR, com direito a voz mas sem voto. Mister referir-se, igualmente, à ativa participação da OAB, por suas Seções de São Paulo e do Rio de Janeiro, que, por um “Convênio sobre Assistência Jurídica e Entrevistas a Refugiados e Solicitantes de Refúgio”⁵⁰, celebrado com o ACNUR (treinamento, assistência em questões técnicas e informações sobre a situação em outros países) e a CARITAS (recursos financeiros e assistência moral e religiosa às pessoas), participa, em entrevistas com postulantes a refugiados, as questões da admissibilidade de conceder-se o estatuto aos mesmos, com a emissão de um Parecer, a ser aprovado pelo CONARE.

Enfim, é mister enfatizar as fundamentais diferenças que existem entre de um lado, o instituto do asilo político, conforme regu-

lado nos usos e costumes regionais da América Latina, nas convenções multilaterais regionais vigentes nos países latino-americanos e na Resolução 2.314, da AG da ONU, denominada *Declaração sobre Asilo Territorial*, e de outro, o instituto do refúgio, conforme regulado na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no seu Protocolo de 1967, de cuja aplicação se encontra encarregado um órgão da ONU, o ACNUR⁵¹. Preliminarmente, é necessário dizer que as convenções multilaterais regionais sobre asilo político têm uma vigência parcial, mesmo entre os Estados Latino-americanos, ao passo que a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1976 relativos ao Estatuto dos Refugiados, além de serem convenções mundiais, têm maior aceitação entre os Estados Latino-Americanos, tendo em vista que somente Cuba e México não os assinaram. Dito isso, os principais traços característicos do instituto do refúgio internacional são: a) os Estados Partes, naqueles instrumentos internacionais, não têm a discricionariedade de conceder ou não o refúgio: dadas as condições objetivas para sua concessão, terão o dever de proceder afirmativamente; b) o controle da aplicação das normas convencionais sobre refúgio depende de órgãos internacionais, ficando, portanto, a responsabilidade dos Estados por inadimplência de seus deveres, no regime de violação de normas específicas, sob controle de órgãos internacionais multilaterais; c) os motivos para a concessão de refúgio não são as simples perseguições por motivos políticos, mas ainda outras, por motivos de raça, grupo social, religião; d) há deveres precisos de os Estados Partes concederem aos refugiados documentos de identidade e de viagem, e, no caso brasileiro, proibições expressas de deportação aos postulantes e casos particulares de proibições de expulsão e de extração aos refugiados, e d) por tratar-se de um instituto regulamentado sob a égide da ONU, as normas que regem o refúgio têm salvaguardas de denegação de refúgio a pessoas que tenham cometido um crime con-

tra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes, bem como proibições de conceder refúgio a pessoas culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. As discussões sobre tratar-se de crime de direito comum ou de um crime político, que são centrais nas convenções sobre asilo, uma vez que determinantes da concessão de asilo político a pessoas perseguidas em seus países de origem ou residência permanente, são irrelevantes na questão do Estatuto dos Refugiados, em que às motivações políticas para a perseguição, e mais ainda, para a insustentabilidade de uma pessoa permanecer em seu país de origem ou residência permanente, somam-se questões relacionadas a motivos religiosos, de pertencimento a determinados grupos sociais.

Tal exercício de comparação entre os institutos do asilo político e do refugiado, sem dúvida, serve de apoio às considerações científicas sobre as diferenças fundamentais entre ambos. Mas, igualmente, serve para afastar os argumentos daqueles autores brasileiros que sustentam que a proteção dos asilados, no ordenamento jurídico nacional, tem sua base constitucional no inciso X do art. 4º da Constituição Federal de 1988, recorde-se: “A República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios:... X-concessão de asilo político”. A nosso ver, esse dispositivo serve, como se pode deduzir de seu enunciado, unicamente ao asilo político, o que não significa que o instituto do refúgio não tenha uma base constitucional! Tem, sim: no mesmo art. 4º, porém no inciso “II – prevalência dos direitos humanos” e no inciso “IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”!

Enfim, qualquer estudo, nos dias atuais, sobre a proteção dos direitos dos estrangeiros, na ótica dos direitos humanos, não poderia deixar de referir-se às novas dimensões do Direito Humanitário, que, de um corpo de normas jurídicas destinado à pro-

teção da pessoa humana em tempos de guerra, passaram a ter aplicação, em determinadas situações, em tempos de paz.

O Direito Humanitário Internacional, na sua origem, destinava-se a regulamentar, entre outros temas, a sorte dos prisioneiros de guerra; era ele constituído de tratados e convenções internacionais multilaterais, adotados sob a égide do Comitê Internacional da Cruz Vermelha Internacional, entidade suíça, com sede em Genebra, cuja supervisão era deixada à competência dos Estados e das entidades nacionais da citada Cruz Vermelha. É o que se denomina “Direito de Genebra”, que não se confunde com o assim dito “Direito da Haia”, o conjunto de normas adotadas nas duas famosas Conferências da Paz, realizadas em 1899 e 1907, naquela cidade holandesa. O “Direito da Haia” compreende as 3 e 13 convenções multilaterais⁵², adotadas, respectivamente em 1899 e 1907, sobre o *jus ad bellum*, ou seja, as normas internacionais que regulam tanto o direito de ir à guerra e o direito de prevenção da guerra, quanto o *jus in bello*⁵³, ou seja, as normas internacionais sobre a condução das hostilidades, nos dois tipos de guerras, então existentes, a guerra terrestre e a guerra marítima (hoje complementado com normas sobre a guerra aérea e sobre o desarmamento), bem como o regime da neutralidade. Para completar o sistema jurídico das normas sobre tais campos do *jus in bello* e do *jus ad bellum*, é mister referir-se a um “Direito de Nova York”, que diz respeito às normas sobre definição de agressão, combate ao terrorismo, desarmamento e todas outras que têm sido elaboradas sob a égide da Assembléia Geral das Nações Unidas e do seu Conselho Econômico e Social, claro está, sediados em Nova York.

Na verdade, uma análise comparativa entre as normas do “direito da Haia” (perfeitamente identificado como um “direito dos meios e métodos de combate”) com o “direito de Genebra” confere a este último a característica de um “direito de proteção das vítimas”. Contudo, como bem observou um

estudioso do assunto, é mister notar-se que “a quase totalidade das disposições das antigas Convenções da Haia, relativas a condução das hostilidades, se incorporaram ao Direito de Genebra, mediante adaptação e modernização, e se encontram agora incluídas no Protocolo I de 1977 [à Convenção de Genebra de 1949] relativo aos conflitos armados internacionais” (PEYTRIGNET, 1996, p. 128).

As fontes normativas do Direito Humanitário Internacional, (“direito de Genebra”) são:

a) as 4 Convenções adotadas a 12/08/1949, ao final de uma conferência internacional de representantes de Estados, realizada em Genebra, por convocação do Governo suíço e por proposta do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o qual foi o responsável pelos respectivos projetos: (I), para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha; (II), para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar; (III), Relativa à Proteção dos Prisioneiros de Guerra; (IV), Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra. Essas Convenções foram subscritas pelo Brasil, que as promulgou pelo Decreto nº 42.121 de 21/08/1957; e

b) os 2 Protocolos adotados a 08/06/1977, igualmente em Genebra, ao final da Conferência Diplomática sobre Reafirmação de Desenvolvimento do Direito Humanitário, Aplicável nos Conflitos Armados, convocada, igualmente, pelo Governo suíço, sob o impulso do CICV: o Protocolo I, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais e o Protocolo II, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não-Internacionais. Ambos foram subscritos pelo Brasil, que os promulgou pelo Decreto nº 849 de 25/06/1993.

Conquanto resultantes de projetos elaborados por uma entidade de um Governo

de um Estado, a Suíça, ou seja, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, as 4 Convenções de Genebra de 1949 e os 2 Protocolos de 1977 foram subscritos por considerável maioria dos Estados da atualidade, e imediatamente entraram em vigor internacional⁵⁴. Deve destacar-se que os dois Protocolos de 1977 foram decorrência dos frequentes conflitos internacionais regionalizados, no imediato segundo Pós-Guerra, e que exigiam uma regulamentação que compreendesse fenômenos que fugiam à tipicidade das guerras tradicionais, como as guerras de libertação nacional, as guerras de descolonização e as guerras revolucionárias, cujos efeitos na população eram talvez maiores que as guerras clássicas (como demonstrou a Guerra Civil espanhola).

É necessário enfatizar que, mesmo que tenha havido uma extensão das atribuições do Direito Humanitário para os tempos de paz e que as entidades da Cruz Vermelha tenham, por um costume internacional, invadido campos que tradicionalmente lhe eram estranhos (como as situações em tempos de paz, não tendo havido uma declaração formal de guerra), as 4 Convenções de Genebra de 1949 e os 2 Protocolos de 1977 já tinham previsto hipóteses que a doutrina dos internacionalistas reconhecia como próprios do campo de regulamentação pertinente aos Direitos Humanos *stricto sensu*. Trata-se dos 3 artigos iniciais, que contêm dispositivos comuns àquelas 4 Convenções, do art. 75, “Garantias Fundamentais” do Protocolo I (proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais) e do art. 4º, “Garantias Fundamentais”, e art. 5º, “Pessoas Privadas de Liberdade”, do Protocolo II (proteção das vítimas dos conflitos armados não-internacionais)⁵⁵. Por outro lado, a falta de distinções claras entre uma situação de guerra e as situações de conflitos, na atualidade, faz com que questões como o tratamento de prisioneiros, em conflitos internacionais, a propósito de serem considerados criminosos comuns, tenham seus direitos humanos desrespeitados.

IX – Considerações finais quanto ao Direito brasileiro

Um aspecto a observar é que a declaração nas normas internas dos Estados, sobre quem são seus nacionais, bem como as eventuais distinções entre nacionais, e, por implicação, quais os direitos dos estrangeiros, nos respectivos territórios, tradicionalmente, eram aspectos que o Direito Internacional Público definia como domínio reservado à competência interna dos Estados. Nos tempos anteriores à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ou seja, nas épocas históricas em que os direitos humanos eram definidos unicamente em normas internas dos Estados, as únicas limitações aos poderes dos Estados, no relativo a direitos dos estrangeiros, referiam-se a poucas questões sobre a efetividade das concessões de nacionalidade, e os limites que as próprias normas constitucionais internas impunham ao legislador infraconstitucional.

A elevação das normas de proteção à pessoa humana ao nível internacional e outras importantes limitações ao poder indiscriminado dos Estados de legislar sobre a situação dos estrangeiros foram sendo introduzidas nos ordenamentos internos dos Estados.

Sendo assim, dentro dos limites permitidos pelo Direito Internacional da Pessoa Humana, considerando-se o caso do Direito Constitucional brasileiro atual (Constituição Federal de 1988), poderemos ter as seguintes situações, todas legítimas, no ordenamento jurídico do Brasil:

a) existência de distinções entre os próprios nacionais brasileiros, para fins de atribuir direitos exclusivos a uma categoria (hipótese em que os brasileiros natos têm a plenitude dos direitos civis e políticos) e não a outra (hipótese em que os brasileiros naturalizados se encontram excluídos dos cargos mencionados no art. 12 § 5º da Constituição Federal). Ainda no caso do Brasil, as distinções entre brasileiros natos e naturalizados sempre se-

rão balizadas pelo fato de que “a lei [infraconstitucional] não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição” (art. 12 § 2º da Constituição Federal de 1988);

b) as distinções entre nacionais e estrangeiros, no Brasil, têm seus limites fixados em dispositivos permissivos da Constituição Federal e dos tratados e convenções internacionais sobre direitos e garantias à pessoa humana, de que o País seja parte. No que respeita aos limites constitucionais, sobreleva, no Brasil, o disposto no art. 5º *caput* (o qual arrola os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no campo dos Direitos e Garantias Fundamentais) assim redigido: *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: o qual deve ser interpretado em conjunto com o § 2º do mesmo art. 5º da Constituição Federal de 1988 assim redigido: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.* No que respeita aos limites das normas internacionais, remetemo-nos às considerações anteriores do presente artigo, e poderemos dizer que se trata das normas do Direito Internacional da Pessoa Humana, *lato sensu*, nos quais se encontram o Direito Internacional da Pessoa Humana *stricto sensu*, os Direitos do Asilado Político, os Direitos dos Refugiados protegidos pela ONU e os direitos das pessoas abrangidas pelas normas do Direito Internacional Humanitário;

c) as distinções entre estrangeiros, desde que não haja uma discrimina-

ção, em sentido negativo (restrições de direitos a uma categoria, em comparação a outra), as quais, no entanto, somente podem ser estabelecidas por normas internacionais vigentes no Brasil. Trata-se do expresse permissivo na Constituição Federal de 1988, (art. 12 § 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3 de 07/06/1994)⁵⁶, que foi incluído nas normas constitucionais, a fim de compatibilizar a Constituição atual com as normas da Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, Convenção bilateral assinada antes de 1988, entre Brasil e Portugal, no Brasil, promulgada pelo Decreto 70.391 de 12/04/1972 e regulamentada pelo Decreto 70.436 de 18/04/1972⁵⁷ (e em Portugal, regulamentada pelo Decreto-Lei 126/72 de 22/04/1972) (VALLADÃO, 1982, p. 390).

Enfim, devemos ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, pelo menos no que se refere às normas vigentes, encontra-se em consonância com as normas internacionais de proteção da pessoa humana. O mesmo não se poderia dizer, no que respeita a uma determinada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem considerado as normas do Pacto de San José da Costa Rica como legislação incapaz de coadunar-se com o permissivo constitucional brasileiro, de colocar-se na prisão o depositário infiel, situação expressamente vedada pelo Pacto de San José⁵⁸.

Notas

¹ Assim se denomina o Cap. 14: *A abrangência pessoal das normas do Direito Internacional Público: a nacionalidade, a plurinacionalidade, a apatridia e a proteção diplomática de estrangeiros. A pessoa jurídica no Direito Internacional. A nacionalidade dos meios de transporte internacional e sideral* (p. 313-335).

² O Cap. 15 tem o seguinte título: *O Primeiro Grande Tema da Globalidade: a proteção internacional da pessoa humana e suas três vertentes: Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário. O Direito de Asilo* (p. 335-406).

³ No Salmo 146 (145 da Vulgata), versículo 9, o qual segue o tema constante na história dos hebreus, de o estrangeiro estar sempre assemelhado à situação das viúvas e órfãos (situação essa do mais completo desamparo), assim se lê: “Dominus custodit advenas pupillum et viduum suscipiet et viam peccatorum disperdet”, na tradução da Bíblia de Jerusalém: “Iaweh protege o estrangeiro, sustenta o órfão e a viúva...(mas) transtorna o caminho dos ímpios”.

⁴ O Profeta Isaías, considerado o profeta da esperança, investiva as autoridades de seu tempo a que propiciassem um tratamento adequado aos estrangeiros, com a recordação de que os próprios judeus se lembrassem de que tinham sido estrangeiros nas terras de Babilônia.

⁵ O estoicismo, na sua primeira vertente, por volta do Séc. III a. C., centrada no filósofo Zenão de Eléia, ter-se-ia preocupado com o “gênero humano” e, em conseqüência, com os direitos dos estrangeiros. O estoicismo iria produzir importantes pensadores no mundo romano, como o imperador Marco Aurélio (definiu o homem como o “cidadão do universo”) e Epitecto, o escravo (ambos escreveram em grego), Sêneca e o grande Cícero (que formulou a existência de um “direito natural”, próprio à natureza humana, na sua obra *De Republica*). Tal vertente humanista da filosofia greco-romana irá exercer notável influência no pensamento ocidental, sobretudo após sua revalorização pelo Cristianismo.

⁶ Reconhecendo que, em português, inexistia um vocábulo tão expressivo como no francês, “allégeance”, ou no inglês “allegiance”, para designar o sentimento de fidelidade, de vassalagem a uma nação, ou seja, o fenômeno de uma pessoa “pertencer” a um universo de valores nacionais, utilizamos o termo “pertencimento”, a nosso ver, por demais cercado de noção de propriedade e posse. O termo é derivado do universo medieval, conforme se pode verificar pela persistência, no moderno francês, do adjetivo “lige”, conforme a expressão “homme lige”, no sentido de “*personne entièrement dévouée à.. affidé inconditionnel*”(Cf. LIGE, 1993).

⁷ Note-se, nas línguas neolatinas, a mesma raiz nas palavras *estrangeiro* e *estranho*, presente no prefixo “extra” que designa “fora”, “além dos limites”.

⁸ Pode dar-se a hipótese de a lei de outro país não exigir qualquer outra condição, para considerar um brasileiro, nascido de progenitores da nacionalidade daquele país, como seu nacional. Bastaria, portanto, a mera filiação.

⁹ Como exemplo histórico dessa possibilidade, cite-se o caso do Brasil, com a denominada Grande Naturalização, logo após a Proclamação de República. Com efeito, na sua primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1981, dispunha, no art. 69 que “são cidadãos brasileiros... § 4º) os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade brasileira, § 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade”. As Constituições posteriores consagraram aquelas normas: a de 1934 (art. 106 alínea c, “são brasileiros”, sem fazer a distinção entre “natos” e “naturalizados”), de 1937 (art. 115 alínea c, “idem”) e de 1946 (art. 129. III, “idem”), repetindo o seguinte dispositivo: “os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 69, itens IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891”. A de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 145, fizeram a distinção entre “brasileiros natos” e “brasileiros naturalizados”, tendo considerado como brasileiros naturalizados “os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 69, itens IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891”. A Constituição atual de 1988 silencia a respeito da Grande Naturalização empreendida pela Constituição de 1891.

¹⁰ O atual art. 12 § 4º da Constituição Federal de 1988 assim está redigido: “Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II – adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária”.

¹¹ Na verdade, essa situação pode ser a de filhos de brasileiro ou de brasileira, nascidos em países europeus como a Alemanha, França e Itália, cujos progenitores não sejam nacionais desses Estados, e, ao mesmo tempo, que não tenham ocorrido as hipóteses para a sua opção pela nacionalidade brasileira originária (como aquelas contempladas no referido art. 12, inc. I, al. b) e c) da Constituição Federal de 1988).

¹² Tal regra deve ser ressaltada pelo fato de que ilustres brasileiros, que ocuparam elevados cargos reservados a brasileiros natos (em especial o de Presidente da República), cujos progenitores ou um deles eram nacionais da Alemanha, da Itália e da antiga Checoslováquia, terem sido, igualmente, nacionais desses países!

¹³ A regra constante do art. 12, 4º, item II, da Constituição Federal de 1988 do Brasil (perda da nacionalidade brasileira por naturalização volun-

tária em outro país) não é universal. Na verdade, trata-se de uma perda-pena, que a outros países pode parecer como inadequada para inibir seus nacionais a abandonar um *status*, do qual defluem direitos e deveres para com o Estado. Ressalte-se que, a nosso ver, a nacionalidade deve ser considerada como um direito irrenunciável por parte de seu titular e, portanto, uma perda da nacionalidade por efeito da lei, como a prevista no Direito brasileiro, iria contra tais princípios.

¹⁴ Conforme já visto em capítulo anterior deste trabalho, o exercício de funções eleitorais pelas Repartições consulares se encontram permitidas, de conformidade com os dispositivos constantes no art. 5º, item (m) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, no Brasil promulgada pelo Decreto nº 61.078 de 26/06/1967.

¹⁵ Há outros valores psicossociais importantes, que merecem consideração, como o caso de valores desportivos, em competições internacionais. A qual time de futebol ou a qual delegação nacional pertenceria um plurinacional? Num campeonato internacional de futebol, um indivíduo italo-brasileiro deverá “torcer” pela “*Seleção Canarinho*” ou pela “*Squadra Azzurra*”?

¹⁶ Os textos em português de ambas as Convenções se encontram apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, respectivamente, p. 248-263, 263-272).

¹⁷ Segundo esse notável jusfilósofo italiano, teria havido um caminhar dos Direitos Humanos, em direção a uma maior clareza e eficácia: de simples aspirações de pensadores, profetas, filósofos e intelectuais, na Antiguidade, na Idade Média, no Renascimento, no Iluminismo, passam eles a ter uma existência mais concreta, com as definições nas normas constitucionais e ordinárias dos ordenamentos internos dos Estados, a partir das Revoluções Inglesa e Francesa, e na definitiva implantação do constitucionalismo moderno. Enfim, após a Segunda Guerra Mundial, houve o grande refinamento de tal caminhar em busca de maior efetividade, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com os dois Pactos sobre Direitos Humanos, subscritos sob a égide da ONU, nos grandes tratados multilaterais globais e respectivos mecanismos de verificação de sua adimplência e, enfim, nos tratados e mecanismos regionais de proteção dos Direitos Humanos.

¹⁸ Os textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de ambos os Pactos se encontram apud Vicente Marotta Rangel (2000, respectivamente, p. 645-652, 668-680, 681-704).

¹⁹ Originariamente prevista para contar com 18 Estados, hoje conta com 53, desde 1990. Cf. J. A. Lindgren Alves (1994, p. 73).

²⁰ Os demais comitês existentes são: o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ins-

tituído pelo Pacto da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, instituído pela Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, instituído pela Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o Comitê contra a Tortura, instituído pela Convenção contra a Tortura, e o Comitê dos Direitos da Criança, instituído pela Convenção dos Direitos da Criança.

²¹ A propósito da inter-relação entre o tema da integração econômica regional e o tema da proteção dos Direitos Humanos, veja-se nosso trabalho: *A União Européia, o Mercosul e a Proteção dos Direitos Humanos* (2002b, p. 121-163).

²² O Conselho da Europa é uma organização regional européia, que se compõe dos Ministros da Justiça dos países dela integrantes, cujo número incluiu e ultrapassa o número de Estados membros da Comunidade Européia e que não incluía os antigos Estados do Bloco socialista.

²³ Interessante observar que o Protocolo nº 8 adicional a um § 3º ao texto primitivo da Convenção Européia, claramente calcado no Pacto de San José (veja-se além, no presente Capítulo), assim redigido: “Os candidatos deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as qualificações exigidas ao exercício de altas funções judiciais ou serem pessoas de reconhecida competência em direito nacional ou internacional”. Deve notar-se que a Comissão Européia seria extinta com o Protocolo 11, como será dito mais além. O texto do Protocolo nº 8 encontra-se apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 456-461).

²⁴ O Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi aprovado pela Resolução AG/RES. 447 (IX-079), adotada pela Assembléia Geral da OEA, no seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, na Bolívia, em outubro de 1979. Seu texto, em português, encontra-se apud Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 420-427).

²⁵ O Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi aprovado pela Resolução AG/RES. 448 (IX-079), adotada pela Assembléia Geral da OEA, no mesmo Nono Período Ordinário da Assembléia Geral da OEA, mencionada na nota de rodapé anterior. Seu texto, em vernáculo, encontra-se no mesmo livro citado no referido rodapé, Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 428-452).

²⁶ O texto do Decreto Legislativo nº 89 de 03/12/1998, juntamente com a Mensagem do Presidente da República e da Exposição de Motivos do Ministério das Relações Exteriores, encontra-se publicado no *Diário Oficial da União*, de 04/12/1998, p. 2, e se acha igualmente reproduzido apud Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 437-441).

²⁷ Relembre-se o disposto no art. 2º § 7º: “Nenhum dispositivo da Presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução nos termos da presente Carta...”

²⁸ Para um estudo do condicionamento entre a participação da União Européia e o referido comprometimento com os direitos humanos, veja-se nosso trabalho já referido: *A União Européia, o Mercosul e a Proteção dos Direitos Humanos* (SOARES, 2002b), já referido em rodapé anterior.

²⁹ A “cláusula democrática” consta expressamente no § 2º do art. F do Tratado de Maastricht de 1992 e assim se acha escrita, no Tratado de Amsterdã de 1997, no seu art. seu art. 6º § 2º: “A União respeita os direitos fundamentais, tais quais se encontram garantidos pela Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma a 04 de novembro de 1950 e tais quais resultem das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”. Em nossa tradução livre do texto do Tratado de Amsterdã, conforme: (1998, p. 304-392, citação retirada de p. 307).

³⁰ Tratar-se-ia da aplicação do art. 7º do Tratado de Amsterdã (ex. art. F.1 de Maastricht), assim redigido: “§ 1º – O Conselho, reunido em nível de Chefes de Estado ou de Governo e decidindo por unanimidade, por proposta de um terço dos Estados membros ou da Comissão, e após parecer conforme do Parlamento Europeu, pode constatar a existência de uma violação grave e persistente por um Estado membro dos princípios enunciados no artigo 6º parágrafo 1º, após haver convidado o Governo deste Estado membro a apresentar suas observações sobre a matéria”. § 2º – “Desde que uma tal constatação seja feita, o Conselho, decidindo por maioria qualificada, pode decidir suspender certos direitos decorrentes da aplicação do presente Tratado, em relação ao Estado membro em questão, neles compreendidos o direito do representante do Governo deste Estado membro no seio do Conselho. Ao assim decidir, o Conselho levará em conta as eventuais conseqüências de tal suspensão sobre os direitos e obrigações das pessoas físicas e morais. As obrigações que incumbem ao Estado membro em questão, decorrentes do presente Tratado, quaisquer que sejam as circunstâncias, permanecem exigíveis deste Estado” (Em nossa tradução livre, conforme fonte mencionada no parágrafo anterior).

³¹ Comparem-se tais normas com as constantes do § 2º do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim redigido: § 2º: *Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-*

se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Nesse mesmo art. 2º, há um § 3º, que merece transcrição, tendo em vista as ressalvas quanto a dificuldades práticas que os países em desenvolvimento poderiam ter, em relação à aplicabilidade a eles de tais mandamentos legais, assim redigido: § 3º *Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.*

³² Registre-se, contudo, que o Protocolo nº 7 de 1984 à Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais regulamentou a questão da expulsão de estrangeiros. Seu texto se encontra apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 453-454).

³³ Seu texto, com comentários de M. A. Al Midani (1996, p. 183-189). O texto transcrito corresponde ao texto veiculado, ainda como Projeto, na obra de Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 510).

³⁴ Os textos de tais atos normativos se encontram apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 423, 432-433).

³⁵ Eis seus termos: *Toda pessoa tem direito, em caso de perseguição, de buscar e de obter asilo em território estrangeiro, em conformidade com a lei de cada país e as convenções internacionais.*

³⁶ Na verdade, não se poderia referir a uma revogação ou derrogação das anteriores, pois, como há Estados que permanecem partes apenas de umas e não de outras, as antigas continuam vigentes entre os Estados que as ratificaram, conjuntamente. Para uma listagem dos países que ratificaram as duas primeiras, veja-se Hildebrando Accioly (1956, p. 483), e para os Estados que ratificaram as duas assinadas em Caracas, veja-se, na Organização dos Estados Americanos: www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html e [idem/a-47.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-47.html). Acesso em: abr. 2002.

³⁷ Bahamas, Barbados, Belize, Canadá, Dominica, EUA, Granada, Guiana, Jamaica, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucía, e São Vicente e Granadinas.

³⁸ Não ratificaram a Convenção sobre Asilo Diplomático: Bolívia, Chile, Colômbia e Cuba. Não ratificaram a Convenção sobre Asilo Territorial: Argentina, Bolívia, Chile, Honduras e República Dominicana. Informações: www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html e [/a-47.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-47.html). Acesso em: abr. 2002.

³⁹ Na verdade, a Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático aproveitaria as críticas às imperfeições de convenções anteriores, feitas pela Corte

Internacional de Justiça, no famoso Caso Haia de la Torre, Caso do Asilo Diplomático, que opôs Colômbia e Peru 1950 e 1951 e que seria julgado em 1950 e 1951. Veja-se nossa crônica (SOARES, 2000).

⁴⁰ Uma análise mais detalhada dessa Resolução da ONU pode ser encontrada no Cap. 15 *O Primeiro Grande Tema da Globalidade: a proteção internacional da pessoa humana e suas três vertentes: Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário. O Direito de Asilo* (SOARES, 2000, p. 335-406).

⁴¹ Os assuntos relacionados a quaisquer tipos de estrangeiros, regulamentados em tais normas, são, em linhas gerais: os casos de entrada de estrangeiros, de sua permanência, de sua deportação (recusa de permanência no território nacional, por falta de requisitos de legalidade na entrada ou estada do estrangeiro, como a expiração de vistos de permanência, com a devolução da pessoa a outros Estados, de preferência, aos da nacionalidade), expulsão (ato administrativo de fazer cessar a permanência de um estrangeiro no território nacional, pelos motivos elencados na lei, de natureza cível ou criminal, que configuram o expulsando, em grandes linhas, como uma “pessoa indesejável”) e a extradição de estrangeiros (entrega de um estrangeiro, inocente, no território nacional, a pedido de um Poder Judiciário estrangeiro, seja de sua nacionalidade ou não, por motivos de uma condenação de privação de liberdade no Estado estrangeiro ou estar sua prisão autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente deste último, conforme os termos do art. 78 do Estatuto dos Estrangeiros).

⁴² A propósito do tema “asilo político” na Constituição Federal de 1988, veja-se o trabalho de Thamy Pogrebinski (2001, p. 319-342).

⁴³ Veja-se o bem elaborado estudo do Prof. José Henrique Fischel de Andrade (2000, p. 99-125). Em outro estudo, o mesmo Professor Fischel de Andrade (1996a, 1999, p. 75-120) discorre sobre os mesmos fatos e ainda as outras organizações intergovernamentais instituídas após a II Guerra Mundial.

⁴⁴ Uma perfeita crônica da situação dos refugiados na Europa, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como um estudo pormenorizado dos antecedentes do ACNUR, encontra-se no Curso da Academia de Direito Internacional da Haia, do primeiro Diretor desta instituição da ONU, Dr. G. J. Van Heuven Goedhart (1953, p. 261-369).

⁴⁵ Destaque-se a atuação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Reabilitação, instituída em 1952, com base de atuação em Genebra, conhecida por sua sigla em inglês, UNRRA *United Nations Relief and Rehabilitation Administration.*, que funcionaria até 1947, data de sua auto-extinção e transferência de bens e atribuições para a uma nova instituição internacional que seria então instituída, a Organização Internacional dos Refugiados, bem

como do Comitê Intergovernamental para as Migrações Europeias.

⁴⁶ Um dos grandes problemas que tinha enfrentado a Sociedade das Nações era a multiplicidade de convenções específicas, que versavam sobre um dado assunto, e sempre com caráter regional, cuja aplicação e seguimento era de competência de “Comissários” temáticos, como se pode verificar com o Comissário para Refugiados Russos, estabelecido pelo Acordo sobre Refugiados Russos de 05/07/1922.

⁴⁷ Os textos da Convenção de 1951 (versão original) e do Protocolo de 1967 encontram-se em Nádía de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (2001, p. 385-412, p. 413-419).

⁴⁸ O Texto da Declaração de Cartagena encontra-se transcrito, em português, em Nádía de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (2001, p. 421-430).

⁴⁹ Rechaço, ou como se diz no jargão do Direito Internacional dos Refugiados, *non refoulement*, é a proibição de o Estado poder criar obstáculos, nas fronteiras, à entrada de possíveis candidatos ao estatuto de refugiados.

⁵⁰ Cf. Fernando Fernandes da Silva (2002), numa análise dos pontos principais da Lei 9.474 de 22/07/1997.

⁵¹ Um exemplar estudo comparativo entre ambos os institutos, encontra-se apud José Henrique Fischel de Andrade (1998, p. 393).

⁵² As 13 Convenções adotadas na Haia a 18/10/1907 foram assinadas pelo Brasil, ratificadas e conjuntamente promulgadas pelo Decreto nº 10.719 de 04/02/1914.

⁵³ *Jus in bello* e *jus ad bellum* são expressões relativamente recentes no Direito Internacional, cunhadas pelo Prof. Louis Delbez (1951). A expressão tradicional para “Direito da Guerra” era, desde os escritores da Idade Média, *Jus Belli*, então associada à questão das discussões sobre a guerra justa e, a partir de Grotius, às normas sobre o começo e fim das guerras, a condução das hostilidades, a neutralidade e o tratamento dos prisioneiros e da população civil. A propósito dos conceitos do Prof. Delbez, veja-se nosso trabalho (SOARES, 1985) *A Guerra Nuclear e o Direito*.

⁵⁴ Pelo fato de, logo após sua assinatura, terem entrado em vigor internacional e pelo número de sua ratificação, as 4 Convenções de Genebra de 1949 provam sua aceitação pela quase totalidade dos Estados da atualidade, entre 186 Estados que as ratificaram, da mesma forma que os 2 Protocolos de 1977, o primeiro, entre 135 Estados ratificantes, e o segundo, entre 125 Estados, nas mesmas circunstâncias.

⁵⁵ Os textos se encontram reunidos no livro do Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 308-309, 309-312, 312-325). Veja-se, igualmente

te, nosso Curso de Direito Internacional Público, no Cap. já referido (SOARES, 2002a).

⁵⁶ O dispositivo atual assim reza: *Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.* No texto original da CF de 1988, portanto, antes da Emenda Constitucional de Revisão nº 3/94, constava a expressão “brasileiro nato”; no texto atual, consta “brasileiro”.

⁵⁷ O texto do Decreto 79.436 de 18/04/1972, “regulamenta a aquisição, pelos portugueses no Brasil, dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade e dá outras providências”, encontra-se apud Luiz Olavo Baptista, João Grandino Rodas e Guido Fernando Silva Soares (2001, t. 2, p. 199).

⁵⁸ Veja-se a crônica deste caso, no Cap. 10: *Relações entre o direito interno e o internacional*, na sua Seção Única: *A aplicabilidade do Direito Internacional pelo juiz brasileiro* (SOARES, 2002a).

Bibliografia

- AL MIDANI, M. A. Introduction à la charte arabe des droits de l’homme. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, p. 183-189, 1996.
- ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994.
- ANDRADE, José Henrique Fischel de. Breve consideração histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádida de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001. p. 99-125.
- _____. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996a.
- _____. O Brasil e a proteção dos refugiados: a discussão tem início. *Pensando o Brasil*, Brasília, n. 16, p. 7-12, set./nov. 1996b.
- _____. O direito internacional dos refugiados em perspectiva histórica. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Ed. da USP, 1999. p. 75-120.
- _____. O refugiado à luz do direito internacional e do direito brasileiro. In: _____. *O advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1997. p. 149-164.
- _____. Regional policy approaches and harmonization: a latin american perspective. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 389-409, Jul. 1998.
- ARAÚJO, Nádida de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; RODAS, João Grandino; SOARES, Guido Fernando Silva (Org.). *Normas de direito internacional*. São Paulo: LTr, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: _____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25-47.
- DELBEZ, Louis. *Manuel de droit international public: droit général et droit particulier des nations unies*. 2. Ed. Paris: LGDJ, 1951.
- DIREITOS e deveres humanos no ciberespaço. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso em: abr. 2002.
- GOEDHART, G. J. Van Heuven. The problem of refugees. *Recueil des Cours*, Leiden, t. 82, p. 261-369, 1953.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LAFER, Celso. *Ensaios liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991.
- LIGE. In: ROBERT, Paul. *Le nouveau petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádida de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.
- _____. (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional, desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- POGREBINSCHI, Thamy. O direito de asilo e a constituinte de 1997-88. In: ARAÚJO, Nádida de;

ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001. p. 319-342.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Fernando Fernandes. A proteção do refugiados no ordenamento jurídico brasileiro: o fundamento constitucional e as medidas legislativas e administrativas aplicáveis. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. A guerra nuclear e o direito. In: HAMBURGER, Ernest (Coord.). *Causas e conseqüências de uma guerra nuclear*. São Paulo: CESP, 1985. p. 49-73.

_____. A proteção do meio ambiente marinho, na perspectiva do direito internacional. In: NAZO, Georgette Nacarato (Coord.). *As águas no limiar do século XXI*. São Paulo: Sociedade dos Amigos da Marinha, 1999. p. 61-84.

_____. A União Européia, o Mercosul e a proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional, desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002b. p. 121-163.

_____. *Curso de direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002a. v. 1.

_____. Direitos humanos e meio ambiente. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Ed. da USP: FAPESP, 1999. p. 121-177.

_____. International trade and environment: confrontation between the WTO/GATT and environmental protection norms. In: KÖNZ, Peider et al (Ed.). *Trade, environment and sustainable development: views from Sub-Saharan Africa and Latin America: a Reader*. Genebra: The United Nations University: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2000. p. 21-36.

UNION EUROPÉENNE. Version consolidée du traité sur l'Union Européenne. *Le Traité d'Amsterdam*. Paris: Dalloz, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos, fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos humanos: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. 289 p.

VALLADÃO, Haroldo. *Material de classe de direito internacional privado*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.