

§ 23.

Proteção contra a retirada da cidadania e extradição e direito ao asilo político

(Art. 16 e 16a GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 16 (Expatriação, extradição)

(1) ¹A nacionalidade alemã não pode ser retirada. ²A perda da nacionalidade só pode ocorrer com base em uma lei e contra a vontade do atingido somente quando este, em consequência desse fato, não se torne apátrida.

(2) ¹Nenhum alemão pode ser extraditado. ²Por lei pode-se dispor em contrário no caso de extradições para países membros da União Européia ou para um tribunal internacional, desde que preceitos de Estado de direito sejam observados.

Artigo 16a (Direito de asilo)

(1) Os perseguidos políticos gozam do direito de asilo.

(2) ¹Não pode invocar o parágrafo 1º. quem provenha de um Estado-membro das Comunidades Européias ou de um terceiro Estado no qual esteja assegurada a Convenção sobre a Posição dos Refugiados e a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. ²Os Estados externos às Comunidades Européias que reúnam os pressupostos do 1º período serão definidos por meio de uma lei que necessita da anuência do Conselho Federal [Bundesrat]. ³Nos casos do 1º período, podem ser perpetradas medidas terminativas da permanência, independentemente de um remédio judicial impetrado contra estas medidas.

(3) ¹Uma lei, que precisa da anuência do Conselho Federal [Bundesrat], pode determinar que há Estados onde, tendo como fundamento sua

legislação, na aplicação do seu direito vigente e da situação política geral, parece garantido lá não ocorrerem nem perseguição política nem aplicação de pena desumana ou humilhante.² Presume-se que um estrangeiro proveniente de um tal Estado não é perseguido até que ele apresente fatos que fundamentem a tese de que contrariamente a esta presunção ele é perseguido político.

(4) ¹*A execução de medidas terminativas da permanência será somente interrompida, nos casos do parágrafo 3º e em outros caso, que sejam notoriamente infundados ou considerados notoriamente infundados, quando houver sérias dúvidas quanto à licitude da medida; a abrangência do exame pode ser restringida, podendo alegações intempestivas não serem conhecidas.* ²*Os detalhes deverão ser determinados por lei.*

(5) Os parágrafos 1º a 4º não destoam de tratados internacionais de Estados-membros das Comunidades Europeias entre si e com terceiros Estados, que adotarem - sob a observância da Convenção sobre Convenção sobre a Posição dos Refugiados e da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, cuja aplicação nos Estados partes precisa ser assegurada - regulamentações da competência para o exame de pedidos de asilo, incluindo o reconhecimento recíproco de decisões sobre [pedidos] de asilo.

95. BVERFGE 74, 51
(NACHFLUCHTTATBESTÄNDE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 26/11/1986

MATÉRIA:

O reclamante, um cidadão de Gana, entrou na República Federal da Alemanha em novembro de 1980, fugindo da ditadura local. Com a mudança da titularidade do poder político em dezembro de 1981, esvaeceu-se a fundamentação original de seu pedido de asilo. No entanto, valeu-se de uma outra fundamentação, qual seja: ele seria muito provavelmente perseguido se retornasse a Gana, por ter entrado na comunidade religiosa dos mórmons, vista pelo então governo como uma organização de espionagem.

Durante toda a via jurisdicional administrativa, sua pretensão judicial não pôde ser correspondida. Sua Reclamação Constitucional, impetrada contra o Superior Tribunal Administrativo de *Hamburg*, foi admitida, em face da possível violação perpetrada pelo Superior Tribunal Administrativo de *Hamburg*, mas, no mérito, julgada improcedente. Na fundamentação, o TCF verificou que os **atos posteriores à fuga** (*Nachfluchttatbestände*) não são, neste caso, protegidos.

1. O direito fundamental de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG pressupõe, em seu suporte fático, basicamente, a relação de causalidade entre perseguição e fuga. A ampliação [da proteção do direito fundamental] a fatos posteriores à fuga somente pode ser possível se tal ampliação for exigida a partir do sentido e do propósito da garantia de asilo, correspondendo à vontade normatizadora do constituinte.
2. No caso de fatos correspondentes a elementos subjetivos do tipo normativo ocorridos após a fuga, ensejados autonomamente pelo requerente do asilo após deixar o Estado de origem (assim chamados fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria), um direito ao asilo somente pode vir ao caso quando representar a expressão e continuação de uma firme convicção já perceptível e existente quando da estada do requerente ainda no Estado de origem [antes de deixá-lo].

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 26 de Novembro de 1986

- 2 BvR 1058/85 -

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional tem como objeto a questão de sob quais pressupostos os fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria fazem parte da área de proteção do direito fundamental ao asilo.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida. (...).

A Reclamação Constitucional é, porém, improcedente. A decisão (*Beschluss*) impugnada do Superior Tribunal Administrativo de Hamburg não pode ser modificada por razões constitucionais.

I.

O reclamante [um membro da organização de exílio *Ghana Democratic Movement*, n. JW] se vale, em face de iminente perseguição que [certamente] sofrerá ao retornar à Gana, de circunstâncias que ele, durante sua residência na República Federal Alemã, criou por sua iniciativa própria (assim chamados fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria). Em tais circunstâncias, o reconhecimento como legitimado para o asilo somente pode ser levado em consideração em casos excepcionais – sujeitos critérios especialmente rigorosos (BVerfGE 9, 174 [181]; 38, 398 [402]; 64, 46 [59 s.]), já que o direito fundamental de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG não abrange, em seu conteúdo de garantia, uma perseguição política (iminente) causada por fatos posteriores à fuga e ensejados pelo próprio requerente.

1. O significado da prescrição “os perseguidos políticos gozam do direito de asilo” não pode ser definido a partir de sua formulação parca [de palavras] e lapidar (...), pelo contrário, chega-se ao significado somente a partir de uma análise global com a inclusão especialmente da tradição [interpretação histórica] e da gênese normativa [interpretação genética].

A prescrição do Art. 16 II 2 GG liga-se em seu conteúdo ao instituto de direito internacional público do asilo. Com ela, deveria ser o direito fundamental [ao asilo] configurado como direito subjetivo individual (oponível com propositura de ação), tal qual fora compreendido na época [de sua criação] como asilo e outorga de asilo. Não deveria ter sido criado um novo instituto jurídico independente desse contexto, pelo contrário: o instituto do direito de asilo existente, conhecido e enraizado no direito internacional público deveria, a partir de uma oportunidade de livre discricionariedade do Estado, tornar-se uma pretensão jurídica de direito fundamental daquele que procura o asilo (cf. BVerfGE 54, 341 [356]; também: BVerwGE 67, 184 [185]).

a) Junto a esse instituto jurídico do asilo, tal qual fora naquele tempo praticado e conhecido, pressupunha-se em princípio uma relação de causalidade entre perseguição (iminente) e fuga (...).

b) (...).

c) O suporte fático do Art. 16 II 2 GG desse modo mais precisamente definido não está em contradição com sua intenção humanitária, que está na base da garantia jurídica de asilo (cf. BVerfGE 54, 341 [360]), mas, pelo contrário, junta-se a ela. Essa intenção humanitária é dirigida a garantir recepção e proteção àquele que se encontrar numa situação desesperadora (sem saída) para ele. Esse é reconhecidamente o caso dos perseguidos políticos que tiveram que abandonar o país onde nasceram ou vivem por causa de sua liberdade, sua vida e sua integridade física. Em contrapartida, uma tal situação desesperadora no momento de seu surgimento justamente não ocorre no caso de fatos posteriores à fuga.

Uma ampliação indiscriminada do suporte fático do asilo para o alcance de fatos posteriores à fuga corresponderia apenas aparentemente ao fim humanitário da outorga de asilo. O direito de asilo seria desse modo desvirtuado para se transformar em um direito de imigração de todos. O estrangeiro ou apátrida poderia, por meio da provocação de uma perseguição inofensiva, já estando em lugar seguro, forçar um direito de estadia, garantido [constitucionalmente] por direito fundamental, na República Federal da Alemanha. Com tal expansão, a intenção humanitária da garantia de asilo não restaria corroborada ou consolidada, mas esvaziada.

2. Esse dado hermenêutico tem como consequência que o direito fundamental de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG pressupõe, em seu suporte fático, a relação de

causalidade entre perseguição e fuga. Tem por escopo, segundo sua proposição, garantir refúgio e proteção àqueles que fogem de perseguição política. Portanto, a ampliação [da proteção] a fatos posteriores à fuga somente pode ser possível se tal ampliação for exigida a partir do sentido e do propósito da garantia de asilo, correspondendo à vontade normatizadora do constituinte.

a) Sob esse aspecto, consideram-se relevantes, para efeitos de outorga de asilo, fatos objetivos posteriores à fuga, [mas] ensejados por processos e acontecimentos no país de origem, independentemente da pessoa do requerente do asilo.

b) No caso de fatos correspondentes a elementos subjetivos ocorridos após a fuga, ensejados autonomamente pelo requerente do asilo após deixar o Estado de origem (assim chamados fatos posteriores à fuga ensejados por iniciativa própria), mister se faz, ao contrário, o maior cuidado possível (...).

(...) um direito ao asilo pode somente vir ao caso se os fatos posteriores à fuga ensejados pelo requerente representarem a expressão e continuação de uma firme convicção já perceptível e existente quando da estada do requerente ainda no Estado de origem; portanto, apresentarem-se como consequência necessária de um modo de vida duradouro, exteriorizado e que marca a própria identidade.

Para o aqui examinado complexo de uma atividade política relacionada ao exílio e de afiliação a organizações de emigrantes, do exposto depreende-se que a relevância do asilo para tais atividades em princípio não está presente.

c) Por tudo quanto exposto, não se deve ignorar que o direito de asilo previsto no Art. 16 II 2 GG não representa o único fundamento jurídico para a residência de estrangeiros no território federal ou, em todo caso, para proteção contra deportação. Se não couber a alguém o direito fundamental de asilo, não se exclui de forma alguma a possibilidade de lhe ser reconhecido um visto de residência no território federal, por exemplo, em razão das regras da Lei de Estrangeiros, que, a esse respeito, prevê amplas opções discricionárias. Justamente nos casos em que – não obstante a falta do direito ao asilo – a outorga do direito de residência segura na República Federal da Alemanha por motivos políticos ou outros parece fundamentada, estão presentes tais possibilidades. E contra a deportação para um Estado que ameaça persegui-lo politicamente, ou para um que possivelmente irá extraditá-lo para aquele Estado, existe para todo estrangeiro a proteção segundo a medida prevista no Art. 33 da Convenção relativa ao status jurídico dos refugiados (Convenção de Genebra sobre Refugiados) de 28 de julho de 1951 (BGBl. 1953 II, p. 559), § 14 da Lei do Estrangeiro de 28 de abril de 1965

(BGBl. I, p. 686), possivelmente também o Art. 3 da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia para Direitos Humanos) de 4 de novembro de 1950 (BGBl. 1952 II, p. 686). Esses vínculos jurídicos legais, em parte também fundados no direito internacional público, devem ser evidentemente observados também nos casos de fatos posteriores à fuga, destituídos da relevância em face do [direito] ao asilo.

II.

(...)

C.

Esta decisão foi prolatada com 7 votos a 1.

(ass.) *Zeidler*, Dr. Dr. h. c. *Niebler*, *Steinberger*, *Träger*,
Mahrenholz, *Böckenförde*, *Klein*, *Grasshof*

96. BVERFG 80, 315

(TAMILLEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

10/07/1989

MATÉRIA:

Os reclamantes, cidadãos do Sri Lanka da etnia tamilense (*Tamilen*), fugiram do seu país de origem, em virtude de uma longa guerra civil com um grupo étnico rival. Os choques étnicos devem-se a razões históricas relacionadas ao colonialismo britânico no sudeste asiático, que provocou um deslocamento populacional para efeitos da utilização de mão-de-obra (plantação de chá) em locais que convinham à agenda político-econômica da coroa britânica. Chegaram à Alemanha entre o fim da década de 1970 e início da década de 1980, onde requereram asilo político. Seus requerimentos foram inicialmente indeferidos pela autoridade administrativa competente. Depois disso, o primeiro reclamante teve sua ação judicial julgada procedente em primeira e segunda instância. O segundo reclamante teve seu pedido indeferido em primeira instância, cuja sentença fora, no entanto, reformada em

grau de apelação. O Tribunal Administrativo Federal reformou, no seu julgamento do recurso de revisão interposto pela autoridade administrativa, ambas as decisões prolatadas em sede de apelação, indeferindo os pedidos de asilo com o fundamento central de que a perseguição sofrida pelos requerentes não poderia ser atribuída ao Estado do Sri Lanka.

O TCF julgou, no entanto, procedentes as Reclamações Constitucionais, que afirmaram uma violação de seu direito fundamental decorrente do Art. 16 II 2 GG, revogando assim as decisões do Tribunal Administrativo Federal.

1. A perseguição política nos termos do Art. 16 II 2 GG é basicamente a perseguição estatal.
2. Uma perseguição será, então, política se ela objetivamente infringir ao indivíduo violações de direitos em razão de sua convicção política, sua orientação religiosa ou de característica para ele indisponível, que marcam o seu ser diferente. Tais violações excluem o indivíduo, devido a sua intensidade, da ordem pacífica predominante na unidade estatal.
3. Também uma perseguição estatal de atos que manifestam a realização de uma convicção política pode, em princípio, representar perseguição política, especialmente também quando o Estado defende, desta forma, o bem jurídico de sua própria existência ou de sua identidade política. É necessária uma razão especial para não considerar uma tal perseguição estatal como não pertencente à categoria de perseguição política.
4. É pressuposto de uma perseguição realizada pelo Estado, ou a ele imputável, o uso da força territorial do Estado no sentido de uma efetiva e soberana supremacia. Por isso, não é possível perseguição política, enquanto o Estado, no caso de declarada guerra civil no território em disputa, estiver faticamente desempenhando o papel de um partido militar, não existindo mais como um efetivo poder de ordem central. O mesmo vale para determinadas situações de crise em uma guerra civil de guerrilha. Em todos esses casos, há, todavia, uma perseguição política se as forças estatais procederem à luta de tal sorte a orientá-la à destruição física de pessoas do partido oposto ou que sejam a ele atribuídas, determinadas por características relevantes para

a concessão de asilo, embora estas já não queiram ou não possam mais oferecer resistência ou que não tenham tomado parte de ações militares (ou já não o façam). Isto se dá especialmente quando as ações das forças estatais redundarem no objetivo do extermínio físico ou à destruição da identidade étnica, cultural ou religiosa de uma parte da população determinada por características relevantes para a concessão de asilo.

5. a) Quem for atingido por uma perseguição política apenas regional, somente será, então, perseguido político nos termos do Art. 16 II 2 GG quando por ela cair em uma situação desesperadora em todo o país. Esse será o caso se o atingido não puder encontrar, em outras áreas de seu Estado de origem, um refúgio razoável (opção de refúgio dentro do território).

b) Uma alternativa de refúgio dentro do território pressupõe que o requerente do asilo esteja suficientemente seguro, nas áreas em questão, contra a perseguição política, e que nelas não haja, em todo caso, também outras desvantagens ou perigos, os quais, segundo sua intensidade e dimensão, sejam equivalentes a uma ofensa de bem jurídico relevante para a outorga de asilo por motivos políticos, desde que essa ameaça à existência não exista dessa forma no local de origem.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 10 de julho de 1989

- 2 BvR 502, 1000, 961/86 -

(...)

RAZÕES

A. I – III., B. I. – III. (...)

(ass.) *Mahrenholz, Träger, Böckenförde, Klein, Grabhof, Kruis, Franßen, Kirchhof*

97. BVERFG 81, 142

(TERRORISTISCHE BETÄTIGUNG IM EXIL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 20/12/1989

MATÉRIA:

O reclamante, nascido em 1957, é cidadão turco, pertencendo ao povo curdo. Em 1980 entrou na República Federal da Alemanha e requereu asilo político, com o fundamento da perseguição política praticada pelo Estado turco contra o povo curdo. Ele teria se engajado

pela causa de um Estado curdo livre. Por isso teria sido, segundo seu relato pessoal, várias vezes preso, humilhado e torturado. A autoridade administrativa competente (*Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge*) para o reconhecimento do status de perseguido político, que concede, em princípio, concretamente o direito ao asilo, indeferiu o pedido. Segundo ela, não se pode proibir ao Estado turco que reprima movimentos separatistas.

Contra essa decisão, o reclamante propôs uma ação junto à Justiça Administrativa, na qual relatou que é membro de uma organização curda “Partisan”, que faz parte do partido TKP/ML (Partido Comunista Turco / Marxistas-leninistas), que pregava a utilização da força para a mudança da situação política na Turquia. Na Alemanha, entrou para a organização ATIF/ATÖF (Federação dos Trabalhadores provenientes da Turquia na República Federal da Alemanha). Por isso, ele poderia contar com prisão, condenação e tortura, caso tivesse que retornar à Turquia, principalmente porque muito provavelmente seria acusado de ter promovido **ação terrorista no exílio** (*terroristische Betätigung im Exil*).

O Tribunal Administrativo de primeira instância julgou a ação improcedente. As sanções potenciais a serem aplicadas pela Turquia ao autor, ora reclamante, se fundamentariam em ilícitos criminais e não em perseguição política. O Tribunal Administrativo de segunda instância reformou essa decisão em sede de apelação. O Tribunal Administrativo Federal, no entanto, deu provimento ao recurso de revisão, restabelecendo a decisão denegatória de primeira instância.

Em sua Reclamação Constitucional, o reclamante argüiu violação de seus direitos fundamentais dos Art. 3, 16 II 2 e 19 IV GG. O TCF censurou a fundamentação da decisão do Tribunal Administrativo Federal, mas, na conclusão sobre o mérito, julgou a Reclamação Constitucional improcedente por “outras razões”, devidamente reproduzidas abaixo.

1. A tortura apenas é relevante para a concessão de asilo quando praticada em razão de características relevantes para o asilo ou praticada de forma mais severa em vista dessas características.

2. Não pode requerer asilo aquele que der continuidade a atividades terroristas realizadas em seu país de origem ou que fornecer suporte a estas a partir da República Federal da Alemanha, nas formas aqui possíveis.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 20 de dezembro de 1989
- 2BvR 958/86 -
(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional refere-se à questão de se um acusado de crime político que deu apoio a atividades terroristas em seu país de origem, estando lá sujeito a sofrer tortura pela polícia ou militares, e que deu continuidade, na República Federal da Alemanha, ao apoio de atividades terroristas, goza [do direito] de asilo.

I. – II. (...)

C.

(...)

I.

O Senado já decidiu que também as medidas relacionadas à auto-proteção estatal podem servir de fundamento para a concessão do asilo. A perseguição política nos termos do Art. 16 II 2 GG não poderá ser, portanto, já negada, só porque o Estado combate atividades separatistas ou político-revolucionárias com sanções penais, para assim defender o bem jurídico de sua própria existência ou de sua identidade política. Para que de tais medidas estatais, todavia, seja retirada a natureza de perseguição *política*, necessária se faz a presença de critérios ligados a circunstâncias complementares objetivas.

1. Um tal critério é, primeiramente, a proteção de bens jurídicos. A perseguição estatal de violações jurídicas criminais, ou seja de crimes que se dirigem contra os bens jurídicos de outros cidadãos, não é “perseguição política”, até mesmo também quando as ações criminosas são cometidas em razão de uma convicção política. A perseguição política também não estará presente quando circunstâncias objetivas

levarem à conclusão de que um ato dirigido contra um bem jurídico político não se dê em função de uma convicção política enquanto tal, realizada pelo delito, mas de um componente criminal complementar que encontrou expressão naquele cuja criminalização é corrente [normal, por esperar] na práxis estatal. Também neste caso, porém, pode ser afirmada uma perseguição política, desde que o atingido sofra um tratamento mais severo do que aquele normalmente aplicado por aquele Estado na perseguição de ações criminosas semelhantes – não políticas – de periculosidade semelhante (cf. em face do supra exposto BVerfGE 80, 315 [336 s.]).

2. (...).

3. (...). Em verdade, um tratamento desumano como a tortura não enseja como tal a concessão de asilo, segundo o teor e sentido do Art. 16 II 2 GG. Se a tortura, porém, for utilizada em razão de características relevantes para a concessão do asilo ou o for de maneira mais severa em vista dessas características, sendo, portanto, segundo seu identificável direcionamento ao componente político das ações, atribuídas ao atingido, então ela estará ligada à convicção política realizada pelo torturado, sendo, destarte, relevante para o [direito de] asilo. Ela o atinge por causa de sua agressão a um bem jurídico político e, assim, por causa de sua manifesta periculosidade à unidade estatal e aos fundamentos políticos do Estado.

(...).

4. Também, se depois do supra aludido devesse ser afirmado o caráter político da potencial perseguição, um requerimento de asilo pode ser indeferido devido a um outro limite da promessa de asilo prevista no Art. 16 II 2 GG. Este se dá quando o requerente do asilo realizou sua convicção política com o emprego de meios terroristas. Tal modalidade de luta política é por princípio condenada pela República Federal da Alemanha em consonância com a ordem jurídica internacional também por ela firmada. As medidas tomadas pelo Estado para combater o terrorismo não constituem, portanto, perseguição política quando dirigidas a terroristas ativos, a participantes em sentido penal ou àqueles que realizam atos de suporte em favor de atividades terroristas sem delas participar [diretamente]. Apesar disso, pode haver também, em casos desse tipo, uma perseguição que enseje a concessão de asilo, desde que outras circunstâncias complementares – como a intensidade especial das medidas de perseguição – falarem a favor de tal exceção (cf. sobre o exposto BVerfGE *op. cit.*, p. 339 *et seq.*).

Independentemente disso, vale o seguinte: Não faz parte do direito de asilo quando apenas se procura um novo local de batalha para a realização de atividades

terroristas, para lá garantir sua continuidade ou suporte. Logo, não pode requerer asilo aquele que der continuidade a atividades terroristas realizadas em seu país de origem ou que fornecer suporte a estas a partir da República Federal da Alemanha, nas formas aqui possíveis. Este não procura a proteção e paz que o direito de asilo quer outorgar. O direito de asilo tem como sua idéia fundamental garantir o refúgio para aquele que se encontra em uma situação para ele desesperadora em razão de perseguição política (iminente) (BVerfGE 74, 51 [64]). À luta política que põe em risco a vida ou a existência deve ser dado [pela concessão do asilo] um fim. O refugiado por perseguição política deve encontrar novamente a proteção de uma ordem estatal onde a paz seja predominante, proteção da qual o Estado que o perseguiu lhe havia excluído. (...).

II. – IV. (...)

(*ass.*) Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Grasshof, Kruis, Franssen, Kirchhof, Winter

98. BVERFGE 94, 49

(SICHERE DRITTSTAATEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

14/05/1996

MATÉRIA:

O direito de asilo, assim como seu correspondente direito fundamental, foi (por Emenda Constitucional) substancialmente reformado em 1993. As Reclamações Constitucionais aqui conjuntamente decididas ocupam-se do novo Art. 16a II 1 e 2 GG, assim como do § 26a I da Lei do Processo de Asilo, os quais possibilitaram a exclusão da outorga do direito fundamental ao asilo no caso da entrada de interessados vindos imediatamente de um dos assim chamados „terceiros Estados seguros“ (*sichere Drittstaaten*). O TCF confirmou a constitucionalidade da Emenda que adicionou o novo Art. 16a GG do dispositivo supra citado da lei processual (§26a I AsylVfG), julgando as Reclamações Constitucionais improcedentes.

1. a) Com a lei de emenda constitucional de 28 de junho de 1993, o constituinte reformador [titular poder constituinte derivado reformador] criou uma base para a

construção de uma regulamentação comum europeia da garantia de proteção aos refugiados com o objetivo de [proceder a] uma divisão de encargos entre os Estados participantes de um tal sistema.

b) O constituinte é livre juridicamente também para a conformação e modificação de direitos fundamentais, desde que os limites do Art. 79 III GG não sejam atingidos, fornecendo ao Tribunal Constitucional Federal o [novo] parâmetro. O direito fundamental de asilo não está incluído no conteúdo da garantia prevista no Art. 1 I GG. O que é seu conteúdo e quais conseqüências dele resultam para o poder estatal alemão deve ser determinado autonomamente [pela discricionariedade do constituinte e não pelo conteúdo do Art. 1 I GG].

2. O Art. 16a II GG limita o campo de aplicação pessoal do direito fundamental ao asilo garantido como dantes pelo Art. 16a I GG. Quem chega de viagem vindo de um terceiro país que seja seguro na acepção do Art. 16a II 1 GG, não necessita, na República Federal da Alemanha, da proteção do direito fundamental garantido pelo Art. 16a I, já que ele poderia ter encontrado no terceiro país proteção contra perseguição política.

3. Os respectivos Estados membros da Comunidade Europeia são, por força da Constituição, imediatamente considerados terceiros Estados seguros.

4. a) A garantia de aplicação da Convenção de Genebra sobre Refugiados (*Genfer Flüchtlingskonvention* – GFK) e da Convenção Europeia para Direitos Humanos (*Europäische Menschenrechtskonvention* – EMRK), necessária para a definição por meio de lei (Art. 16a II 2 GG) dos terceiros Estados seguros, pressupõe especialmente que o Estado seja parte de ambas as convenções e que, segundo sua ordem jurídica, ele não possa deportar um estrangeiro ao Estado supostamente perseguidor, sem antes ter verificado se em tal lugar há para ele a ameaça de perseguição, na acepção do Art. 33 da GFK, ou de tortura ou de pena ou tratamento desumano ou cruel, na acepção do Art. 3 da EMRK.

b) Ao legislador cabe, na classificação de Estados como terceiros Estados seguros para a consecução do suporte fático, uma margem de ação [discricionariedade] na escolha dos meios de identificação. A escolha do legislador deve se mostrar como defensável [razoável].

5. a) O estrangeiro que tiver de ser reenviado ou levado de volta ao terceiro Estado não poderá exigir, em princípio, a proteção da República Federal da Alemanha contra

uma perseguição política ou demais violações graves em seu Estado de origem com o fundamento segundo o qual não existiria para ele segurança nesse terceiro Estado em questão, porque lá, no seu caso isolado, apesar da certeza normativa, as obrigações da Convenção de Genebra sobre Refugiados e da Convenção Européia para Direitos Humanos não seriam cumpridas. Desta forma, não é o caso de se afirmar a presença, também, de posições jurídicas materiais que, em correspondência ao objetivo perseguido pelo Art. 16a II GG, de certeza normativa quanto à segurança em terceiro Estado, lhe aproveitariam, uma vez que um estrangeiro pode também nelas se basear contra sua deportação.

b) A República Federal da Alemanha deve, todavia, outorgar a proteção quando impedimentos para a deportação segundo o § 51 I ou o § 53 da Lei do Estrangeiro (AuslG) forem fundamentados por circunstâncias que, em razão de sua peculiaridade, não poderiam ter sido consideradas preliminarmente já a partir da idéia constitucional da certeza normativa pela Constituição ou pela lei e, destarte, se encontrarem, desde o início, fora dos limites impostos à implementação de uma tal idéia por si mesma.

c) O estrangeiro somente poderá se valer de um exame sobre se excepcionalmente se contrapõem causas impeditivas ao indeferimento [do pedido de asilo] ou imediato reenvio ao terceiro Estado, quando, com base em determinados fatos, restar claro que ele fora atingido por um dos casos de exceção não contemplados pela idéia da certeza normativa. À apresentação desta tese devem ser colocadas exigências rigorosas³⁴¹.

6. a) O Art. 16a II 3 GG não se dirige somente ao legislador, mas também diretamente aos agentes administrativos e tribunais: remédios jurídicos contra medidas terminativas do direito de permanência não têm efeito suspensivo; pedidos dirigidos aos tribunais competentes com o objetivo de suspender provisoriamente a execução dessas medidas devem restar sem êxito.

b) O efeito de exclusão do Art. 16 II 3 GG não ultrapassa os limites estabelecidos para a idéia de certeza normativa.

³⁴¹ O TCF quer dizer que a alegação leviana deve ser, de plano (*a limine*), rechaçada e que, indiretamente, a tese em si deverá ser submetida ao mais rigoroso critério de procedência.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 14 de maio de 1996
com base na audiência realizada em 21, 22 e 23 de novembro
e 5 de dezembro de 1995
– 2 BvR 1938, 2315/93 –
(...)

RAZÕES:

A. I. – VI. (...)

B.

1. – 2. (...).

C.

I.

1. – 6. (...).

II.

A nova disciplina do direito fundamental de asilo no Art. 16a GG não viola os limites do Art. 79 III GG. O constituinte reformador atendeu também aos requisitos do Art. 79 I 1 GG.

1. a) O Art. 79 III GG proíbe emendas constitucionais pelas quais os preceitos previstos nos Art. 1 e 20 GG sejam atingidos. A isto não pertence apenas o princípio de observância e proteção da dignidade humana firmado no Art. 1 I GG. Também o reconhecimento, contido no Art. 1 II GG, dos direitos humanos invioláveis e inalienáveis enquanto fundamento da comunidade humana, da paz e da justiça adquire importância neste mister. Em conexão com a menção do Art. 1 III GG aos direitos fundamentais subseqüentes, as outorgas destes não são passíveis, em princípio, de uma limitação, na medida em que sejam imprescindíveis à manutenção de uma ordem correspondente aos Art. 1 I e II GG. Da mesma forma, devem ser respeitados elementos fundamentais do princípio do Estado social e do Estado de direito, que vêm expressos no Art. 20 I e III GG. Todavia, apesar de tudo, o Art. 79 III GG determina apenas que os princípios mencionados não sejam afetados. Mas ele não impede que o constituinte reformador modifique a característica juspositiva desses princípios por motivos racionalmente fundamentados (cf. BVerfGE 84, 90 [120 e seguinte]).

b) Como basicamente toda determinação da Constituição, também o direito fundamental de asilo se encontra à disposição do constituinte reformador (Art. 79 I 1, II

GG). O limite imposto ao constituinte reformador pelo Art. 79 III GG, segundo o qual os preceitos estabelecidos nos Art. 1 e 20 GG não poderiam ser atingidos, não restará violado [só] porque não se oferecerá proteção ao estrangeiro contra perseguição política por meio de uma garantia de direito fundamental. Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal discorreu, para determinação do conceito de perseguição política do Art. 16 II 2 GG a.F. [*alte Fassung* = versão revogada], que na base do direito fundamental de asilo estaria a convicção determinada pela observância da inviolabilidade da dignidade humana, [e por isso] que nenhum Estado teria o direito de ameaçar ou violar a integridade física, a vida ou a liberdade pessoal devido apenas à convicção pessoal, orientação religiosa ou atributos indisponíveis da pessoa (cf. BVerfGE 80, 315 [333]; cf. também já em: BVerfGE 54, 341 [357]; 76, 143 [157 s.]). Disto não se pode, por sua vez, deduzir que o direito fundamental de asilo pertença ao conteúdo da garantia do Art. 1 I GG. O que é seu conteúdo e quais conseqüências dele resultam para o poder estatal alemão deve ser determinado autonomamente [pela discricionariedade do constituinte e não pelo conteúdo do Art. 1 I GG].

Se, portanto, o constituinte reformador não está impedido de suspender o direito de asilo como tal, conclui-se, sem mais, que a regra do Art. 16a GG – a qual reduz, por meio do Art. 16a II 1 e 2, o campo pessoal de validade do direito fundamental; limita, por meio do Art. 16a III, o conteúdo da garantia de cunho processual; modifica, por meio dos Art. 16a II 3 e IV, a garantia de acesso ao Judiciário do Art. 19 IV GG e, finalmente, cria uma base para a regulamentação, em toda a Europa, de proteção para refugiados por meio de tratados internacionais – não ultrapassa os limites de uma emenda constitucional permitida.

c) O Art. 16a II 3 GG contém uma regra especial para o procedimento de término da permanência [permitida] depois da entrada no país daquele vindo de um terceiro Estado seguro. Com isso, o Art. 19 IV GG foi modificado. Pode restar em aberto se os princípios estabelecidos pelo Art. 20 GG declaram como irrevogável (cf. BVerfGE 30, 1 [39 *et seq.*]) um princípio de Estado de direito de acesso individual ao Judiciário, o qual é concretizado pelo Art. 19 IV GG. Em todo caso, o Art. 16a II 3 não atinge um tal princípio. Isto vale principalmente em vista de que o estrangeiro, ainda que seja imediatamente reenviado ao terceiro Estado seguro sem prévio julgamento por uma outra instância de controle, a esta medida precederá, no entanto, com uma certeza normativa sobre a garantia de aplicação da Convenção de Genebra sobre Refugiados e da Convenção Européia para Direitos Humanos no terceiro Estado.

2. O mandamento do Art. 79 I 1 GG, de identificar a mudança constitucional – no presente caso a modificação do Art. 19 IV GG pelo Art. 16a II 3 GG – no próprio texto constitucional foi cumprido pela inserção do Art. 16a II 3 GG no texto da Constituição.

III.

1. – 2. (...).

D., E. (...)

(ass.) *Limbach, Böckenförde, Klein, Grabhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*