



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DÉBORA ACHY DE AFONSECA

OS LIMITES DO PODER SOBERANO EM FACE DO
DIREITO AO REFÚGIO: ANÁLISE DOS CONTEXTOS
BRASILEIRO E EUROPEU

Salvador
2018

DÉBORA ACHY DE AFONSECA

**OS LIMITES DO PODER SOBERANO EM FACE DO
DIREITO AO REFÚGIO: ANÁLISE DOS CONTEXTOS
BRASILEIRO E EUROPEU**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mário Jorge Philocreon de Castro
Lima

Salvador
2018

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

D591 Afonseca, Débora Achy e.
Os limites do poder soberano em face do Direito ao Refúgio: análise dos contextos brasileiro e europeu / Débora Achy de Afonseca. – Salvador/BA: D.A. Afonseca, 2018.
146 f.

Orientador: Prof. Dr. Mario Jorge Philocreon de Castro Lima.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Direitos Humanos. 2. Direito ao Refúgio. 3. Poder soberano estatal. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Lima, Mario Jorge Philocreon de Castro. orient. III. Título.

CDD - 342.0281

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

DÉBORA ACHY DE AFONSECA

**OS LIMITES DO PODER SOBERANO EM FACE DO DIREITO AO
REFÚGIO: ANÁLISE DOS CONTEXTOS BRASILEIRO E EUROPEU**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, aprovada pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Mario Jorge Philocreon de Castro Lima (orientador)
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Saulo José Casali Bahia
Universidade Federal da Bahia

Professora Doutora Janaína Lima Penalva da Silva
Universidade de Brasília

Salvador, 20 de dezembro de 2018.

*Àquele onde encontro guarida constante, que me permite os desafios e
neles direciona meus passos, Deus.
Aos meus pais, João Eudes e Sara.*

AGRADECIMENTOS

A atividade de pesquisa embora enriquecedora impõe desafios, por vezes, extenuantes que não fosse a presença dos nossos afetos certamente o caminho seria sobremodo embaraçoso.

Assim, agradeço primeiramente à Deus, por proporcionar condições de realizar este trabalho do início ao seu desfecho.

Aos meus pais, João Eudes e Sara, por todo apoio incondicional, meus maiores incentivadores.

À Diogo, cúmplice não só no amor, mas de muito que vivi na academia, gratidão por toda compreensão, paciência e generosidade.

Às minhas amadas irmãs Rebeca e Mariana, pela amizade genuína.

Ao meu orientador Professor Mario Jorge Philocreon de Castro Lima, não só pela orientação, mas por todo incentivo, tranquilidade e apoio certamente essenciais ao deslinde deste trabalho.

Ao Professor Saulo José Casali Bahia e à Professora Janaína Lima Penalva da Silva que compuseram a banca avaliadora e em muito agregaram ao trabalho através de reflexões e críticas fundamentais.

Ao grupo de pesquisa Observatório da Cidadania, representados pelos professores Maria Elisa Villas-Bôas, André Luiz Batista Neves e Miguel Calmon Dantas que discutiram os pontos-chaves deste trabalho e em muito o elevaram.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo privilégio do convívio e aprendizado.

Aos familiares e amigos que sempre torceram e apoiaram a concretização deste estudo.

“Difícilmente consigo imaginar uma atitude mais perigosa, desde que vivemos realmente num mundo no qual seres humanos enquanto tais deixaram de existir há já algum tempo; desde que a sociedade descobriu a discriminação [sic] como a maior arma social através da qual pode-se matar um homem sem derramar sangue; desde que passaportes ou certificados de nascimento e algumas vezes até recibos de impostos, não são mais papéis formais mas factos de distinção social.”

(Hannah Arendt, Nós, os Refugiados)

AFONSECA, Débora Achy de. **Os limites do poder soberano em face do direito ao refúgio: análise dos contextos brasileiro e europeu.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Este trabalho pretendeu analisar as possibilidades de limitações ao poder soberano do Estado frente ao direito de concessão do refúgio. Estudou-se este instituto em seus diversos aspectos: normativo, institucional, político e jurídico. Para tanto, retratou-se o atual cenário da crise de deslocamentos forçados, o contexto de formação das instituições mais importantes de proteção, a evolução normativa, bem como a política migratória vigente na Europa e no Brasil. Em seguida, refutou-se as principais razões apresentadas pelos Estados como subterfúgio ao rechaço à milhares de refugiados e migrantes. Apresentando, assim, razões outras que implicam na flexibilização da vontade soberana do Estado, e que, por via de consequência, fundamentam a preconização da garantia dos direitos àqueles legítimos titulares. Ademais, examinou-se criticamente os avanços jurisprudenciais no que diz respeito a matéria do refúgio dos tribunais internacionais (europeu e interamericano) e nacionais (espanhol e brasileiro). Por fim, destacou-se o importante papel que essas Cortes possuem como uma das alternativas capaz de coibir interpretações normativas pautadas nos interesses nacionais soberanos, frisando, contudo, que as decisões jurisprudenciais e políticas públicas voltadas aos refugiados são complementares para concretização de tais direitos, o que exige do Estado uma noção de soberania alicerçada na responsabilidade internacional perante toda a comunidade da qual faz parte.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS. DIREITO AO REFÚGIO; PODER SOBERANO ESTATAL.

AFONSECA, Débora Achy de. *The limits of sovereign power in the face of the right to refuge: analysis of the Brazilian and European contexts*. Dissertation (Masters) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

ABSTRACT

This research intends to analyze the possibilities of limitations to the sovereign power of the State in front of the right to concession the refuge. This institute was studied in its various aspects: normative, institutional, political and legal. The current scenario of the forced displacement crisis, the context of formation of the most important institutions of protection, the normative evolution, as well as the migration policy in force in Europe and in Brazil, was presented. Then, the main reasons presented by the states as a subterfuge to the rejection of thousands of refugees and migrants were refuted. Thus, it presents other reasons which imply the flexibilization of the sovereign will of the State, and which, as a consequence, underpin the recommendation of guaranteeing the rights of those legitimate owners. In addition, the jurisprudential advances regarding the refuge of the international (European and Inter-American) and national courts (Spanish and Brazilian) have been critically examined. Finally, it was highlighted the important role that these Courts have as one of the alternatives capable of restraining normative interpretations based on national sovereign interests, stressing, however, that decisions on jurisprudence and public policies directed at refugees are complementary to the realization of such rights, which demands of the State a notion of sovereignty based on international responsibility before the whole community of which it is a part.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS. RIGHT TO REFUGE; SOVEREIGN POWER OF STATE.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUR/UNHCR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CEPS	<i>Centre for European Policy Studies</i>
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNDH	Conselho Nacional de Direitos Humanos
CNIg	Conselho Nacional de Imigração
CONARE	Comitê Nacional para os Refugiados
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRRF	<i>Comprehensive Refugee Response Framework</i>
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIR	Direito Internacional dos Refugiados
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUNAVFOR MED	<i>European Union Naval Force Mediterranean</i>
EURODAC	<i>European Asylum Dactyloscopy Database</i>
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
FRONTEX	<i>European Border and Coast Guard Agency</i>
IOM/OIM	Organização Internacional para Migrações
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIR	Organização Internacional dos Refugiados
ONU/UN	Organização das Nações Unidas
RABIT	<i>Rapid border intervention teams</i>
RNE	Registro Nacional de Estrangeiro
SIS	<i>Schengen Information System</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TPI	Tribunal Penal Internacional
UE	União Europeia
UNRWA	Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A CRISE HUMANITÁRIA DOS REFUGIADOS E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROTETIVO	13
2.1 OS REFUGIADOS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL ..	19
2.1.1 Âmbito global	20
2.1.2 Âmbito regional	27
2.1.2.1 Normativa Europeia	28
2.1.2.2 Normativa Interamericana	29
2.2 OS REFUGIADOS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO NACIONAL	31
2.2.1 Âmbito Constitucional	31
2.2.2 Âmbito legal	32
2.2.3 O processo de concessão do <i>status</i> de refugiado no Brasil	35
3. PANORAMA ATUAL DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL	39
3.1 O FECHAMENTO DE FRONTEIRAS NA UE	41
3.2 AS DIFICULDADES DO ACOLHIMENTO AOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL	53
3.3 AS RAZÕES DO ESTADO	68
4. LIMITAÇÕES AO PODER SOBERANO VIOLADOR DOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS	72
4.1 A SOBERANIA ESTATAL FRENTE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	73
4.2 AS RAZÕES QUE LIMITAM A SOBERANIA EM FACE DO DIREITO AO REFÚGIO	83
5. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA JURISPRUDÊNCIA	98
5.1. JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA: CEDH E SUPREMA CORTE ESPANHOLA	99
5.1.1 Corte Europeia de Direitos Humanos	101
5.1.2 Caso: M.S.S vs. Bélgica e Grécia	104
5.1.2.1 Contextualização fática	104
5.1.2.2 A decisão da CEDH	106

5.1.3 Caso: Associação <i>Stop Mare Mortum</i> vs. Espanha	112
5.1.2.1 Contextualização fática.....	112
5.1.2.2 A decisão da Suprema Corte Espanhola.....	113
5.2. JURISPRUDÊNCIA AMERICANA: CORTE IDH E STF	115
5.2.1 Caso: Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia	119
5.2.1.1 Contextualização fática.....	119
5.2.1.2 A decisão da Corte IDH.....	120
5.2.2 Supremo Tribunal Federal Brasileiro	123
5.2.2.1 Contextualização fática.....	123
5.2.2.2 A decisão monocrática da Min. Rosa Weber.....	124
5.3 O PAPEL DAS CORTES NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS.....	127
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, diante do intenso fluxo de pessoas forçadas a se deslocarem de um país para o outro, em busca de condições de sobrevivência, o tema do refúgio tem despertado a atenção dos acadêmicos de direito, dos meios de comunicação e da sociedade civil.

O refugiado não se confunde com outras categorias de migrantes, são pessoas em situação de vulnerabilidade, por serem obrigadas a cruzar fronteiras internacionais por motivos de perseguições ou violações massivas de direitos humanos, não encontrando no seu país de origem a proteção necessária para continuar vivendo em segurança e liberdade.

Convém ressaltar que, a significativa majoração de deslocamentos forçados tem desafiado as instituições de proteção e os instrumentos legais à aprimorarem o tratamento dispensado a esse contingente de pessoas, em contra partida, constata-se uma desarticulação na seara política dos Estados, uma vez que, os entes estatais constroem um regime migratório totalmente voltado à conveniência dos seus interesses locais, havendo uma verdadeira “nacionalização do refúgio” e assim, a imposição do poder soberano estatal em face dos mais comezinhos direitos do homem.

Vale dizer, desta forma, que, os países solicitados à concederem o refúgio, ao ratificarem os tratados de Direito Internacional dos Refugiados e de direitos humanos, subsidiariamente, se comprometem a assegurar que todas as garantias destinadas a essas pessoas sejam efetivadas, inclusive o direito de acesso à um devido processo de determinação do *status* de refugiado justo e eficiente.

No entanto, não é o que se extrai da política estatal, particularmente nos países europeus e, no âmbito sul-americano, no Brasil, foco da pesquisa. A concessão do *status* de refugiados, em regra, fica sob o *domínio reservado* ao Estado, que ao fecharem suas fronteiras e aplicarem diretivas administrativas, contrárias às próprias normas jurídicas reconhecidas, preconizam questões de segurança nacional e ordem pública, ao tratarem os refugiados e migrantes como verdadeiras ameaças em seus territórios.

Atente-se que, para fins deste trabalho, o fechamento de fronteiras não é somente físico-territorial, mas político-social e cultural-religioso, pois, ao adentrarem às fronteiras terrestres, com a superação de todo tipo de calamidade e abusos que encontram pelo traslado, enfrentam nos estados de acolhida restrições, além de políticas que impedem a concessão do refúgio ou até mesmo vetam o próprio processo de solicitação, os direitos sociais também restam amesquinçados quando, por ventura, conseguem tal *status* de

refugiado. Mas, não só, no terreno cultural e religioso também são afetados, através da não aceitação das diferenças de costumes, religião, conceitos diversos que fazem gerar uma série de perseguições, isolamento e hostilidades, expondo-os a tamanha vulnerabilidade que não conseguem se integrarem na sociedade que não os acolhe neste sentido também.

Neste contexto, o objetivo do presente trabalho é traçar uma visão crítica da política migratória vigente, que tem por principal característica a preeminência dos interesses locais sob o subterfúgio do poder soberano e apontar meios eficazes de concretude do arcabouço normativo de proteção aos refugiados, fundado nos valores emanados dos tratados internacionais e regionais em harmonia com os preceitos constitucionais de cada Estado e que ocasiona a responsabilização do entes federativos face às suas violações.

Assim, o estudo que se segue é dividido em quatro partes inter-relacionadas, que vão do segundo ao quinto capítulo.

Começa-se com o delineamento da conjuntura atual da crise humanitária de refugiados nos principais países do mundo, seguido da evolução do sistema protetivo institucional, como a fundação do Alto Comissariado das Nações Unidas, até o estudo das principais fontes normativas que incidem sobre o refúgio, de âmbito internacional, regional e nacional, elucidando que a base fundante do Direito Internacional dos Refugiados está nos princípios gerais do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da Convenção de 1951. Outrossim, busca-se entender quais são as garantias que a legislação brasileira prevê aos refugiados e o seu processo de concessão desse *status*.

Em sequencia, tratar-se-á, mais especificamente da política migratória na Europa em paralelo com os países sul americanos, em particular o Brasil. A primeira se destaca pelo fechamento de fronteiras voltado à questões de segurança nacional, e o Brasil, pelo enfrentamento de dificuldades no acolhimento de refugiados venezuelanos na fronteira norte do país, relacionado à falta de interação das três esferas federativas, além do anacronismo entre a legislação, considerada progressista, e a política adotada. Ressalta-se que ao final deste capítulo expõe-se as principais razões encampadas pelo Estado que os fazem sobrelevar seus interesses em detrimento dos refugiados.

Com efeito, pretende-se aprofundar a hipótese de que, tanto as instituições de proteção estudadas, como os avanços já perpetrados pelo arcabouço normativo restam-se insuficientes para conter as violações daqueles detentores do direito ao refúgio.

Em vista disso, o quarto capítulo, se dispõe a mostrar que a acepção de soberania é relativizada em face dos direitos humanos e, em contraposição às razões do Estado, sustentar-se-á as razões que limitam o poder soberano estatal em face do direito ao refúgio, assentadas

na base principiológica da universalidade, solidariedade e hospitalidade, além de mais dois argumentos inexoráveis: a natureza imperativa das normas *jus cogens*, sobretudo do *non-refoulement* e a essência do Estado Democrático de Direito que, segundo se defende, é indissociável da proteção da dignidade humana de quem outorgou-lhe soberania, o povo.

De mais a mais, mesmo diante de todos os argumentos colacionados, e da tentativa de transformar o senso humanitário em norma e a norma em políticas públicas, a matéria ainda enfrenta desafios relativos a sua concretização, ficando, em última análise, ao alvedrio de cada governo a proteção dos refugiados.

Desta constatação emerge a necessidade de examinar o papel dos órgãos judiciários nacionais e supranacionais na realização dos compromissos normativos voltados a proteger este contingente humano.

A partir de então, mostra-se necessário examinar o posicionamento da jurisprudência do bloco europeu, bem como, do continente americano em face das obrigações de acolhimento dos seus países membros. Em cotejo a esses julgados serão trazidos, respectivamente, precedentes examinados por cortes internas da Espanha e do Brasil, com fito de comparar os provimentos em cenários onde o fator soberania é mais relativizado.

Somadas estas perspectivas, a presente pesquisa rumo à persecução de um diálogo entre as forças emancipatórias dos direitos humanos, em particular aqueles dedicados aos refugiados e os obstáculos, de repercussão material e jurídica, enfrentados pelos países que encontram-se no epicentro da questão migratória atual.

Para tanto, adere-se a uma proposta metodológica histórico-comparativa, lançando-se a uma detida revisão das principais fontes bibliográficas e documentais sobre o tema, somada à busca de precedentes que possam aclarar a dimensão prática do problema e também apresentar as soluções advindas do contexto forense.

A par desta estrutura, afirma-se que o desafio à concretização dos direitos humanos dos refugiados não é tarefa solucionada por um singelo trabalho de pesquisa.

Não obstante o tamanho do desafio que se apresenta, é missão daqueles que reconhecem a dificuldade da plena efetivação destes direitos o escrutínio de suas causas e a investigação de possíveis caminhos a seguir.

Logo, se no plano estatal há, como se acredita, um indicativo de inadequação dos mecanismos de defesa de tais direitos ao alcance dos seus titulares, o primeiro passo deve ser colocar as cartas na mesa, ou seja, revelar o atual cenário da crise humanitária de refugiados. É exatamente isto que se verá adiante.

2 A CRISE HUMANITÁRIA DOS REFUGIADOS E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROTETIVO

Hodiernamente, a situação dos refugiados tem sido alvo de preocupação do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dentre outras coisas, pelo fato de milhões de pessoas no mundo serem forçadas a se deslocar do seu país de origem, muitas vezes em embarcações precárias pelo Mediterrâneo ou por rotas terrestres, que colocam suas vidas em risco, tudo por um primordial motivo: encontrar refúgio.

Segundo o relatório anual “Tendências Globais” (“*Global Trends*”)¹, são 68,5 milhões de pessoas deslocadas, em todo o mundo, principalmente, por guerras, violência e perseguições até o final de 2017, sendo que destas, 25,4 milhões são pessoas refugiadas², 3,1 milhões são solicitantes de asilo que ainda aguardam um resultado dos seus pedidos e 40 milhões de deslocados internos.

Ressalte-se, que dos 25,4 milhões de refugiados mais de um quinto são palestinos sob os cuidados da UNRWA (Agência da ONU de assistência aos refugiados da Palestina), do restante, mais de dois terços (68%), que estão sob o comando da ACNUR (são originários de apenas cinco países: Síria (com 6,3 milhões), Afeganistão (com 2,6 milhões), Sudão do Sul (2,4 milhões), Mianmar (1,2 milhões) e Somália (986.400 mil).

Destes quase 70 milhões de pessoas obrigadas a se deslocarem até o final de 2017, constata-se que são 44,5 mil pessoas se deslocando todos os dias, ou mesmo, uma pessoa se deslocando a cada dois minutos. O quadro atual é que 1 em cada 110 pessoas no mundo estão deslocadas, grande parte desse cenário se desenvolveu nos últimos cinco anos.

Registra-se ainda, que segundo o referido relatório realizado pela ACNUR, a maioria dos deslocados não estão no hemisfério norte, ao contrário, desproporcionalmente 85% desse coletivo estão em países em desenvolvimento, vários dos quais são profundamente pobres. A estimativa é que 4 de 5 refugiados estão em países vizinhos ao seu de origem. De todas as pessoas refugiadas sob o mandato do ACNUR, 63% estavam concentrados em apenas 10 países.

¹ O relatório Tendências Globais da ACNUR é divulgado todos os anos antes do Dia Mundial dos Refugiados, dia 20 de junho. O conteúdo do relatório diz respeito ao monitoramento do deslocamento forçado com base em dados coletados pela agência da ONU, por governos e outros parceiros. Está disponível em: <https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2018/Global_Trends_Forced_Displacement_in_2017/Tendencias_Globales_2017_web.pdf>. Acessado em 10.08.2018.

² O contingente de refugiados de 25,4 milhões em 2017, corresponde a uma alta de 2,9 milhões de pessoas em relação ao ano anterior, 2016. Foi o maior aumento já registrado pelo ACNUR em um único ano.

A Turquia é hoje o país que mais acolheu refugiados, com um total de 3,5 milhões desse contingente, essencialmente de sírios. O Líbano se destaca por conter o maior número de refugiados em relação a sua população local.³

Outro dado importante do último relatório sobre a situação atual dos refugiados no mundo é que a maioria são crianças, 53%, inclusive muitas desacompanhadas da família.

O termo “refugiado”, consoante o art. 1º da Convenção das Nações Unidas de 1951 (relativa ao Estatuto dos Refugiados), se aplica a:

[...] toda pessoa que, devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, por causa de ditos temores, não queira valer-se da proteção de tal país.

Em outras palavras, os refugiados são todas aquelas pessoas que estão em outro local, que não o seu país de origem, muitas vezes abdicando de seus familiares, amigos, emprego, bens e propriedades, dentre outras coisas, por fundado temor de perseguição relacionado à raça, religião, nacionalidade, grupo social, opinião política.

No Brasil, a Lei 9.474 de setembro de 1997, em seu art. 1º, inciso III, também reconhece como refugiado "o indivíduo que devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país", ou seja, refugiado é também toda pessoa que foi forçada a sair do seu país em razão de conflitos armados, violência generalizada e violação demasiada de direitos humanos, com o fim de obter segurança, liberdade e preservação da vida. Dessa forma, a condição de refugiado nada tem a ver com escolhas, mas está relacionada à uma única opção para continuar sobrevivendo diante do caos.

Vale ressaltar, que aqueles que cometeram crimes contra a humanidade, de guerra, contra a paz e crimes hediondos ou que se envolveram em atos terroristas ou em tráfico de drogas não poderão se beneficiar da condição de refugiado.⁴

³ Conforme o relatório anual sobre refugiados no mundo: “Por cuarto año consecutivo, Turquía albergaba al mayor número de refugiados en el mundo, con 3,5 millones de personas. Los principales países de acogida de refugiados eran: Turquía (3,5 millones), Pakistán (1,4 millones), Uganda (1,4 millones), Líbano (998.900), Rep. Islámica de Irán (979.400), Alemania (970.400), Bangladesh (932.200), Sudán (906.600), Etiopía (889.400) e Jordania (691.000). (ACNUR/UNHCR, TENDENCIAS GLOBALES, 2017, p. 3, 18) “*Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2017*”. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2018/Global_Trends_Forced_Displacement_in_2017/TendenciasGlobales_2017_web.pdf>. Acessado em: 09.10.2018.

⁴ Cf. Lei 9.474/97, Art. 3º "Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR; II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; IV -

A prática do refúgio não é recente. A necessidade de atravessar fronteiras pelos motivos acima expostos ocorre desde os tempos mais remotos, contudo, a situação dos refugiados começou a gerar preocupações relevantes nos organismos internacionais a partir da década de 1920, com o pós-Primeira Guerra Mundial, em que houve grandes movimentos massivos de pessoas em decorrência da Revolução Russa e da decadência do Império Otomano. Nessa ocasião, a comunidade internacional teve que lidar com refugiados em condições de urgência, realizando atividades de socorro, assentamento ou repatriação.⁵

Em 1931 houve a criação do Escritório Internacional Nasen para Refugiados, sob o comando da Sociedade das Nações com o intuito de dar apoio humanitário aos refugiados daquela época. Mas, foi após a Segunda Grande Guerra Mundial, que a questão dos refugiados tomou proporções ainda maiores em razão do deslocamento de milhares de pessoas em vários lugares do mundo, despertando os organismos internacionais e operadores do direito a se preocuparem com a regulação e proteção jurídica dessa população.

Dentre as principais providências adotadas, assinala-se a criação, em 1947, da Organização Internacional dos Refugiados (OIR), cuja função era resolver os problemas residuais dos refugiados no pós-Segunda Guerra Mundial; a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas em 1948, que em seu art. 14º preceitua que “cada pessoa tem o direito a buscar e gozar de asilo em outros países sem sofrer perseguição”; em 1950, a OIR é substituída pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)⁶, agência da ONU, que tem por principal função proteger e assistir os

sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

⁵ Para maiores detalhes históricos: Cf. BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio - Sua história. In BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1ª ed. – Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 12-21.

⁶ Um dos papéis do ACNUR é monitorar e acompanhar as ações dos governos direcionadas aos refugiados, sobretudo, no que diz respeito à aplicação das soluções duradouras. As soluções duradouras são políticas de proteção e promoção do bem estar de longo prazo, são elas: a repatriação voluntária, o reassentamento e a integração local. A repatriação voluntária possibilita ao refugiado retornar voluntariamente ao seu país de origem com segurança e quando já cessados todos os riscos de vida que deu causa ao deslocamento forçado. A repatriação involuntária pode ser equivalente à violação do princípio do *non-refoulement*. A segunda solução duradoura é a integração local, considerada de extrema importância para a qualidade de vida das pessoas refugiadas, na prática é um processo gradativo de adaptação ao *modus vivendi* do país de acolhida, em todas as dimensões culturais, sociais e econômicas. O processo de integração local visa garantir ao refugiado as mesmas condições de que um nacional do país em que ele se encontra possui, torna-se essencial para a concretude dessa etapa o direito à hospitalidade. Por fim, o reassentamento consiste no encaminhamento dos refugiados à um outro país de acolhida que aceite-o com tal *status* e lhe garanta residência permanente, oferecendo-lhes direitos análogos aos dos seus nacionais. Nem todos os países participam do programa de reassentamento, o principal país de reassentamento no mundo tem sido os Estados Unidos, seguido do Canadá, Austrália e países nórdicos. O Brasil está entre os países que participa dos programas de reassentamento em parceria com o ACNUR: “Em 1999, foi iniciado o Programa de Reassentamento Solidário, tendo por objetivo realocar pessoas que na condição de refugiadas foram assentadas em outros países e continuaram sofrendo perseguições, ameaças ou falta de integração no primeiro país de refúgio. Este acordo firmado entre o Governo do Brasil e o ACNUR está presente na Lei, 9.474/97, artigo 46, onde se encontra que ‘o reassentamento de refugiados no Brasil se efetuará de forma

refugiados e deslocados por guerras, conflitos, perseguições, dentre outros, buscando soluções adequadas e duradouras para esses povos. O ACNUR representa hoje o principal organismo internacional voltado à assistência dos refugiados.

Destaca-se ainda, a aprovação, em 28 de julho de 1951 da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo em 1967, que são os textos fundamentais sobre refugiados de âmbito internacional e que servem como parâmetro das legislações nacionais sobre o tema⁷. Em 1969, foi aprovada a Convenção da Organização da Unidade Africana sobre Refugiados, que entrou em vigor em 1974, documento que pela primeira vez estabeleceu a definição ampliada de refugiado, tal definição foi adotada pela Convenção de Cartagena, em 1984. Todos esses importantes documentos serão analisados adiante.

Ademais, como aludido, até o século XX não havia no Direito Internacional instituições específicas voltadas ao direito dos refugiados. O tratamento normativo dessa categoria singular de pessoas submetia-se ao que dispunha as leis nacionais de cada Estado.

Após a tragédia dos regimes totalitaristas e a experiência da 2ª Guerra que levou milhares de pessoas a serem tratadas como descartáveis e supérfluas, se impôs a necessidade de reconstrução universal dos direitos humanos no pós guerra, isto é, o tema da proteção dos direitos do homem não ficou adstrito apenas a jurisdição local, mas tornou-se internacionalmente tutelado, exigindo uma reconfiguração da soberania dos Estados, Celso Lafer assinala que:

(...) as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, posteriores à II Guerra Mundial, buscam ir além dos interesses específicos dos Estados, criando garantias coletivas. Estas procuram estabelecer obrigações objetivas em matéria de direitos humanos, que são vistas e percebidas como necessárias para a preservação da ordem pública internacional. Daí o esforço do Direito Internacional Público de tutelar os direitos dos "não-cidadãos", no contexto mais amplo do princípio de proteção internacional. (LAFER, 1988, p. 154-155).

A evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos levou a uma positivação internacionalista, que na entender de BOBBIO, todos os direitos humanos surgem como direito naturais universais, avançam como direitos positivos particulares (através da Constituições) e finalmente, encontra a plena realização como direitos positivos universais⁸.

planificada e com participação coordenada dos órgãos estatais e, quando possível, de organizações não-governamentais, identificando áreas de cooperação e de determinação de responsabilidades” (BAENINGER; DOMINGUEZ, 2006, p.8-9)

⁷ Cf. BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *A Lei Brasileira de Refúgio – Sua história*. Op. cit. p. 14.

⁸ Bobbio ao referir-se à Declaração de 1948 como início de uma fase de afirmação dos direitos, dispõe: “(...) A Declaração Universal contem em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na

Com essa evolução que veio a calhar dos direitos humanos, a discussão sobre o tratamento a ser dado aos indivíduos que detêm a titularidade do direito ao refúgio, igualmente veio a tona, surgindo normas específicas que compõe o Direito Internacional dos Refugiados, como as já citadas alhures.

Conforme elucida Cançado Trindade⁹, existem três vertentes de proteção internacional dos direitos da pessoa humana que se inter-relacionam: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH); o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR). Dessa interação, têm-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o mais abrangente em relação aos outros dois, visa a proteção do ser humano em todos os seus planos, civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. O Direito Humanitário volta-se a proteção dos direitos humanos em situação específica de conflitos armados e o Direito Internacional do Refugiado, têm por escopo a proteção de todas os indivíduos forçados a saírem do seu país de origem.

Assim, a base fundante do Direito Internacional dos Refugiados estão nos princípios gerais do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os princípios emanados da Convenção de 1951 (HATHAWAY, 2005, p. 75).

O DIR além de ter pontos de convergência com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, possui uma relação de complementaridade, uma vez que, este último supre as insuficiências das normas relativas ao refúgio. Corroborando com o que assinala Hathaway, essa complementaridade entre tais ramos se dá pela razão de derivarem da mesma base normativa e dos mesmos princípios, como o da dignidade da pessoa humana, assegurando assim, a maior proteção possível aos refugiados¹⁰.

Logo, o DIDH é *lex generalis* em relação aos outros eixos do direito que fazem parte desse todo, é dele que se origina a *legitimatío ad causam* dos sujeitos, em razão do DIR (*lex specialis*) não possuir mecanismos próprios de controle e supervisão (MAHLKE, 2017, p.15).

Nessa senda, uma vez que o Direito internacional dos Refugiados não possui órgão internacional específico para atribuir a responsabilidade aos Estados violadores, acaba por se

universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.” (BOBBIO, 2004, p. 30)

⁹ Segundo Cançado Trindade: “A visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontra-se hoje definitivamente superada. A doutrina e a prática contemporâneas admitem, por exemplo, a aplicação simultânea ou concomitante de normas de proteção, seja do direito internacional dos direitos humanos, seja do direito internacional dos refugiados, seja do direito internacional humanitário.” (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 29)

¹⁰ Cançado Trindade esclarece que: “O fenômeno contemporâneo de êxodos e fluxos maciços de pessoas realçou as necessidades prementes de proteção e assistência humanitária, estimulando uma maior aproximação entre os direitos humanos, o direito dos refugiados e o direito humanitário. Esta aproximação, a seu turno, contribuiu a ampliar a concepção da proteção devida às vítimas” (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 22).

inserir na campo de competência das Cortes Internacionais de direitos humanos para controle e vigilância dos direitos dos refugiados. “A competência de tais cortes, nesses casos, encontra fundamento nos direitos previstos em documentos internacionais de direitos humanos, violados durante a aplicação do DIR” (ZAMUR; JUBILUT, 2017, p. 449). O papel primordial das jurisprudências internacionais é ressaltado em capítulo próprio.

Contudo, no que tange ao Direito Internacional dos Refugiados e suas especificações, mister se faz ressaltar as diferenças do instituto do refúgio em relação aos demais, já que os refugiados são, por vezes, confundidos com outros grupos populacionais que se deslocam de um lugar para outro, o que é prejudicial àqueles, na medida em que são mal compreendidos sobre os reais motivos dos pedidos de refúgio ao chegarem nas fronteiras de alguns países, obstando, assim, a aplicação de legislação e proteção devida.

Como dito alhures, os *refugiados*¹¹ são todos os homens e mulheres, independente da idade, que saem do seu país de origem por fundado temor de perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencerem a determinado grupo social ou por suas opiniões políticas, ou ainda, em razão de guerras, conflitos, violências de todo tipo, violações de direitos humanos e que, se encontram em uma situação de vulnerabilidade, pois o seu país não é capaz de oferecer-lhes proteção¹². Ao se deslocar de um lugar para outro, o refugiado busca garantia de vida e liberdade, quando não as encontram, pode estar condenado à morte ou à uma vida restrita, sem direitos e segurança.

Por *solicitante de refúgio* entende-se que é toda pessoa que realizou o pedido de reconhecimento do *status* de refugiado e aguarda o resultado sobre a decisão de concessão ou não.

Os *retornados*, por sua vez, são refugiados que regressam voluntariamente ao país de origem.

¹¹ Cumpre esclarecer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza o termo *asilo em sentido amplo*, que abarca o instituto do asilo territorial, diplomático, militar e o refúgio.

¹² Importa observar que o reconhecimento do refúgio em virtude de perseguições por particulares é tema ainda controverso, pois presume-se que o direito ao refúgio ocorre para proteger o indivíduo perante as falhas do Estado, porém já houve a concessão do *status* em face de situações privadas (particular x particular), nos EUA e na América Central. O próprio CONARE já reconheceu essa possibilidade no Brasil. André de carvalho Ramos esclarece que não há vedação nos diplomas normativos quanto a tal cenário, defendendo a possibilidade de estender a proteção aos refugiados perseguidos, por exemplo, a crianças e mulheres em situação de exploração do trabalho infantil, prostituição feminina, dentre outros: “De fato, na perspectiva de gênero e de idade, as mulheres e crianças são mais sujeitas a perseguições de agentes privados, incluindo pais, maridos, parentes, exploradores do trabalho infantil ou da prostituição feminina. (...) No caso brasileiro em face da notória crise de segurança pública e também do sistema de justiça e penitenciário, é clara a possibilidade de brasileiros obterem refúgio em outros países alegando perseguição por particulares (crime organizado, esquadrões da morte, traficantes etc.) e falta de estrutura do estado para protegê-los. Portanto, caso seja demonstrado o justo temor do solicitante de ser perseguido, por exemplo, por sua orientação sexual, e que as autoridades públicas não conseguem punir os agressores ou impedir novas perseguições, é evidente que fica demonstrada a impossibilidade de retorno ao Estado de origem, base da concessão do refúgio”. (RAMOS, 2015, p. 94-95).

Já, os denominados *deslocados internos* são pessoas em situação diferente dos refugiados, uma vez que, não atravessaram uma fronteira internacional para obter proteção. Deslocaram-se apenas de um lugar para outro em sua própria terra natal. Assim, mesmo que tenham fugido por motivos semelhantes aos dos refugiados, conseguem proteção do seu próprio governo.

Os *apátridas* são todos aqueles que não possuem nacionalidade reconhecida por nenhum país, por variados motivos, como, a secessão de Estados e conflito de leis entre países.¹³ É possível ser apátrida e refugiado ao mesmo tempo.

Outra categoria de estrangeiros diferente dos refugiados é a de *asilados*, esses são os que sofrem perseguições pessoais em razão de crimes de natureza política ou ideológica, são perseguições individualizadas, ao contrário dos refugiados em que a perseguição é generalizada (incide sobre várias pessoas). Dessa forma, a concessão do asilo constitui um ato soberano do Estado (decisão política) não vinculado à organismos internacionais. Ademais, o solicitante de asilo tanto pode obter proteção em outro país ou no próprio país de origem¹⁴.

Por fim, os termos *migrantes econômicos* e *refugiados* são os mais comumente confundidos. Os migrantes internacionais, são todos aqueles que se encontram fora do seu país de origem buscando estabelecerem-se temporária ou permanentemente em outro país, em razão de melhores condições sociais e econômicas, a fim de obter, por exemplo, maior acesso à saúde, educação, trabalho, tentando fugir da pobreza e do desemprego, dentre outras coisas, diferentemente dos refugiados, não se deslocam por ameaça direta de perseguição ou morte¹⁵.

A distinção entre refugiados e todas as outras espécies de migrantes é de extrema importância. Apesar da necessidade de assegurar os direitos humanos a todos esses indivíduos que se deslocam de um país para outro, o tratamento dado aos refugiados deve ser adequado às suas necessidades, aplicando normas específicas sobre refúgio estabelecidas tanto em leis nacionais como no direito internacional, é o que se apreciará em seguida.

2.1 OS REFUGIADOS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

Convém desvelar as ferramentas de proteção aos refugiados disponíveis na ordem jurídica. À propósito de construir um estudo lógico destes institutos, começa-se expondo

¹³ Sobre outros tipos de deslocados: Cf. IMDH. *Refugiados e Refugiadas – Quem são*. 2014. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-e-refugiadas-quem-sao>>. Acessado em: 10/10/2016.

¹⁴ Sobre o tema: Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 788-789.

¹⁵ Cf. EDWARDS, Adrian. *Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto*. ACNUR, 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>> Acessado em: 05/10/2016.

como está configurado o cenário normativo internacional e regional para, em sequência, traçar um paralelo com o sistema jurídico interno, com fito de inferir a influência exógena no direito nacional.

Ao se tratar de normas de âmbito internacional, regional e local interessante, aqui, despontar a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Aqueles guardam relação com os direitos estabelecidos nas normas constitucionais domésticas, de cada Estado. Os direitos humanos estão melhor relacionados aos direitos consagrados no ordenamento externo, seja no plano regional ou internacional.¹⁶

2.1.1 Âmbito global

No tocante a proteção internacional dos refugiados, é imprescindível destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como fonte de inspiração dos diplomas normativos internacionais e nacionais que tratam dos direitos das minorias e dos grupos em situação de vulnerabilidade, como é o caso dos refugiados.

Destaca-se também o documento de âmbito internacional mais específico sobre refugiados, que é a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu Protocolo de 1967 de onde se extrai a definição clássica de refugiado, bem como seus principais direitos e deveres.

Outrossim, merece realce os principais compromissos da Declaração sobre refugiados de Nova York, realizada em setembro de 2016 e que tem como um dos objetivos principais unir os países dela participantes para aumentar a proteção aos refugiados e migrantes, incentivando a cooperação mútua entre os Estados de acolhida.

Declaração Universal de Direitos Humanos

¹⁶Ingo Sarlet faz a mesma distinção, se não veja-se: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi redigida ainda sob os efeitos catastróficos da Segunda Guerra Mundial e proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas em Paris, oferecendo valores universais à serem adotados pelos Estados.

Dessa forma, a natureza jurídica da Declaração não é de um tratado internacional, mas, uma espécie de código de conduta mundial.¹⁷

A despeito da DUDH não ser instrumento legal, pode-se afirmar que tem se tornado parte do direito costumeiro internacional ao ser referenciada em muitas ocasiões pelos Estados, inclusive em decisões judiciais. Por essa razão, há quem defenda que a Declaração possui força jurídica vinculante.¹⁸

Fábio Konder Comparato leciona que do ponto de vista técnico a DUDH é uma espécie de recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus integrantes, conforme está disposto no artigo 10º da Carta das Nações Unidas. Por esse lado, é comum afirmar que a Declaração não possui força vinculante, razão pela qual a Comissão de Direitos Humanos considerou-a como um documento prévio a um pacto ou tratado de direitos humanos.

No entanto, adverte o autor que esse entendimento resta equivocado e peca por excesso de formalismo, na medida em que os direitos humanos são reconhecidos e vigem sob total independência de estarem consagrados em constituições, tratados ou leis, pois se tratam de exigências ao respeito à dignidade humana em face de todos os poderes estabelecidos e, ainda, que o direito internacional é determinado também, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito.¹⁹

A DUDH traz uma concepção contemporânea dos direitos humanos, ao consagrar a premissa de que os direitos humanos são universais, indivisíveis e inerentes à condição

¹⁷ Corroborando com o tema Bobbio elucida que a Declaração: “(...) proclama os princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como ‘ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações’”. (BOBBIO, 2004, p. 30) E, ainda, Fábio Konder Comparato, sobre esse mesmo assunto assevera: "Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação, que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto" Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136.

¹⁸ Flávia Piovesan faz menção à doutrina de John P. Humphrey e de Richard B. Lillich que defende a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e conclui afirmando: "Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de — na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX — ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional". Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 224 - 226.

¹⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Op. cit. p. 136 – 137.

humana, para a Declaração o único pressuposto para titularidade de direitos é a condição de pessoa.

Em seu primeiro artigo²⁰ proclama os valores fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade (ou solidariedade), evocando os ideais da Revolução Francesa.²¹

Outro dispositivo essencial à proteção dos refugiados é o que dispõe o art. 3º da Declaração ao consagrar que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal²².

Não se pode olvidar, que a Segunda Guerra Mundial ocasionou um grande número de refugiados, assim como, o nazismo impôs a supressão da nacionalidade alemã aos grupos minoritários, mormente às pessoas de origem judaica²³. Em face dessa realidade a DUDH trouxe em seu artigo 13º o direito a livre circulação, escolha de residência e o direito de abandonar o Estado, no artigo 14º o direito de asilo às vítimas de perseguição e no artigo 15º o direito à nacionalidade.

Importa atentar que o fechamento de fronteiras vai de encontro a tudo o quanto exposto nos artigos 12º²⁴ ao 15º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Ademais, na lição de Flávia Piovesan, a Declaração Universal de 48 desempenha um papel de grande impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos são incorporados por Constituições nacionais e, não raro, guiam as decisões jurisprudenciais. O mesmo ocorre na seara internacional, inspirando instrumentos voltados à proteção dos direitos humanos, além de ser referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas. (PIOVESAN, 2015, p.226)

Por fim, Cassin (1974, p. 397) evidencia que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reúne um conjunto de direitos que possibilita ao homem desenvolver sua

²⁰ Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Art. 1º "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

²¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Op. cit. p. 136.

²² "Quando pessoas tem que abandonar seus lares para escapar de uma perseguição, toda uma serie de direitos humanos são violados, inclusive o direito à vida, liberdade e segurança pessoal, o direito de não ser submetido a tortura, o direito à privacidade e à vida familiar, o direito à liberdade de movimento e residência e o direito de não ser submetido a exílio arbitrário Os refugiados abandonam tudo em troca de um futuro incerto em uma terra desconhecida. É assim necessário que as pessoas que sofram esta grave violação aos direitos humanos possam ser acolhidas em um lugar seguro, recebendo proteção efetiva contra a devolução forçosa ao país em que a perseguição ocorre e tenham garantido ao menos um nível mínimo de dignidade". Cf. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 123.

²³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Op. cit. p. 140.

²⁴ Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Art. 12º: "Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

personalidade física, moral e intelectual, sendo que, tais direitos são direcionados a todos os homens independente de raça, país, sexo, religião ou regime político, são direitos universais. Para o autor, a partir da aprovação da Declaração de 48 a comunidade internacional admite o indivíduo como membro de uma sociedade humana, não apenas membro cidadão de um determinado país, mas cidadão do mundo pela condição que, por ora, lhe é inerente, a de sujeito de direito internacional e portanto, titular da devida proteção internacional.

Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de 1967

A proteção específica aos refugiados de âmbito internacional advém da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, que foi editada em Genebra, em 28 de julho de 1951 e do seu Protocolo de 1967. A referida Convenção é de importância tal, que foi considerada a "Carta Magna" da comunidade refugiada, sendo o primeiro tratado internacional que regula a condição do refugiado, de forma geral, estabelecendo, também, seus direitos e deveres.

Didaticamente, pode-se afirmar que a Convenção de 1951 contém três importantes disposições, a primeira diz respeito à definição de refugiado, a segunda versa sobre o estatuto jurídico dos refugiados, seus direitos²⁵ e deveres, e por fim, trata da aplicação de instrumentos em âmbito administrativo e diplomático.

A princípio, a Convenção de 1951 continha duas limitações: uma geográfica, pois se referia somente à eventos ocorridos na Europa, outra temporal, já que, era direcionada à fatos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951.

Com o advento do Protocolo adicional à Convenção, em 1967, tais limitações foram extirpadas da Convenção. O Protocolo tinha por finalidade fazer com que todas as outras pessoas na situação de refugiado pudessem ser abrangidas pela proteção convencional.

O Brasil se tornou signatário da Convenção e a promulgou no ordenamento interno pelo Decreto n. 50.215, em 28 de janeiro de 1961. Porém a limitação geográfica (de apenas receber refugiados vindos do continente europeu) permaneceu no Estado brasileiro. O Protocolo de 1967 foi promulgado internamente no Brasil em agosto de 1972, sendo superada

²⁵ Sobre os direitos dos refugiados estabelecidos na Convenção de Genebra, Flávia Piovesan pontua: "os refugiados tem os seguintes direitos: a) o direito de não sofrer discriminação por motivo de raça, religião ou país de origem (art. 3º); b) o direito à liberdade religiosa e liberdade de instrução religiosa dos seus filhos (art. 4º); c) o direito a aquisição de propriedade (art. 13º); d) a proteção a propriedade intelectual e industrial (art 14º); e) o direito de associação (art.15º); f) o direito de livre acesso ao Poder Judiciário e a assistência jurídica (art.16º); g) o direito ao trabalho (art 17º); h) o direito à educação, devendo os Estados conceder-lhes o mesmo tratamento que aos nacionais em matéria de ensino primário (art 22); i) documentos de identidade (art 27)." Cf. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Op. cit. p. 134.

a limitação temporal, porém, a limitação geográfica somente foi eliminada em 1989, através do Decreto n. 98.602²⁶.

Importante notar, que a Convenção de 1951 consagra alguns princípios de proteção dos refugiados, nos quais os diplomas nacionais e internacionais vêm se inspirando ao regular o instituto do refúgio. Segundo dados do ACNUR, atualmente, quase 150 países são signatários da referida Convenção.²⁷

Entre as principais disposições da Convenção, em conjunto com as do seu Protocolo, destaca-se a definição básica do termo refugiado, da qual está em sintonia com a definição anteriormente mencionada no que tange à perseguição ou fundado temor desta.

Outro ponto relevante é que a Convenção consagra o princípio do *non-refoulement*²⁸ (não devolução), em que, de maneira alguma, os países signatários da Convenção poderão expulsar ou rechaçar o refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade estejam ameaçadas. Entretanto, a regra do princípio da não devolução não se aplica ao refugiado que, por motivos sérios, seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do país de refúgio²⁹.

Ressalta-se, por fim, a proteção jurídica dispensada aos refugiados no que tange ao direito de acesso à justiça, é o que dispõe o art. 16 que assegura aos refugiados o direito de propor ações em juízo com o livre e fácil acesso aos tribunais e com igual tratamento recebido

²⁶ Sobre o tema: Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2.ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167.

²⁷ Sobre esses dados ver: ACNUR. *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. ACNUR, 2016. Disponível em:

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/Protegendo_Refugiados_no_Brasil_e_no_Mundo_2016>. Acessado em: 10/10/2016.

²⁸ Caio Paiva ressalta que além da clássica definição do *non-refoulement* existe ainda uma vertente indireta do princípio que foi, inclusive, reconhecido pela Corte IDH no caso da Família Pacheco, a ser examinado mais adiante no capítulo quinto deste trabalho: “(...) O princípio do *non-refoulement* indireto (ou ‘por ricochete’) – ainda pouco abordado pela doutrina brasileira, mas muito caro à doutrina europeia – consiste na proibição de enviar o refugiado ou o requerente de asilo para um país a partir do qual possa ser reenviado para um terceiro Estado onde possa vir a sofrer determinado tipo de perseguição ou ainda risco de violação de sua vida ou liberdade. O desrespeito do princípio do *non-refoulement* indireto gera a responsabilidade de ambos os Estados envolvidos no ciclo de envios do indivíduo. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), a vertente indireta do princípio da proibição do rechaço estaria contida implicitamente dentro do art. 33º da Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. O princípio do *non-refoulement* indireto também é chamado de *indirect-refoulement* ou, ainda, *chain refoulement*.” (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 526)

²⁹ Essa cláusula de exceção será questionada *a posteriori*, como subterfúgio para a não concessão da refúgio, já que pode ser interpretada subjetivamente e de acordo com os interesses dos Estados.

pelos nacionais, incluindo-se a garantia de uma assistência judiciária e a isenção da *cautio judicatum solvi* (caução de processo).³⁰

Declaração de Nova York para os refugiados e migrantes de 2016

É oportuno fazer referência à Declaração de Nova York sobre refugiados e migrantes, que foi resultado de um compromisso entre 193 países das Nações Unidas, em 19 de setembro de 2016, com o fito de reforçar a proteção das pessoas que se deslocam de seus países de origem por perseguições, conflitos armados, violação de direitos humanos generalizada, conforme amiúde mencionado.

Como já enunciado, apesar de uma Declaração não possuir valor legal, os países que dela participam a tomam como parâmetro na elaboração dos diplomas legais, reproduzindo, por vezes, na íntegra os seus preceitos, assim como ocorre com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é considerada um paradigma na elaboração de muitas Constituições, inclusive para a Constituição Federal do Brasil.

Entre os principais objetivos desta Declaração, tem-se a adoção de um Pacto Mundial para o ano de 2018 e um projeto de Respostas Integrais à situação dos refugiados.

Devido ao grande aumento da mobilidade humana nos últimos anos, a Declaração de Nova York estabelece uma maior co-responsabilidade entre os países de acolhida, através de princípios, compromissos e entendimentos, tudo em respeito aos direitos humanos, inclusive compromissos comuns direcionados aos refugiados e migrantes, bem como, compromissos específicos, ora para refugiados, ora para migrantes apenas.

Dentre os compromissos assumidos na Declaração de 2016, destaca-se o empenho por uma migração segura, ordenada e regular, bem como, a garantia de uma acolhida rápida, respeitosa, humana e digna a todas as pessoas que chegam às fronteiras nacionais, sejam refugiados ou migrantes.³¹

Outros dispositivos comuns às duas categorias de indivíduos são: o combate à exploração, racismo e xenofobia; o socorro de vítimas nas estradas; a garantia de que os

³⁰ ACNUR. *Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*. Genebra, Dezembro de 2011.

³¹ Cf. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. Disponível em: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1>>. Acessado em: 10/10/2016.

procedimentos de fronteira estejam em total consonância com o devido processo e com o Direito Internacional.³²

A Declaração reafirma que a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, são as bases do regime internacional de proteção aos refugiados e ainda, em diversas partes do seu texto, nota-se uma preocupação especial direcionada às mulheres, às pessoas com necessidades médicas e às crianças refugiadas, sobretudo as que chegam sozinhas às fronteiras nacionais, garantindo à estas, dentre outras coisas, o suprimento das suas necessidades básicas como direito a saúde e educação, bem como, alerta para que os países signatários adotem medidas para manter a unidade familiar.

Em relação aos compromissos direcionados apenas à questão dos refugiados, destacam-se: o reconhecimento expresso de que a proteção aos refugiados e a assistência aos países de acolhida são responsabilidades compartilhadas entre a comunidade internacional; o oferecimento de respostas às situações de emergências com o devido financiamento; melhores vias para que os refugiados sejam acolhidos nos países, incluindo o aumento do reassentamento; o apoio às Respostas Integrais para os refugiados envolvendo todas as partes interessadas; e o empenho para a adoção do Pacto Mundial sobre Refugiados em 2018.³³

No tocante ao Pacto Mundial previsto para 2018, este será formalmente adotado pelos Estados-membros das Nações Unidas em uma conferência intergovernamental a ser realizada nos dias 10 e 11 de Dezembro de 2018, em Marrakesh, no Marrocos.

Apesar de ainda não ter sido anunciado formalmente, o texto do Pacto foi finalizado em 13 de julho de 2018, após aproximadamente dois anos de discussões e consultas entre os Estados-membros, autoridades locais, sociedade civil e migrantes.

O documento denominado “Pacto Global para Migração Segura, Ordeira e Regular” incluirá o Marco Integral de Resposta aos Refugiados (CRRF, em inglês), consoante acordado pelos Estados-membros na Declaração de Nova York e um Programa de Ação baseado no CRRF, que visa um melhor gerenciamento da migração internacional, através do compartilhamento de responsabilidades entre Estados, em resposta aos movimentos de refugiados em grande escala, além de fortalecer os direitos dos migrantes, como um melhor

³² Cf. FLEMING, Melissa. *Cumbre de las Naciones Unidas sobre Refugiados y Migrantes*. ACNUR, 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/noticias/noticia/cumbre-de-las-naciones-unidas-sobre-refugiados-y-migrantes/>>. Acessado em: 11/10/2016.

³³ Cf. ACNUR. *Declaración de Nueva York sobre refugiados y migrantes - Por qué es importante*. ACNUR, 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10902>>. Acessado em: 11/10/2016.

acesso a saúde, educação e meios de subsistência, e inclui a contribuição para um desenvolvimento sustentável.

Na ocasião da Declaração de Nova York foi assinalado alguns objetivos desse Pacto como a atenuação da pressão sobre os países de acolhida; a promoção da auto-suficiência dos refugiados; expansão das soluções nos Estados que recebem os refugiados e apoio aos países de origem no sentido de possibilitar um retorno dos refugiados com segurança e dignidade.

Apesar de não ser juridicamente vinculativo, as autoridades envolvidas na formulação do Pacto Global o estima como meio de equilíbrio entre o direito das pessoas e a soberania dos Estados. Nesse senda, destaca-se que a Áustria já se manifestou que não assinará o compromisso internacional por questões de soberania³⁴.

Cita-se como normas complementares e que podem ser aplicadas subsidiariamente ao Direito Internacional dos Refugiados os principais tratados internacionais de direitos humanos (tratados Onusianos): a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; a Convenção sobre os Direitos das Crianças; a Convenção contra toda forma de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra toda forma de Discriminação Racial; a Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores e Trabalhadoras Migrantes e a Convenção sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

2.1.2 Âmbito regional

Convém esclarecer que a normativa regional se deu em função da necessidade de adaptação às peculiaridades e necessidades de cada região, são portanto, complementares aos instrumentos de proteção internacional sobre refúgio (uma vez que foram inspirados nestes diplomas de amplitude maior). De mais a mais, acaba por ser mais um fator de consolidação do Direito Internacional dos Refugiados.

Consoante aponta José Henrique Fischel de Andrade:

El objetivo de un enfoque político regional es mitigar las fallas y deficiencias de La Convención de 1951 con relación a las migraciones forzadas modernas, y adaptar la legislación internacional a la problemática de los refugiados a nivel regional. En este proceso, los instrumentos regionales deberán necesariamente incorporar y ser compatibles con

³⁴ Conferir em: “Comentando retirada da Áustria, Assembleia Geral diz esperar ‘conferência forte’ sobre pacto para migração”. (ONU NEWS, 2018). Disponível em: < <https://news.un.org/pt/story/2018/11/1645752>>. Acessado em: 02.11.2018.

principios universales, y deberán ser interpretados y aplicados de acuerdo con dichos principios. Los principios regionales no están orientados a prevalecer sobre aquellos de carácter universal, mas bien a complementarlos donde quiera que sea necesario. Como una consecuencia de ello, los fenómenos regionales deberán ser analizados y enfrentados de manera paralela a los universales. (ANDRADE, 2001, p.78)

Se analisará, a seguir, as bases normativas de proteção aos refugiados no plano europeu e interamericano.

2.1.2.1 Normativa Europeia

Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950

O pilar dos sistema normativo europeu de proteção aos direitos humanos é a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, adotada em Roma e com vigência a partir de setembro de 1953. Salienta-se que no texto original da Convenção não há previsão expressa sobre o direito ao refúgio, dessa forma, valem-se do art. 3º como meio de salvaguardar o princípio do *non-refoulement*, que estabelece: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

Não restam dúvidas quanto à importância normativa da referida Convenção como marco do desenvolvimento dos direitos humanos no continente europeu, contudo, há severas críticas à tal documento na medida em que o texto convencional possibilita derrogações, exceções e restrições, comprometendo a plena eficácia dos direitos ali consagrados.

Nota-se, dessa forma, um paradoxo entre o objetivo do Conselho Europeu na proteção dos direitos humanos face o desinteresse dos Estados em flexibilizar suas soberanias. Nesse contexto, cabe a Corte Europeia o controle dessas cláusulas de derrogação, exceção e restrição a fim de evitar o abuso por parte dos entes estatais.

De resto, a despeito de não haver norma específica sobre o instituto do refúgio na Convenção Europeia, foram elaboradas ao longo do tempo um arcabouço normativo sobre refugiados, direcionado aos países membros do Conselho Europeu, destacam-se: o Acordo Europeu relativo à Supressão de Vistos para os Refugiados de 1959; a Resolução 14ª sobre a Concessão de Asilo a Pessoas ameaçadas de Perseguição de 1967; a Declaração sobre Asilo Territorial de 1977; o Acordo Europeu sobre a transferência da Responsabilidade relativa a Refugiados de 1980; a Recomendação sobre Harmonização de Procedimentos Nacionais Relativos ao Asilo de 1981; a Recomendação Relativa à Proteção de Pessoas que satisfazem

os Critérios da Convenção de Genebra e que não são Formalmente Reconhecidas como Refugiados de 1984; a Recomendação n. 22 de 1997, que contém diretrizes sobre a aplicação do conceito de “terceiro país”; a Recomendação do Comitê de Ministros aos Estados-membros sobre a proteção temporária de 2000; a Recomendação do Comitê de Ministros aos Estados-membros sobre medidas de detenção de solicitantes de asilo de 2003, dentre outras.

2.1.2.2 Normativa Interamericana

Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969

A proteção internacional normativa dos direitos humanos no sistema interamericano tem por norte principal a Convenção Americana de Direitos Humanos elaborada em 1969 e com entrada em vigor a partir de julho de 1978, denominada também como Pacto de San José da Costa Rica, que foi ratificado pelo Brasil somente em 1992.

No que concerne ao direito de refúgio, pode-se destacar da Convenção Americana de 1969 os §§ 7º e 8º do artigo 22º, que dizem respeito ao direito de circulação e residência e do princípio do *non-refoulement*, respectivamente³⁵.

O Caso da Família Pacheco Tineo v. Bolívia, que será examinada em capítulo próprio, foi o primeiro caso específico sobre refúgio do qual a Corte Interamericana julgou, a decisão condenou a Bolívia por violar, dentre outros ordenamentos, os dispositivos acima mencionados, art. 22ª, §§ 7º e 8º da Convenção.

Declaração de Cartagena sobre refugiados

A Declaração de Cartagena sobre os refugiados de 1984, de âmbito regional, que se originou da reunião de países latino-americanos³⁶ no “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, adotou a definição ampliada de refugiado, estabelecendo que, além da concepção

³⁵ Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Art. 22. §7º: “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 os convênios internacionais” e §8º: “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”.

³⁶ A referida Declaração é fruto do encontro de dez países, são eles: a Guatemala, Belize, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica, México, Panamá, Colômbia e Venezuela, e como dito, foi realizado em 1984 na cidade de Cartagena das Índias, na Colômbia.

contemplada na Convenção de 1951, hão de ser considerados como refugiados todas as pessoas que tenham fugido dos seus países porque sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada; agressão estrangeiras; conflitos internos; violação maciça de direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.³⁷

Assim como ocorre na Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração de Cartagena não tem natureza jurídica vinculante (*soft law*), contudo, exerce influência na proteção dos refugiados no plano dos países latino-americanos, sendo considerada um direito costumeiro regional.

Neste importante documento destaca-se, além da definição ampliada de refugiado, a consagração dos direitos humanos, em diversos dispositivos, destinados aos refugiados, reitera o princípio do “*non-refoulement*”, bem como, sob influência da DUDH de 1948, defende os direitos econômicos, sociais e culturais dos refugiados, através de possibilidades de integração dos refugiados na vida produtiva do país.³⁸

Ressalte-se, que esta Declaração ratifica a natureza pacífica, apolítica e exclusivamente humanitária do reconhecimento da condição de refugiado, conclama os países participantes para o estabelecimento de um “regime sobre tratamento mínimo para os refugiados” com base nos preceitos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 e na Convenção Americana dos Direitos Humanos.

O Brasil incorporou os preceitos da Declaração de Cartagena em 1997, na ocasião da promulgação da Lei brasileira específica sobre refugiados, de n. 9.474.

Outros importantes documentos regionais podem ser citados como referencial de proteção aos refugiados, a análise pormenorizada de cada um fugiria ao objetivo do presente trabalho, são eles: a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na America Latina de 2004; a Declaração de San José sobre Refugiados e Deslocados Internos de 1994; a Declaração de Brasília sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano de 2010; a Declaração de Brasília de 2014, dentre outros. Frisando-se que tais declarações não possuem poder vinculante, mas não deixam de ser instrumentos de consolidação da proteção dos refugiados.

³⁷ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

³⁸Cf. *Declaração de Cartagena*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_de_Cartagena>. Acessado em: 10/10/2016.

2.2 OS REFUGIADOS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO NACIONAL

No plano nacional destaca-se, a Constituição Federal de 1988, que é dotada de princípios e regras de excepcional importância na defesa dos refugiados, representando as bases legais de todo um sistema protetivo nacional voltado às pessoas em condições de vulnerabilidade.

Outrossim, têm-se, desde o ano de 1997, a Lei n.9.474, que adota o conceito clássico de refugiado da Convenção de 1951 conjugado com a concepção ampliada da Declaração de Cartagena. A Lei nacional, dentre outras coisas, fixa os critérios e procedimentos para concessão do *status* de refugiado, além de estabelecer os direitos e deveres destes.

E mais recentemente, a Lei 13.445 de 2017, considerada como avançada na temática migratória, pois tem como foco central a prevalência dos direitos humanos nas políticas de migração, tendo revogado o Estatuto do Estrangeiro até então vigente, mas fora do contexto democrático que o país se encontra.

2.2.1 Âmbito Constitucional

Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 dispõe de princípios e regras, que asseguram a proteção aos refugiados no Brasil. Ainda que não trate diretamente do instituto do refúgio, é possível se extrair do texto constitucional as bases legais do direito dos refugiados, a seguir conferidas.

O artigo 1º, da referida Constituição, estabelece que um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, por sua vez, o artigo 3º elenca os objetivos fundamentais do Brasil, entre eles, o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ademais, o *caput* do artigo 5º, que está inserido no Título dos direitos e garantias fundamentais, adverte que:

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.

Convém, fazer menção, ao artigo 4º da Constituição, que, ao mencionar os princípios regentes das relações internacionais, considera, dentre outros, a prevalência dos direitos

humanos; autodeterminação dos povos; a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e a concessão de asilo político.³⁹

É possível verificar, ainda, que a Carta Magna reconhece outros direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Nota-se, com isso, a extrema importância dos diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos, sobretudo para o presente estudo, os relacionados aos refugiados.

2.2.2 Âmbito legal

Lei 9.474/1997

Há no Brasil uma legislação específica sobre refúgio, a Lei 9.474 de 22 de julho de 1997, que é considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como moderna, abrangente e generosa⁴⁰. Essa lei foi desenvolvida com fundamento nos direitos humanos e adota, além da definição de refugiado, prevista na Convenção de 1951, o conceito ampliado constante na Declaração de Cartagena de 1984, considerando a “violação generalizada de direitos humanos” como uma das causas de reconhecimento da condição de refugiado.

Dentre as principais finalidades da Lei 9.474, constata-se a definição de mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, o estabelecimento de critérios para reconhecimento da condição de refugiado, além da indicação do procedimento de tal reconhecimento.

Segundo o artigo 1º, incisos I, II e III, é considerado refugiado no Brasil todo indivíduo que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção dele; ou 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 anteriormente e, por fim, aquele que devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

³⁹ Parte da doutrina entende que o inciso X do art. 4º da CF/88, trata exclusivamente do instituto do asilo político. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. op.cit. p.789. Outros consideram que o referido inciso deve ser compreendido como o direito à concessão de asilo em seu sentido amplo, estando inserido nesta última acepção o direito ao refúgio. Cf. JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo : Método, 2007, p.181.

⁴⁰ Cf. BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. Breves comentários à Lei Brasileira de Refúgio. In BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1ª ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 152.

Um dos aspectos mais relevantes da Lei 9.474, foi a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão presidido pelo Ministério da Justiça, porém composto por múltiplos ministérios do governo, por um representante do Departamento de Polícia Federal e por um representante de organização não governamental, que se dedique à atividades de assistência e proteção de refugiados no país. O CONARE, tem por principal função reconhecer e tomar decisões sobre a condição de refugiados no Brasil, atuando na formulação de políticas públicas voltadas a esse contingente.

Ressalte-se que, assim como dispõe a Convenção de 1951 sobre o princípio do *non-refoulement* (que proíbe a devolução do refugiado para um país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco em razão de perseguição), a legislação brasileira também o consagra, em seu art. 7º § 1º, o que é de essencial importância à preservação dos direitos do refugiado ou solicitante de refúgio.

Importante, ainda, notar que, a Lei, ora em comento, em seu artigo 48, faz menção direta à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, advertindo que a interpretação dos seus dispositivos devem estar em harmonia com a Declaração, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu Protocolo, e ainda, com todo instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido. Depreende-se desse enunciado que deverá prevalecer a interpretação mais favorável aos refugiados para preservação da harmonia aduzida na legislação.⁴¹

Lei 13.445/2017

A recente Lei de Migração brasileira de n. 13.445 de 24 de março de 2017 têm sido referenciada como o novo paradigma jurídico no trato da questão migratória no país, deixando para trás o anacrônico Estatuto dos Refugiados de viés autoritário (adotado na ditadura militar) e voltado às questões de segurança nacional e a Lei 818/49 (que regulava a aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade).

Composta por 125 artigos, a legislação vigente prima pela proteção dos direitos humanos dos migrantes em harmonia com o que prescreve a Constituição da República e os tratados internacionais do qual o Brasil faz parte. Mesmo que suscetível de críticas, pode-se

⁴¹ Sobre esse entendimento, assinala Luiz Paulo Teles Ferreira : “Os dispositivos desta lei devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros instrumentos internacionais referentes ao refúgio, sempre tentando também verificar o que é mais favorável ao refugiado nesses dispositivos. São todos instrumentos que outorgam completo sistema internacional de proteção à vítimas de perseguição e, em razão disso, devem ser analisados e interpretados de maneira uniforme. Isso para evitar que qualquer interpretação da lei brasileira seja mais restritiva do que aquela interpretação prevista em instrumentos internacionais de proteção aos refugiados”. Cf. BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *Breves comentários à Lei Brasileira de Refúgio*. Op.cit. p. 200.

considerar uma grande mudança que adapta o país às expectativas atuais sobre a migração e reflete subsidiariamente na legislação específica dos refugiados.

No tocante a priorização dos direitos humanos, destaca-se o que está disposto no art. 3º, I e XV, nos quais os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos são consagrados⁴², assim como os art. 3º, XVIII, que estabelece a observância dos tratados dos quais o Brasil seja parte.

Tem, ainda, como importante prescrição a garantia no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos e o direito à liberdade de circulação em território nacional (art. 4º, *caput*, incisos I e II).

Outro aspecto relevante é o repúdio à discriminação, a proibição do rechaço aos migrantes com a não criminalização da migração (art. 3º, inciso III), evitando, assim, deportações sumárias (art. 3º, inciso XXII), além da possibilidade do amplo acesso à justiça, inclusive através da atuação da Defensoria Pública da União (art.4º, inciso IX), da garantia de acesso a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (art. 3º, inciso XI)

Houve a desburocratização da documentação do estrangeiro como a dispensa recíproca de visto ou a isenção das taxas e emolumentos consulares definidas por comunicação diplomática (art. 9º, parágrafo único), dispensa de taxas para concessão de vistos ou outros documentos de regularização, sob a comprovação de hipossuficiência econômica (art.4º, inciso XII), a instituição do visto temporário para acolhida humanitária em casos grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, dentre outras hipóteses (art. 14º, § 3º).

Em consonância com o princípio do *non-refoulement*⁴³ estão parágrafo único do art.45º da referida Lei, que assegura que ninguém será impedido de ingressar no país por

⁴² Cf. Lei 13.445/2017 - Art.3º: “A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; (...) XV - cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante”.

⁴³ Ainda em harmonia com o *non-refoulement* acrescenta-se o artigo 62: “Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal”.

motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política, além do § 4º do art. 49º, que dispõe:

Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa.

Como principal crítica aos vetos que a nova Lei sofreu, a doutrina⁴⁴ aponta o do § 2º do art. 1º, que garantia do direito à livre circulação dos povos indígenas em terras tradicionalmente ocupadas. O veto a este dispositivo oferece razões para um trabalho em apartado, que, por ora, foge ao tema central aqui debatido.

2.2.3 O processo de concessão do *status* de refugiado no Brasil

Consoante o relatório de 2017 do Comitê Nacional para os Refugiados⁴⁵ (CONARE), registrou-se no Brasil uma população de 10.141 refugiados reconhecidos, provenientes de mais de 80 países diferentes, com um acúmulo de mais de 86 mil pedidos de refúgio a serem analisados pelo CONARE.

Os solicitantes de refúgio no Brasil aumentaram, demasiadamente, nos últimos anos, mormente em face da crise política, econômica e social que assola a Venezuela (17.865 solicitações de reconhecimento da condição de refugiados em 2017 por venezuelanos).

Para aqueles que chegam ao Brasil em busca de refúgio, pelo motivos supramencionados, o artigo 7º, da Lei 9.474/97, prevê que é possível realizar uma solicitação, informalmente, a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, que por sua vez, orientará o solicitante de refúgio à realização do procedimento formal, para a obtenção do *status* de refugiado. Assinale-se que o procedimento aqui mencionado tem natureza administrativa, desenvolvido em duas instâncias, uma pelo CONARE e a terceira pelo Ministro da Justiça.

⁴⁴ Nas palavras de André de Carvalho Ramos: “De se lamentar a grande maioria dos vetos impostos no momento da sanção presidencial, em especial o referente à garantia do direito à livre circulação dos povos indígenas em terras tradicionalmente ocupadas (artigo 1º, § 2º), e o relativo à anistia e regularização migratória (artigo 116)” (RAMOS, 2017). Cf. RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. *In. Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em 29.09.2018.

⁴⁵ Cf. ACNUR. *Refúgio em números*. CONARE, 2017. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf> Acessado em 10/09/2018.

Imperioso notar que, em consonância com os tratados de direitos humanos que o Brasil é signatário e com a Lei 9.474/97 (art. 8º), os solicitantes de refúgio não podem ser devolvidos ou expulsos das fronteiras nacionais para territórios onde suas vidas ou liberdade estiverem em risco, conforme o princípio da não devolução ou "*non-refoulement*".

Em linhas gerais, o processo administrativo para obtenção do refúgio no Brasil, como aludido anteriormente, começa com uma solicitação formal junto aos órgãos competentes (Delegacia da Polícia Federal). Tal pedido será encaminhado pela Polícia Federal ao CONARE, que o analisará e decidirá se o caso do solicitante se enquadra nas condições de refugiado ou não⁴⁶. A decisão final do pedido de refúgio pode levar até dois anos.

No período de análise do pedido de refúgio, o solicitante recebia por autorização do CONARE, um Protocolo Provisório⁴⁷ de solicitação de refúgio, similar a um documento de identidade até a análise final do seu caso.

Com a publicação do Decreto n. 9.277 em fevereiro de 2018, os solicitantes de refúgio adquiriram um novo Documento Provisório emitido gratuitamente pela PF (Polícia Federal) e entregue junto com o protocolo do pedido de refúgio. Este documento é válido enquanto durar o processo de solicitação de refúgio e possui os mesmos efeitos do antigo protocolo – entre eles, o direito ao Cadastro de Pessoa Física (CPF) e à Carteira de Trabalho.

Dessa forma, os solicitantes de refúgio no Brasil tem, temporariamente, a permanência regularizada, com a garantia do direito ao trabalho e acesso aos serviços públicos de saúde e educação.

Se a decisão do CONARE, referente ao pedido de refúgio, for positiva, o solicitante deverá procurar a Polícia Federal para fazer o Registro Nacional de Estrangeiros (RNE). Por outro lado, se a decisão for pelo não reconhecimento do refúgio, o solicitante será notificado da decisão e terá o prazo de 15 (quinze) dias para, querendo, protocolar recurso na Polícia Federal, o qual será analisado pelo Ministério da Justiça⁴⁸.

Vale salientar que, a decisão que concede ou denega o refúgio deverá ser devidamente fundamentada⁴⁹ e, além disso, possui natureza declaratória, com efeito *ex tunc*, o que é

⁴⁶ Cf. Lei 9.474/97, Art. 12. "Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados: I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado."

⁴⁷ Cf. Lei 9.474/97, Art. 28. "No caso de decisão positiva, o refugiado será registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, devendo assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente."

⁴⁸ Cf. Lei 9.474/97, Art. 29. "No caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação".

⁴⁹ Cf. Lei 9.474/97, Art. 26. "A decisão pelo reconhecimento da condição de refugiado será considerada ato declaratório e deverá estar devidamente fundamentada".

possível perceber, desde logo, que a condição de refugiado existe antes mesmo da decisão ocorrer.

Cumpra, por fim, ressaltar que o art. 31 da Lei em comento adverte que a decisão do Ministro da Justiça é irrecorrível, ou seja, a manifestação decisória do ministro é a última instância administrativa do processo. Dessa constatação pode-se questionar se ainda é possível a análise do caso pelo Poder Judiciário, caso o solicitante de refúgio reste insatisfeito com a decisão na seara executiva e se há uma discricionariedade da Administração Pública quanto às tais demandas.

Nessa senda, apesar da maioria das decisões judiciais manterem as deliberações do CONARE⁵⁰, sob o fundamento de que é ato discricionário do Poder Executivo no exercício de suas funções de gestão das relações internacionais, se amparando no princípio da separação dos Poderes, resta claro que socorrer-se do Judiciário em busca de uma decisão justa, após o trâmite administrativo de solicitação do refúgio, é um direito fundamental dos refugiados, baseado nos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Pois, consoante já mencionado, as normas internacionais, regionais e nacionais prezam por proteção integral aos seus direitos, e entre estes direitos inclua-se o direito de judicialização do refúgio com todas as garantias do acesso à justiça.

Vale dizer, quanto ao argumento da discricionariedade ilimitada do Estado, este resta superado, sobretudo quando se trata de direitos humanos, e mais, o advento do Estado Democrático de Direito fez com que a legislação fosse interpretada sob um viés axiológico, o que, por consequência, permitiu uma maior interferência do Judiciário nos atos da Administração Pública, na medida em que esses atos já não podem ser executados com base na interpretação estritamente formal da lei, mas sobretudo, com base nos valores e princípios do ordenamento jurídico.

Outrossim, de acordo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵¹ a discricionariedade do agente público deve proceder de modo que satisfaça a finalidade legal. No caso dos

⁵⁰ Sobre as decisões judiciais no Brasil dos processos que questionam a decisão do Conare: “A maioria das decisões judiciais em todo o país não tem modificado as deliberações do Conare, porque prevalece o entendimento de que se trata do órgão especializado e legítimo para tratar do refúgio. O ministro da Justiça funciona, no caso, como instância recursal que pode ratificar ou retificar a decisão do Conare.[...] As decisões judiciais têm sido, em sua grande maioria, no sentido de manter a decisão do Poder Executivo por uma questão de competência. Vários juízes reconhecem que compete ao Poder Executivo, e não ao Poder Judiciário, dizer quem é refugiado e quem deve permanecer como refugiado no Brasil.” Cf. BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *Breves comentários à Lei Brasileira de Refúgio*. Op.cit. p. 194-195.

⁵¹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed, 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15.

refugiados e de todos os grupos sociais vulneráveis, a finalidade estampada na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos, é que a dignidade da pessoa humana deve ser assegurada e certificada em todas as instâncias, quer administrativa ou judicial.

E no que tange à separação dos poderes tal princípio deve ser compreendido de forma cooperativa, ultrapassando uma acepção literal de separação hermética e consolidando o já admitido sistema de freios e contrapesos⁵², com o mais essencial objetivo de efetivação da dignidade humana.

Nota-se que, apesar da avançada legislação brasileira sobre refugiados, o sistema de proteção nacional desse contingente é passível de críticas, como a dificuldade de judicialização do pedido de refúgio, bem como, a demora da decisão final do CONARE, podendo ultrapassar, como mencionado, mais de dois anos.

Resta patente que, o Brasil ainda possui desafios a serem superados nas esferas políticas e jurídicas no que diz respeito ao acolhimento dos refugiados.

⁵² Montesquieu afirma que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo órgão fosse incumbido de exercer os três poderes, assim, o cerne da sua afirmação reside na divisão de funções e não apenas na divisão dos órgãos em si, bem como, na possibilidade de cada órgão controlar os demais, surgindo assim a teoria do sistema de freios e contrapesos (checks and balances), como forma de assegurar o equilíbrio e harmonia entre os Poderes do Estado. Cf. SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34

3 PANORAMA ATUAL DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS NA UNIÃO EUROPEIA E BRASIL

Feito essas ponderações de cunho institucional e normativo, forçoso é reconhecer que apesar dos órgãos internacionais, como a própria ONU, desenvolverem mecanismos de fiscalizações e cobrança de providências frente as massivas violações de direitos humanos no âmbito dos Estados, na prática, a atuação desses órgãos não passam de meras recomendações e conselhos, sendo, portanto, a soberania estatal a grande barreira a ser ainda ultrapassada.

Fica, pois, ao alvedrio dos governos acolher ou não essas recomendações, não havendo sanções por parte desses órgãos, que mais desenvolvem tarefa consultiva, se há alguma espécie de punição é de caráter ético-moral, isto é, uma admoestação e descrédito diante de toda comunidade internacional.

Na clássica lição de Hathaway (2005, p. 279), a necessidade mais premente dos refugiados é a promoção de uma entrada segura em um território onde estará protegido do risco de perseguição. Contudo, o autor pondera que este conceito fundamental precisa ser compatibilizado com o fato de que todos os territórios do planeta em que há um governo estabelecido, em maior ou menor nível, estabelecem restrições ao acesso de não cidadãos. O resultado desse choque de fatores produziu “soluções” diversas, desde o arrendamento de terras em Estados onde os refugiados pudessem se abrigar, até o estabelecimento de santuários dentro dos próprios territórios dos seus países de origem, supervisionados pela comunidade internacional, onde supostamente o grupo de perseguidos poderia se estabelecer de forma segura. Até o momento, no entanto, as autoridades e os recursos internacionais limitados impediram que essas opções substituíssem a entrada em um estado estrangeiro como o meio mais lógico de se obter segurança.

Neste contexto, Hathaway invoca duas probabilidades: a de que refugiados tenham negados os pedidos de admissão em um país estrangeiro e sejam devolvidos ao risco de perseguição em seu estado natal, ou sejam lançados em órbita perpétua em busca de um estado disposto a autorizar a entrada.

Assim, não obstante o crescente fluxo de mobilidade humana as estruturas governamentais da migração na maioria dos países receptores não acompanham esse ritmo⁵³,

⁵³ Nas palavras de Helisane Mahlke: “(...) o crescimento exponencial do número de solicitantes de refugio contrasta com a falta de articulação política e institucional capaz de administrar os fluxos cada vez mais numerosos e diversificados quanto à origem e causa do deslocamento forçado” (MAHLKE, 2107, p.1)

por conseguinte as vulnerabilidades são certas desde a saída forçada do país de origem até depois da chegada ao destino final.

Segundo a Organização Internacional para Migrações (OIM) as principais formas de violência, exploração, abuso e violações de direitos no sistema migratório, são: as privações de liberdades ilegais, violações de direitos trabalhistas e obstáculos para o gozo de condições justas e favoráveis de trabalho, a negação ao direito à convivência familiar, detenções arbitrárias, tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, *refoulement*, limitação ilegal à liberdade de ir e vir, negação do direito à nacionalidade (apatridia), escravidão, servidão, limitação ou negação dos direitos de educação e saúde, exploração e abuso sexual e a exploração e abuso de mão de obra (IOM, 2017, p.4)⁵⁴.

No tocante as normas relativas de direitos humanos dos refugiados explanadas no capítulo anterior, não há como negar o grande progresso na melhoria do tratamento de tais pessoas, porém, replica-se o que foi atribuído em relação às instituições de proteção ao refugiado, os Estados conseguem burlar as normas assumidas perante a comunidade internacional, seja em razão da fragmentação de interpretação normativa ou em razão da sobrepujança de sua soberania, ficando o refugiado refém da política estatal, prevalecendo um modelo de proteção local.

A dificuldade da plena efetivação dos direitos humanos no plano estatal é um indicativo de inadequação dos mecanismos de defesa de tais direitos ao alcance dos seus titulares, pois mesmo diante do vigente arcabouço normativo de ampla proteção à todos os migrantes, a sua implementação não é suficiente para conter as vulnerabilidades acima descritas⁵⁵, é o que resta revelado no atual cenário da crise humanitária de refugiados, tanto na Europa como nos países sul americanos, particularmente o Brasil, conforme se verá adiante.

Antes de adentrarmos no “estado da arte” do fluxo de refugiados tanto na Europa quanto na América do Sul, com enfoque no Brasil, necessário se faz compreender, de forma

⁵⁴ Tradução livre. No original: “Key forms of violence, exploitation, abuse, and rights violations experienced by migrants, their families, and their communities include unlawful deprivations of liberty; infringements on rights to work and the enjoyment of just and favourable conditions of work; denial of rights to family life; arbitrary detention; torture; cruel, inhuman, or degrading treatment; *refoulement*; unlawful limitations to freedom of movement; deprivation of rights to nationality (statelessness); slavery; servitude; limitations or deprivations of the rights to education and health; sexual exploitation and abuse; and labour exploitation and abuse”. (IOM, 2017, p.4)

⁵⁵ “While international human rights law is applicable in all circumstances and for all persons, including migrants, it is rarely fully implemented in States’ responses to irregular migration. (...) While many vulnerable migrants are indeed smuggled migrants, and the smuggling protocol sets out specific protections for smuggled migrants in addition to calling for the protection of their rights, most State responses to migrant smuggling have focused on border control and law enforcement efforts and, in general, paid much less attention to the rights and protections elements of the smuggling protocol than they have in the trafficking protocol”. (IOM, 2017, GENEVA)

concisa, uma noção tridimensional do fechamento de fronteiras: geográfico; político-social; cultural-religioso.

A primeira dimensão de fronteira que o refugiado se depara é a física, desde o itinerário até a sua chegada no país de destino, são dificuldades na travessia de um local para outro de várias naturezas que colocam a vida do deslocado em risco. Ao chegar na fronteira territorial do país de destino outra barreira a ser ultrapassada é em relação à documentação, muitas vezes inexistente e o porta voz desse muro territorial, geralmente, é o policial ou o exército do Estado.

A segunda barreira que pode ser compreendida como um verdadeiro fechamento de fronteira é o obstáculo de natureza político-social. Nesse sentido o refugiado se esbarra com a legislação estatal sobre migração, dependendo das decisões políticas para o seu acolhimento ou não, “a fronteira desloca-se para a capital do país, para o Congresso Nacional e para os gabinetes do governo” (GONÇALVES, 2018, p. 573), além da negação dos direitos sociais, como moradia, saúde, educação, trabalho.

E por fim, a terceira fronteira a ser superada é a cultural-religiosa, são dificuldades mais sutis, contudo extremamente danosas e que impedem o estabelecimento do refugiado em um país. Essa barreira se dá através de diferenças de ordem religiosas e culturais, são costumes e conceitos divergentes que acabam por gerar preconceitos, perseguições, isolamento, hostilidades e o migrante alvo dessas ações se encontra em total vulnerabilidade, inclusive expostos a abusos de natureza laboral. (GONÇALVES, 2018)

Fincadas essas perspectivas, vejamos alguns importantes parâmetros da problemática fronteiriça na Europa e no Brasil.

3.1 O FECHAMENTO DE FRONTEIRAS NA UE

A primeira década do sec. XXI é marcada por algumas alterações sociais, crises políticas, conflitos armados, aumento do terrorismo, dentre outros. Nos últimos anos houve uma acentuação dos fluxos migratórios, precisamente a partir de 2011, após a chamada “*Primavera Árabe*” e a eclosão da Guerra da Síria. Junto com o crescimento migratório se intensificou também a radicalização dos discursos xenofóbicos, da seletividade de imigrantes, acolhida dos mais qualificados e o conseqüente fechamento de fronteiras para os demais⁵⁶.

⁵⁶ Um exemplo é o que recentemente ocorre na Itália, no dia 24 de setembro de 2018, houve a elaboração de um decreto aprovado pelo Conselho de Ministros, do qual prevê a extradição de requerentes de refúgio condenados em primeira instância ou que sejam "perigo social" e, ainda, a forte restrição da concessão de vistos de

Toda essa difícil conjuntura coloca a migração no epicentro das questões, sobretudo, de natureza política e jurídica, desafia os atuais mecanismos dos governos e a própria jurisprudência na busca das melhores soluções. E são nos espaços de fronteira que o drama dos refugiados se torna mais perceptível, ganhando a atenção de toda sociedade civil, é lá, nos “*frontier spaces*”, onde o rechaço ou a acolhida se manifestam de forma humana ou não.⁵⁷

Impende ressaltar que após o atentado do 11 de setembro de 2001, nos EUA, seguido do 11 de março de 2004, na Espanha, do 5 de julho de 2005 na Inglaterra, dentre outros, o controle de fronteiras ganhou um rigor maior pelo temor da chegada de terroristas com o fluxo de refugiados e imigrantes. Assim, as políticas migratórias passaram a girar em torno, principalmente, da segurança interna dos países de acolhida.

Na Europa, o direito a livre circulação era tema controverso, onde alguns Estados apenas concediam esse direito a cidadãos da comunidade europeia, outros estendiam a nacionais de países terceiros. Em 1986 a Ata Única Europeia regulamentou a livre circulação comunitária sem adentrar nesse direito aplicado aos estrangeiros, ficando a cargo de cada Estado em separado regulamentar o controle de suas fronteiras externas.

A regulamentação comum das fronteiras externas da Europa se deu a partir de dois instrumentos: O Acordo de Schengen, em 1985 e os Acordos de Dublin, no ano de 1990.

permanência por motivos humanitários: “Em caso de perigo social ou de condenação em primeira instância de um solicitante de refúgio, isso será motivo suficiente para levá-lo a um centro de refugiados e para que sejam iniciados os trâmites para sua expulsão”, disse Salvini, em entrevista ao lado do primeiro-ministro italiano, Giuseppe Conte. O decreto contempla condenações em primeira instância por delitos relacionados com drogas, roubo, violência sexual, violência contra um funcionário público ou lesões graves. A iniciativa tem como meta ‘fazer a Itália mais segura’, afirmou Salvini (...) A concessão de vistos de permanência por motivos humanitários será fortemente restrita e passará a contemplar apenas vítimas de exploração no trabalho, tráfico humano, violência doméstica, calamidades naturais, tratamentos médicos graves ou que tenham reconhecidamente realizado atos de valor para a sociedade. (...) No primeiro trimestre de 2018, as autoridades da Itália examinaram cerca de 23 mil pedidos de refúgio, segundo a Fondazione ISMU, um centro de pesquisas sobre migração. Mais de 61% dos pedidos foram rejeitados, e 21% dos requerentes obtiveram proteção humanitária. Apenas 6% obtiveram o status de refugiados.” (DEUTCHSWELLE, 2018). Cf. DEUTCHSWELLE. *Itália endurece política migratória e reduz proteção humanitária*. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/italia-endurece-pol%C3%ADtica-migrat%C3%ADria-e-reduz-prote%C3%A7%C3%A3o-humanit%C3%A1ria/a-45620843>>. Acessado em: 18.09.2018.

⁵⁷ Sobre a conjuntura atual do fenômeno migratório, Pe. Alfredo J. Gonçalves indica que: “Outro fator que tende a dificultar o direito de ir-e-vir em direção às nações centrais é o avanço dos governos de direita em vários países que, de um ponto de vista histórico, se mantinham mais ou menos abertos. Nas eleições mais recentes dos Estados Unidos, Áustria, Alemanha, Polônia, Inglaterra, França, Itália – constata-se o avanço de partidos e políticos anti-imigração. Aliás, no processo eleitoral desses países, o fenômeno da mobilidade humana figurou como ponto obrigatório dos debates, às vezes o fiel da balança, politizando com isso os deslocamentos humanos de massa. O mais grave é que a politização das migrações, em grande parte dos casos, é sinônimo da criminalização dos migrantes, especialmente após os atentados de 11 de setembro. O caso mais emblemático é a eleição de Donald Trump nos USA. Com isso, ressurgem com nova força as políticas de deportação dos imigrantes irregulares, como também de restrição à entrada de novos imigrantes. Mas ressurgem igualmente os movimentos neofacistas e neonazistas, com atitudes de aberta discriminação, hostilidade e xenofobia. Nas palavras do Papa Francisco, ‘em lugar de pontes, erguem-se muros’. Ou ainda, a ‘cultura da acolhida, do diálogo, do encontro e da solidariedade cede o lugar à globalização da indiferença’” (GONÇALVES, 2018, p. 571)

Diante da desarmonia sobre a livre circulação no âmbito europeu, a França, Alemanha e o Benelux – Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos, decidiram assinar, em 1985, o Acordo de Schengen criando um espaço sem fronteiras internas entre eles, das quais as principais medidas foram a modificação do sistema fronteiriço, o tratamento comum à estrangeiros e o fortalecimento das medidas de segurança (SALGADO, 2018, p. 76). Atualmente participam do Acordo Schengen um total de 26 Estados (22 membros da União Europeia, mais quatro países não membros do referido bloco: Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça)⁵⁸.

Com o Tratado de Amsterdam, em 1997, o Acordo Schengen passa a ser instrumento jurídico da UE, e posteriormente, em 2007, o Tratado de Lisboa reforçou o acordo com a criação de regras mais específicas em matéria de migração.

Houve, assim, um afrouxamento das fronteiras internas, mas em contrapartida, um recrudescimento do controle de fronteiras externas do bloco e mais intensamente depois da crise imigratória de refugiados⁵⁹. Claro é, que a facilitação de migrar e se estabelecer nos países da UE não se estendem aos nacionais de Estados fora do bloco⁶⁰, é o caso dos milhares de refugiados, que chegam a zona de fronteira por razões, sobretudo, de sobrevivência, e muitas vezes se deparam com uma política seletiva de migração, nesse sentido:

(...)No contexto dos Acordos de Schengen, estabeleceram-se as regras pelas quais não comunitários poderiam atuar no mercado europeu de trabalho considerando-se sua qualificação. A distinção conceitual entre qualificados e não qualificados, então, permitiu a construção de discursos justificadores, mormente econômicos, que reconheciam como aceitáveis não comunitários qualificados, mas não os desqualificados (FIGUEIRA, 2018, p. 95).

Como já citado, um outro marco importante na política de fronteiras europeia, considerado como pedra angular do sistema comum de asilo da UE, foi o chamado Acordo de Dublin, celebrado na capital Irlandesa em 1990 mas só implementado em 1997, do qual

⁵⁸Conferir em : <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/security/20180216STO98008/schengen-o-alargamento-da-zona-europeia-de-livre-circulacao>>. Acessado em: 01/10/2018.

⁵⁹ Um dos problemas que gira em torno do Acordo Schengen, é que a Grécia foi o grande portão de entrada para muitos refugiados e imigrantes que chegaram à Europa, duramente criticada pelos demais países integrantes da UE por fracassar na política do controle de fronteiras, a Grécia sofreu ameaças de expulsão do Acordo Schengen (que garante a livre-circulação de pessoas entre os membros da União Europeia), é o que se infere da notícia veiculada pelo Reuters, a saber: “Se não pudermos proteger a fronteira externa da UE, a fronteira greco-turca, então a fronteira externa de Schengen será transferida para o centro da Europa”, afirmou a ministra austriaca do Interior, Johanna Mikl-Leitner”. (REUTERS, 2016) Cf. REUTERS. *Grécia é ameaçada de expulsão da zona de Schengen em meio a crise imigratória*. Disponível em <<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN0V329X>>. Acessado em: 19.09.2018.

⁶⁰ Há quem pense o direito a livre circulação como direito básico fundamental e interprete a extensão de tal direito ao alcance de todos, é o que se defende por mobilidade total global: “A declaração que nos edifica enquanto humanidade começa assim: ‘Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos’ e nela devemos ler o direito à livre circulação global num mundo que, afinal, é de todos” (GÓES, 2018, p. 46).

passou por diversas revisões e teve como escopo estabelecer uma hierarquia de critérios para identificar o Estado-membro responsável pela análise do pedido de asilo⁶¹ na União Europeia, essa responsabilização, em regra, era determinada ao primeiro país de entrada do solicitante.

A responsabilização de um Estado visa evitar que um solicitante se apresente em vários países-membros em busca de asilo ou mesmo impedir que um Estado transfira a responsabilidade para outro e vice-versa.

Em 2003 o Acordo de Dublin foi modificado para Regulamento de Dublin II, em que ficou estabelecido outros critérios de responsabilidade, porém insuficientes diante da crise migratória de 2015, o que levou em 2016 a Comissão Europeia propor uma reforma do regulamento, no sentido de assegurar a equidade de responsabilidades no acolhimento aos refugiados com base na economia e tamanho da população do Estado-membro. Cabe destacar os principais pontos de reforma consoante a posição do Parlamento Europeu, a saber: a proibição da automática responsabilização do Estado em que chega o solicitante de refugio pela primeira vez, a permanência da ligação familiar à um Estado, a partilha justa entre Estados de responsabilidades no acolhimento, a possibilidade de perda do acesso à fundo europeus aos países que se recusarem a dividir tais responsabilidades, a intensificação das medidas de segurança com o devido registro de todos os requerentes de asilo e verificação de impressões digitais no sistema de dados Eurodac, dentre outros. A revisão ainda está em andamento⁶².

Não obstante alguns avanços já alcançados como os salvamentos em alto mar, políticas de harmonização das normas em matéria de refugio, e, caso implementado, a partilha de responsabilidade da revisão de Dublin acima mencionada, ainda há na Europa muitos problemas em relação a análise do pedido de refúgio e a devida acolhida.

Registra-se que em 29 de abril de 2004, houve a expedição da Diretiva n. 83⁶³ do Conselho Europeu impondo “regras mínimas” à concessão do refúgio à pessoas de outros

⁶¹ Importa deixar claro que o conceito de asilo é equivalente ao de refúgio nos tratados de Schengen e de Dublin.

⁶² Sobre a revisão do sistema de Dublin, conferir: “*Reforma do sistema de asilo da UE: a posição do Parlamento sobre o Regulamento de Dublin*”. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/world/20180615STO05927/a-posicao-do-parlamento-sobre-o-regulamento-de-dublin>>. Acessado em: 18.09.2018.

⁶³ Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, Art. 1.o: “A presente directiva tem por objectivo estabelecer normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de protecção internacional e ao conteúdo da protecção concedida”. Esclarece-se que, estatuto de refugiado significa, nos termos da directiva, em seu Art. 2.º: “Para efeitos da presente directiva, entende-se por: d) «Estatuto de refugiado», o reconhecimento por parte de um Estado-Membro de um nacional de um país terceiro ou de um apátrida como refugiado”.

Disponível em: <http://www.refugiados.net/cidadevirtual/legislacao/leis/ce_83_2004.pdf> Acessado em: 29 de setembro de 2018.

países⁶⁴, bem assim foram as Diretivas n. 85/2005⁶⁵, n. 115/2008⁶⁶, n. 95/2011⁶⁷, n. 32/2013⁶⁸, que acabam por colocar mais entraves à concessão do refúgio. Essas normas possuem relevância no sentido de fixar, de maneira mais concreta, os critérios de tal concessão, o que não ocorre mais detalhadamente pela Convenção de Genebra de 1951, não obstante esta ser a base normativa maior a ser seguida pelas Estados-membros da UE.

A Diretiva n.115/2008, em especial, conhecida como “Diretiva do Retorno”, estabelece a adoção de medidas para que os imigrantes ilegais deixem o território dos Estados-membros, a partir de tal diretiva foi justificadas várias detenções de estrangeiros no Centro de Internação, o ACNUR teceu fortes críticas a Diretiva com receio que tal instrumento legitimasse a violação das normas internacionais, em especial ao princípio do *non-refoulement*. “A principal consideração do ACNUR se refere às solicitações de proteção que serão negadas sem exame de mérito” (FIGUEIRA, 2018, p. 96).

O que se percebe, a exemplo das referidas Diretivas, do Acordo de Schengen, e por oportuno, acrescente-se a criação do EURODAC (sistema de identificação digital), do RABIT (Equipes de Intervenção Rápida nas Fronteiras), do SIS (Sistema de Informação Schengen), avançado para SIS II, a FRONTEX (Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia), que a partir de 2016 passou a se chamar Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira, dentre outras ações, é que a Europa implementou, e assim continua, políticas que tem por alvo a segurança das fronteiras, em detrimento daquelas que garantem a acolhida dos refugiados e a defesa dos

⁶⁴ Destaca-se, aqui, o que estabelece o art. 14º, n. 4 – a, da supra Diretiva 2004/83/CE: “Os Estados-Membros podem revogar, suprimir ou recusar renovar o estatuto concedido a um refugiado por uma entidade governamental, administrativa, judicial ou parajudicial, quando: a) Haja motivos razoáveis para considerar que representa um perigo para a segurança do Estado-Membro em que se encontra”.

⁶⁵ Diretiva 2005/85/CE do Conselho, de 1 de dezembro de 2005, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0085&from=PT>> Acessado em: 29 de setembro de 2018.

⁶⁶ Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Dezembro de 2008 relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, mais conhecida como “Diretiva do Retorno”. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115>>. Acessado em: 29.09.2018.

⁶⁷ Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=pt>> Acessado em: 29 de setembro de 2018.

⁶⁸ Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=PT>> Acessado em: 29 de setembro de 2018.

seus direitos humanos, do combate a xenofobia e políticas à integração desse contingente humano, ora em destaque.

Ressalte-se que a FRONTEX, atual Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira⁶⁹, através do Regulamento n. 1624 de 14 de setembro de 2016, expandiu suas competências, tendo como principais objetivos: “*garantizar la seguridad en la Unión Europea, salvaguardar la libre circulación de los ciudadanos comunitarios y gestionar eficazmente los flujos migratorios*”. (SALGADO, 2018, p.78)

A função da FRONTEX não é substituir a competência das autoridades nacionais no controle e vigilância das fronteiras, mas agir em conjunto e auxiliá-los. Não obstante pertencer ao Estado-membro o controle de suas fronteiras, estes Estados possuem a prerrogativa de requerer equipes de intervenção rápida em casos de urgência e excepcionalidade em virtude do afluxo de refugiados, o que se dá através da colaboração do FRONTEX.

A referida agência realiza a patrulha no Mediterrâneo e no Atlântico mediante aeronaves e navios, além de convênios com os países de origem e de trânsito dos migrantes à autorizarem o controle de chegada desse contingente, dentre outras ações, o que colabora para percepção do principal foco europeu, muito aquém de políticas humanitárias. Essas ações conveniadas que vão além do controle de fronteiras da Europa são denominadas “políticas de vizinhança”, um dos exemplos dessa política são os campos construídos para migrantes fora das fronteiras Europeias⁷⁰.

Nesse sentido, Póvoa Neto *apud* Silva; Malheiros; Carvalho (2018, p. 59), esclarece:

Ainda que respondendo a interesses localizados no interior dos Estados nacionais, as barreiras podem também ser erguidas fora de seus limites. A intenção de contornar protestos de grupos defensores de direitos humanos e de partidários da imigração responde por diversas iniciativas de criar políticas extraterritoriais contra migrantes. Exemplos a citar, para o caso

⁶⁹ Regulamento UE n. 1624, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2016. Preâmbulo (2): “(...) O objetivo da política da União no domínio da gestão das fronteiras externas é desenvolver e implementar uma gestão europeia integrada das fronteiras a nível nacional e da União, o que constitui um corolário indispensável da livre circulação de pessoas na União e um elemento fundamental de um espaço de liberdade, segurança e justiça. A gestão europeia integrada das fronteiras é essencial para melhorar a gestão da migração. O objetivo é gerir de forma eficiente a passagem das fronteiras externas e responder aos desafios migratórios e às potenciais ameaças futuras nestas fronteiras, contribuindo assim para combater a criminalidade grave com dimensão transfronteiriça e para garantir um elevado nível de segurança interna na União. Simultaneamente, é necessário agir no pleno respeito dos direitos fundamentais e de forma a salvaguardar a livre circulação de pessoas no interior da União” Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/65db3442-7bcf-11e6-b076-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acessado em: 18.09.2018

⁷⁰ Sobre o conceito de fronteiras externas da União Europeia o art. 2º, ponto 2, do Regulamento (UE) 2016/399, dispõe: “Fronteiras externas: as fronteiras terrestres, inclusive as fronteiras fluviais e as lacustres, as fronteiras marítimas, bem como os aeroportos, portos fluviais, portos marítimos e portos lacustres dos Estados-Membros, desde que não sejam fronteiras internas”. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0399&from=PT>>. Acessado em: 18.09.2018.

européu, são as barreiras nas áreas espanholas ao norte do Marrocos e as diversas gestões no sentido da criação de campos para migrantes em pontos de passagem rumo à Europa, como a Líbia. (PÓVOA NETO *apud* SILVA; MALHEIROS; CARVALHO, 2018, p. 59),

Importante frisar ainda, que além dessas políticas de cooperação com países terceiros ao continente europeu, o patrulhamento da UE, realizado por agências como a FRONTEX, conduz afronta ao princípio do *non-refoulement* e ao princípio à proibição de expulsões coletivas (consagrado pelo art. 4º do Protocolo 4 da Convenção Europeia de Direitos Humanos) ao interceptarem embarcações devolvendo ou enviando os refugiados a países que os aceitam receber fora da UE⁷¹.

Ceriani Cernada *apud* Silva; Malheiros; Carvalho, ressalta que o princípio da proibição às expulsões coletivas salvaguardado, inclusive, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, vem sofrendo graves ameaças pelas políticas de controle de fronteiras que “em certas circunstâncias, priorizam a ‘eficácia’ e ‘agilidade’ desse controle frente a direitos e garantias fundamentais de milhares de pessoas” (CERIANI CERNADA *apud* SILVA; MALHEIROS; CARVALHO, 2018, p. 68)

Dentre tantas ações realizadas pela FRONTEX uma das mais recentes é a chamada operação EUNAVFOR MED, mais conhecida como operação Sofia, realizada no Mediterrâneo após o intenso movimento migratório de 2015, sobre esta operação Figueira assinala:

No Mediterrâneo, uma série de operações marítimas organizadas pela agência Frontex vem buscando interceptar embarcações com refugiados antes de alcançarem a costa europeia. A última delas foi a operação EUNAVFOR MED, também conhecida como Operação Sofia, iniciada após a intensificação do fluxo de refugiados em 2015. O objetivo principal dessas operações é o de manter fora das fronteiras europeias solicitantes de refúgio que migram de regiões marcadas por violentos conflitos, como a Guerra da Síria. (FIGUEIRA, 2018, p. 102).

A construção de campos de refugiados, chamados de centro de “acolhida”, fora da União Europeia, mas com o incentivo desta, através dos acordos de cooperação com países terceiros, acaba por ser uma maneira de evitar que o Estatuto dos Refugiados de 1951 seja aplicado, mormente o princípio do *non-refoulement* e a proibição de expulsão coletiva, já que,

⁷¹ Conforme assinala SILVA; MALHEIROS; CARVALHO: “Já em águas internacionais, ocorre o procedimento mais perverso em termos de respeito aos Direitos Humanos e ao Direito Internacional. Ao se efetuarem as interceptações, as autoridades europeias fazem a devolução ou enviam para algum país terceiro que admita receber esses imigrantes, segundo os acordos pré-existentes. Há um nítido desrespeito ao princípio do *non-refoulement*, seja por conta do disposto no artigo 33º, a proibição de expulsar e repelir, seja no que está assinalado no artigo 31º, ambos da Convenção de 1951, que não permite a devolução do solicitante de refúgio, mesmo que esse indivíduo tenha entrado de forma irregular na localidade, pois não se permite qualquer penalidade por conta desse fato”. (2018, p. 67-68)

os países cooperadores não fazem parte do Estatuto de proteção aos refugiados nem do acordo de Schengen, não possuindo, ainda, uma política nacional de asilo, ao revés, em sua maioria são regidos por regimes ditatoriais.

Um outro exemplo dessa externalização das fronteiras europeias que tomou repercussões de violações aos direitos humanos dos refugiados é o da Argélia, que sempre foi um país de emigração, e que, mediante acordos de cooperação com a UE, endureceu as políticas migratórias, principalmente dos africanos que dali desejavam adentrar na Europa.

As medidas tomadas no norte africano acabou por criminalizar⁷² a emigração, impondo detenções imediatas e sanções àqueles que intencionavam migrar sem documentos legais, e, quando não detidos, eram expulsos do território sem qualquer condições de sobrevivência⁷³. (SILVA; MALHEIROS; CARVALHO, 2018, p. 63)

Nesse caso da Argélia, lembram os autores supracitados, que além da violação ao devido processo legal, pela prisão desprovida de ampla defesa e contraditório⁷⁴, o pedido de refúgio, inclusive, nem chegava a ser realizado, as condições de encarceramento, até hoje, continuam sendo deploráveis, sem nenhum controle administrativo ou jurídico:

(...) tão grave quanto o apoio para a construção de centros de detenção, é a falta de vigilância e de controle das ações adotadas nesses locais soerguidos e guiados de acordo com os interesses europeus. Quando são feitas inspeções, estas chegam ao ponto a omitir informações ou relativizá-las (SILVA; MALHEIROS; CARVALHO, 2018, p. 63)

⁷² Nesse sentido Ceriani Cernadas citado por SILVA; MALHEIROS; CARVALHO, testifica: “As medidas de controle nas costas e águas africanas pressupõem, na prática, a impossibilidade de milhares de pessoas de sair de seus países pela, praticamente, única via que têm disponível. Além disso, em alguns casos, só o fato de tentar sair pode significar a detenção (sem as garantias básicas) e a posterior submissão a um juízo penal pelo delito de ‘emigração ilegal’, ou como cúmplice do crime de tráfico de pessoas. Outros milhares perdem a vida nessa tentativa. (CERNADAS *apud* SILVA; MALHEIROS; CARVALHO, 2018, p. 69)

⁷³ Registra-se que Argélia expulsou milhares de emigrantes e refugiados no Deserto da Saara, e que, desde 2014, podem ter morrido cerca de 30 mil pessoas, toda essa crise na região é também em decorrência das pressões da União Europeia aos países do norte africano para desmobilizarem migrantes que venham em direção à Europa: “As deportações massivas da Argélia começaram a aumentar desde outubro de 2017, quando a União Europeia pressionou os países do Norte de África para impedirem os migrantes de chegarem ao Mediterrâneo (...) A Organização Internacional para as Migração estima que por cada vida perdida no Mediterrâneo haja dois migrantes que ficaram no deserto. No Saara, desde 2014, poderão já ter morrido mais de 30 mil pessoas”. (EURONEWS, 2018) Cf. EURONEWS. *Argélia abandona migrantes no deserto do Sahara*. Disponível em <<https://pt.euronews.com/2018/06/25/argelia-abandona-migrantes-no-deserto-do-sahara>>. Acessado em: 30.09.2018.

⁷⁴ Sobre as prisões sumárias e as violações ao devido processo dos refugiados, Mahlke sinaliza que: “Buscar refúgio é um direito e não pode ser considerado um ato ilegal, nem o solicitante de refúgio deve ser tratado como um criminoso. Devido às condições que impulsionam a fuga, a maioria encontra-se em situação irregular, ou indocumentado. Deter o solicitante de refúgio pelo simples fato de ter adentrado ao território do Estado sem autorização prévia é uma flagrante violação do Direito Internacional dos Refugiados. Além do direito ao acolhimento, esses indivíduos devem ter acesso a um procedimento de determinação do *status* de refugiado que seja justo e eficiente.”(MAHLKE, 2017, p.93)

“A intensificação da cooperação policial com a finalidade de conter as migrações para a Europa teve consequências negativas de grande impacto pela não observância dos Direitos Humanos” (FIGUEIRA, 2018, p. 97), é o que lembra este autor ao mencionar o Tratado de Amizade, Associação e Cooperação, de 2008, realizado entre a Itália e a Líbia. Nesse acordo a Itália interceptou 834 migrantes, dentre eles, solicitantes de refúgio, dos quais os enviou de volta para Líbia. O mais impressionante é que a Líbia não assinou a Convenção de Genebra, e é desprovida de uma política estatal de asilo, os refugiados e imigrantes que ali chegam são tratados com rigor, muitas vezes presos ou expulsos do território sem nenhuma condição de subsistência. A Itália, como outros países da UE, “lavam as mãos” quanto ao cumprimento da referida Convenção de 1951 ao devolver os migrantes para os países que consideram “seguro”.

O mesmo que acontece com a Líbia e Argélia, ocorre também com a Turquia⁷⁵, e assim, com outros países próximos da Europa mas sem condições estruturais e legais para o envio de migrantes, nesse sentido Figueira afirma:

O acordo entre a União Europeia e a Turquia sobre refugiados tem sido considerado um paradoxo em relação aos altos *standards* normativos sobre a proteção de asilados que a Europa vem construindo e defendendo nos anos do pós-II Guerra (COLLET, 2016). Ao assumir compromissos que visam, antes da proteção dos solicitantes de asilo, a proteção de seu território, a União Europeia contradiz os princípios e valores por sobre os quais erigiu sua história. (FIGUEIRA, 2018, p. 101).

Urge ainda notar, que em 15 de março de 2017 o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram o Regulamento de n. 458 que altera o Código de Fronteiras Schengen, no qual impõe que os Estados membros controlem sistematicamente a entrada de nacionais de países terceiros que cheguem as fronteiras da UE, o objetivo maior dessa regulamentação é sondar se os refugiados e migrantes que alcançam as fronteiras externas europeias são ameaças à segurança, à ordem e à saúde pública dos países.⁷⁶

⁷⁵ Nas palavras de Figueira: “A externalização dos pedidos de refúgio também é o objetivo do acordo firmado entre a União Europeia e a Turquia. Por ele, os pedidos de refúgio dirigidos às autoridades gregas não serão considerados se os solicitantes provierem da Turquia. Considerada país seguro pelos europeus, os pedidos devem ser processados pela Turquia, mantendo fora das fronteiras europeias milhares de refugiados”(FIGUEIRA, 2018, p. 102)

⁷⁶ No Regulamento (UE) 2017/458 considera: “(1) A realização de controlos nas fronteiras externas continua a ser uma das principais garantias do espaço sem controlos nas fronteiras internas e contribui de forma significativa para garantir a segurança a longo prazo da União e dos seus cidadãos. Tais controlos são realizados no interesse de todos os Estados-Membros. Um dos seus objetivos é a prevenção de qualquer ameaça para a segurança interna e a ordem pública dos Estados-Membros, independentemente da origem da ameaça, incluindo os casos em que esta provenha dos cidadãos da União”. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0458&from=PT>>. Acessado em: 20.09.2018. Com esse objetivo acima exposto foi criado um Fundo Europeu para Fronteiras Exteriores para onde são encaminhados os recursos financeiros de tais operações, têm-se que os custos decorrentes de todas essas ações nas fronteiras europeias são

Ao retratar a realidade do fracasso europeu na administração das políticas migratórias o professor de economia e políticas públicas Collier citado por Bauman assinala:

Atualmente, a UE oferece aos sírios a expectativa de um refúgio (viver na Alemanha), mas apenas se antes disso pagarem a um bandido e arriscarem suas vidas. Apenas 2% sucumbem a essa tentação, mas, no processo, inevitavelmente, milhares se afundam. Essa política é tão irresponsável que está moralmente mais próxima da insensatez de uma carnificina que da virtude do resgate. Ela despeja uma fortuna sobre uns poucos, mata milhares e ignora milhões. (COLLIER *apud* BAUMAN, 2017, p. 96)

Vê-se que a maioria das nações do velho continente concebem a migração como um inconveniente problema e não como um “processo social, econômico e geográfico” a ser implementado com políticas públicas de viés humanitário⁷⁷.

Assevera-se que, esse controle de fronteiras voltado preponderantemente à razões de segurança e ordem pública que tem por consequência trágica a prisão, devolução, abandono, fomento do tráfico ilegal de pessoas, do trabalho forçado, da construção de campos de refugiados, das expulsões coletivas, por exemplo, ferem frontalmente as normas de natureza *jus cogens*, uma vez que os princípios do refúgio são considerados pela doutrina e jurisprudência como normas imperativas, a exemplo do *non-refoulement*.

Nessa mesma linha de pensamento, Mahlke assinala:

A fronteira é, sem dúvida, o símbolo da oposição entre a política internacional baseada na segurança e os princípios universais de proteção que o ACNUR tenta exercer, essencialmente o princípio do *non-refoulement*. Com essa medida extrema, os Estados viram as costas para o Direito Internacional dos Refugiados e, agindo em nome de sua soberania e interesses locais.(MAHLKE, 2017, p.90)

Assim, diante do crescimento da crise migratória de refugiados pergunta-se: o fechamento de fronteiras seria uma das soluções ao grave problema que hoje se apresenta? Acredita-se que não. Além de ser uma opção inútil de tentar conter os problemas decorrentes dessa crise migratória, acaba por acarretar em graves violações de direitos humanos e mais, acelera as desigualdades sociais que permeiam o mundo atual.

Nas palavras de Góes:

A repressão à liberdade de circulação é particularmente injusta para aqueles que nasceram, sem o terem escolhido, em países ou regiões com poucas ou

compartilhados pelos Estados-membros, mesmo entre aqueles que não possuem fronteiras externas, (SALGADO, 2018, p. 77).

⁷⁷ Nas palavras de SILVA; MALHEIROS; CARVALHO: “A posição dos países europeus revela a visão predominante de seus governos nacionais sobre o tema, que é a de conceber a migração como mero problema e não como um processo social, econômico e geográfico. Partindo dessa premissa, não faz sentido esperar por medidas mais coerentes com os padrões humanitários” SILVA; MALHEIROS; CARVALHO (2018, p. 60-61).

nenhuma oportunidade econômica. É ainda mais injusta para os mais pobres de entre os pobres (RISSE, 2005). Para estes a condenação à imobilidade é parte de uma pena mais longa por se ser pobre. Na verdade, é tempo de pensarmos o direito à mobilidade como um direito humano universal ultrapassando os limites discriminatórios que autores como David Miller enunciam na defesa da seletividade das migrações (MILLER, 2005). Não só porque sem ele não nascemos livres e iguais, mas porque sem este direito nunca poderemos ser iguais uma vez que as oportunidades estão desigualmente distribuídas no espaço. É certo que há outras vias de mobilidade social (a educação, por exemplo), mas umas não excluem as outras e, na verdade, fazem parte de um mesmo conjunto de direitos humanos básicos. (GÓES, 2018, p. 45)

Ainda nesse sentido Agier, mencionado na obra de Bauman, entende que a política migratória acaba por estabelecer uma “divisão entre duas grandes categorias mundiais: de um lado, um mundo limpo, saudável e visível; de outro, o mundo dos ‘remanescentes’ residuais, sombrio, doente e invisível” (AGIER *apud* BAUMAN, 2017, p.88). O mesmo autor reitera que se as práticas se mantiverem dessa forma ocorrerá algo muito mais grave, em que os campos de refugiados não serão mais utilizados para manterem vivos esse contingente humano, mas para aglomerar em um só lugar “todos os tipos de população indesejável”.

Ademais, o fechamento de fronteiras e o seu controle descomprometido com as normas de direitos humanos justificado na brecha normativa de segurança interna, não põe fim aos ataques terroristas, “*hay dos aspectos importantes a considerar: primero, la creencia según la cual los inmigrantes son delincuentes es falsa; segundo, la formación de células terroristas va más allá de los controles de las fronteras exteriores*” (SALGADO, 2018, p. 80).

O mais acertado e condizente com todos os valores atinentes à dignidade humana amplamente defendido nesse trabalho, seria, na ocorrência da interceptação dos grupos de pessoas solicitantes de refúgio, tais pedidos fossem avaliados e jamais o imediato rechaço para destinos outros em que o risco eminente de vida e perseguição se prolongasse. E mais, as políticas europeias deveriam se voltar à resolução dos problemas migratórios em sua origem ao invés de investir em construção de campos de refugiados ou fortalecimento das fronteiras, é o que Bauman assevera ao destacar a crítica do Centro de Estudos de Políticas Públicas Europeias (Ceps) em relação à abordagem da UE ser centrada na segurança e não no enfrentamento das causas originais do problema migratório:

O dinheiro destinado a ser transferido para os países africanos que estão na origem da ‘crise migratória’ deve ser usado fundamentalmente para a instalação de campos em que potenciais migrantes para a Europa devem ser acomodados (e vigiados), e onde se deve realizar a pré-seleção de internos sem chance de obter asilo (que serão impedidos de seguir seu caminho para a Europa). Os ‘países de origem’ são, assim, incluídos na preocupação da

Europa com a fortificação de fronteiras para deter a migração – mas as referências às ‘causas originais’ da migração são poucas e esparsas, sendo-lhes atribuída somente uma importância secundária. (BAUMAN, 2017, p.93-94)

O resultado dessas políticas não beneficia os países de acolhida nem as pessoas que batem a sua porta, as ações de controle de fronteiras (entendidas como marítimas também) tem se mostrado insuficientes, os resultados estão nas milhares de pessoas que falecem no Atlântico, Mediterrâneo, desertos ou em outras temerárias travessias. O novo relatório do ACNUR⁷⁸ aponta que as travessias no Mediterrâneo se tornaram mais mortais do que nunca, apenas em 2018 mais de 2.000 pessoas morreram ou desapareceram ao tentar chegar à Europa, principalmente através do Mediterrâneo⁷⁹.

A postura europeia não destoa da política migratória dos Estados Unidos, vide os pronunciamentos do atual Presidente Donald Trump⁸⁰ sobre os migrantes e dos seus correligionários, como o governador Greg Abbott que deu a seguinte declaração: “não podemos permitir que a caridade em relação a alguns possa comprometer a segurança de todos”⁸¹, além disso, as ações de rechaço aos migrantes são amplamente divulgadas, a exemplo da construção de um pretense muro idealizado para impedir a entrada dos refugiados, no entanto, não entraremos em detalhes neste trabalho, nos limitando apenas a analisar o controle de fronteiras na região europeia e sul-americana, mais especificamente no Brasil.

⁷⁸ Relatório atual completo do ACNUR: “*DESPERATE JOURNEYS: Refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders - JANUARY – AUGUST 2018*”. Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/65373#_ga=2.230872089.721167238.1539393105-1280610732.1538696361&_gac=1.220528940.1539140542.EAIAIqobChMI5umf58363QIVi4ORCh3U5QJrEAYASAAEgJbB_D_BwE>. Acessado em: 23.09.2018.

⁷⁹ Recentemente o porta-voz do ACNUR, Charlie Yaxley, relatou que o número de vidas perdidas no Mediterrâneo já ultrapassou 2 mil pessoas, somente em 2018 (ACNUR, 2018). Conferir teor da entrevista em: “*2 mil vidas perdidas: veja as taxas de mortalidade no Mediterrâneo em 2018*”. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2018/11/09/2-mil-vidas-perdidas-as-taxas-de-mortalidade-no-mediterraneo-em-2018/>>. Acessado em: 10.11.2018.

⁸⁰ Conferir em: “*Trump says US will not be a 'migrant camp'*”. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/18/donald-trump-us-migrant-camp-border-separation>>. Acessado em: 22.09.2018.

⁸¹ O Texas é um dos Estados americanos em que as autoridades buscam através da justiça fechar às portas aos sírios, ameaçando sair do programa de reassentamento em 2015, ainda sob o governo de Obama, com fundamento na segurança interna: “Texas officials are fighting in federal court to block resettlement here after the attacks in Paris, citing “the significant security concerns posed by Syrian refugees. Sid Miller, the Texas agriculture commissioner, compared Syrian refugees to rattlesnakes, posting on Facebook images of snakes and refugees and asking, “Can you tell me which of these rattlers won’t bite you?” Gov. Greg Abbott told reporters that “we cannot allow charity for some to compromise the safety for all.” (NYTIMES, 2015) Cf. NYTIMES. “*Thriving in Texas Amid Appeals to Reject Syrian Refugees*”. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/12/26/us/thriving-in-texas-amid-appeals-to-reject-syrian-refugees.html>>. Acessado em: 22.09.2018.

3.2 AS DIFICULDADES DO ACOLHIMENTO AOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL

Neste tópico abordar-se-á o fluxo migratório de venezuelanos em direção ao Brasil nos últimos anos. Esta análise é diferente da que foi feita para a zona europeia pelo fato do Brasil estar localizado em um continente que não possui um nível de integração supranacional da Europa. Sendo assim, é inócuo buscar uma opinião representativa de todo continente sul americano em relação à política de refugiados.

Desta forma, o paralelo a ser feito neste capítulo terá como foco o problema da crise migratória de refugiados entre a Venezuela e o Brasil. No entanto, apesar da falta de uma integração regional nos moldes da supranacionalidade europeia, cumpre verificar rapidamente o cenário migratório nos principais países da América do Sul, onde a questão especificamente enfrentada se localiza.

Não obstante, o fluxo de refugiados no continente sul americano não ser tão intenso quanto em outros lugares, o crescimento desse fenômeno é latente e necessita de melhores políticas de acolhimento nesta região, pois o fator segurança e o controle de fronteiras também têm sido predominante na América.

Por isso, os desafios que o deslocamento forçado impõe é, hoje, igualmente estendido aos países da América do Sul, uma vez que, as restrições estabelecidas pelos países desenvolvidos do Norte geraram uma reconfiguração na escolha dos destinos. É o que se tem observado entre Estados de uma mesma região, as chamadas migrações Sul-Sul⁸².

Nos últimos anos várias razões motivaram um maior número de deslocados e solicitantes de refúgio nos países sul americanos, dentre os principais motivos, se destacam: as crescentes disparidades socioeconômicas, mormente no que tange a desigualdade, pobreza e necessidades básicas insuficientes; diminuição das garantias dos direitos laborais; fragilidade e/ou corrupção das instituições políticas; conflitos armados, terrorismo e violência generalizada advindos dos agentes Estatais e não Estatais, a exemplo do crime organizado; desastres ambientais e alterações climáticas, além das duras políticas de contenção migratória dos países do Norte.

⁸² Nesse sentido, Uebel afirma: “A partir da falência dos modelos de recepção e integração de imigrantes e refugiados em tradicionais países receptores do Hemisfério Norte, a saber, Reino Unido, Estados Unidos da América e países-membro da União Europeia – em especial a França, Espanha e Hungria – no fim dos anos 2010, novas alternativas se colocaram no horizonte dos potenciais imigrantes, dentre eles o então pujante Brasil (...)” (UEBEL, 2018, p. 160)

Na Colômbia, por exemplo, desde 1958 os conflitos armados deixaram uma grande quantidade de mortos, em torno de 260 mil e muitos deslocados, estima-se que sejam mais de 6,6 milhões⁸³. Desde o ano de 2016, o grupo historicamente mais relevante no conflito colombiano, as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), assinaram um cessar fogo que pôs termo a mais de meio século de guerra civil, convertendo-se, em 2017, em um partido político daquele país. Certo é, que a violência generalizada advinda dessas facções criminosas colombianas levaram uma considerável parcela da população procurar refúgio em outros países.

Já na Venezuela, o contingente de refugiados que de lá saem decorre principalmente da crise política, social e econômica que atinge o governo de Nicolas Maduro, que se agravou nos últimos anos pela falta de acesso aos alimentos, medicamentos, serviços básicos, perda de renda e, como mencionado, em decorrência da insegurança e violência.

Assevera-se que o problema de refugiados na Venezuela tem se intensificado cada dia mais, a cifra de pessoas refugiadas e migrantes venezuelanas que deixaram o país, desde o ano de 2015, já chegou aos 3 milhões⁸⁴.

Os países da América Latina e Caribe foram os principais destinos de aproximadamente 2,4 milhões dos refugiados e migrantes venezuelanos, e o restante deste pessoal, aproximadamente 600.000, estão espalhados por outras regiões do mundo. A Colômbia, Peru, Equador, Argentina, Chile e Brasil, são os países que mais concentra esse contingente venezuelano. Somente na Colômbia existe um total de mais de um milhão de pessoas refugiadas advindas da Venezuela, o Peru abriga aproximadamente mais de meio milhão, seguido do Equador (220 mil), Argentina (130 mil), Chile (100 mil) e Brasil (85 mil). A maioria desses venezuelanos estão em situações irregulares, sem acesso a um *status* legal e em condições de extrema vulnerabilidade.

Em um levantamento recente do ACNUR, mais de 4.000 venezuelanos chegam à Colômbia por dia⁸⁵ na tentativa de se estabilizar no país ou migrar para o sul do continente,

⁸³ Conferir: “*Farc aceita trégua e encerra mais de meio século de conflito*”. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2016/06/23/farc-aceita-tregua-e-encerra-mais-de-meio-seculo-de-conflito.htm>>. Acessado em 23.09.2018.

⁸⁴ “ACNUR, la Agencia de la ONU para los Refugiados y OIM, la Organización Internacional para las Migraciones, anunciaron hoy que la cifra de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en todo el mundo ha alcanzado los tres millones.” (ACNUR, 2018). Conferir “*La cifra de personas refugiadas y migrantes venezolanas alcanza los 3 millones*”. Disponível em: <<https://www.acnur.org/noticias/press/2018/11/5be443b54/la-cifra-de-personas-refugiadas-e-inmigrantes-venezolanas-alcanza-los-3.html>>. Acessado em: 09.11.2018.

⁸⁵ Ver em: “*ACNUR intensifica assistência a venezuelanos na Colômbia*”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/10/11/acnur-intensifica-assistencia-a-venezuelanos-na-colombia/>>. Acessado em: 23.10.2018.

alcançam a Colômbia atravessando a Ponte Internacional Simon Bolívar, na maioria das vezes sob um sol escaldante, a pé e com crianças e malas nos braços. O governo colombiano tenta garantir direitos sociais a esse contingente como o acesso ao trabalho legal⁸⁶, os que não conseguem esse acesso restam vulneráveis à exploração, ao tráfico humano e à discriminação, como assinalou Filippo Grandi, Alto Comissário da ONU para refugiados. (ACNUR, 2018)

Desde 2015, 450 mil venezuelanos vão em direção ao Peru⁸⁷, que tenta facilitar o processo de regularização do *status* migratório, além de oferecer-lhes um acesso rápido a oportunidades de trabalho. Em janeiro de 2017, o governo peruano estabeleceu a Permissão de Estadia Temporária a estes refugiados que entraram legalmente no Peru, permitindo o direito de trabalhar, de estudar e de abrir uma conta bancária por um ano, com a possibilidade de renovação. Mais de 110 mil venezuelanos conseguiram a permissão até então.

Em agosto de 2018 o Equador declarou estado de emergência em decorrência da contínua chegada de refugiados venezuelanos no país, apenas na primeira semana de agosto chegaram ao território 30 mil solicitantes de refugio, cerca de 4.000 por dia. A maioria dessas pessoas seguem em direção ao Peru e ao Chile, 20% permanecem no Equador, o governo deste país tenta por meio de políticas públicas legalizar a permanência desses venezuelanos com o apoio da Organização Internacional para Migrações (OIM) em conjunto com o ACNUR⁸⁸.

A Argentina e Paraguai⁸⁹ se destacam pelo caráter receptivo da legislação migratória, apesar de serem vistos como destinos secundários à migração, isto é, são países de remigrações sul americanas, quando um migrante ou refugiado não consegue oportunidades em um primeiro país e migra para um segundo que não o seu de origem.

Outro dado importante sobre o movimento migratório “Sul-Sul” é que as chamadas cidades gêmeas, cidades de fronteira entre um país e outro, são as que mais recebem o fluxo intenso e contínuo de refugiados e acaba que a responsabilidade do acolhimento inicial desses deslocados ficam, muitas vezes, apenas a cargo dessas pequenas cidades fronteiriças.

⁸⁶ Conferir em: “*ONU elogia decreto da Colômbia para regularizar situação de 442 mil venezuelanos*”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-elogia-decreto-da-colombia-para-regularizar-situacao-de-442-mil-venezuelanos/>>. Acessado em: 22.09.2018.

⁸⁷ Conferir em: “*Residência temporária salva vidas de venezuelanos no Peru*”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/10/16/residencia-temporaria-salva-vidas-de-venezuelanos-no-peru/>>. Acessado em: 20.10.2018.

⁸⁸ Conferir em: “*Equador declara emergência com a chegada de 30 mil venezuelanos em agosto*”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/equador-declara-emergencia-com-a-chegada-de-30-mil-venezuelanos-em-agosto/>>. Acessado em: 15.09.2018.

⁸⁹ “(...) o Paraguai absorveu não apenas as remigrações de haitianos e senegaleses, mas também um grande influxo de bolivianos, taiwaneses (...), sírios, palestinos e, mais recentemente, venezuelanos refugiados da ditadura de Nicolas Maduro” (UEBEL, 2018, p. 168)

Algumas cidades gêmeas, por exemplo, entre o Uruguai e o Brasil recebem migrantes de outras categorias que não refugiados, ou mesmo são zona de trânsito intenso voltado ao turismo. O mesmo pode-se falar da Bolívia, que não é a primeira opção dos migrantes e refugiados, tornando-se apenas território transitório alternativo, mas os seus nacionais estão entre os cinco maiores grupos de imigrantes, refugiados e asilados espalhados por outros países da América do Sul, como Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, em razão, principalmente, da sua instabilidade política, economia e social. (UEBEL, 2018)

Já há cidades fronteiriças entre um país e outro que passa a ser única via de acesso dos refugiados que estão fugindo de uma situação de risco, bastando apenas andar alguns quilômetros para estar nas portas do outro país vizinho, é o caso da cidade brasileira de Pacaraima, município de Roraima que faz fronteira com a Venezuela.

No Brasil há uma diversidade de refugiados e migrantes advindos de diferentes etnias, se destacam, os sírios, afegãos, haitianos, senegaleses, angolanos, os próprios sul americanos, e em relação a esses últimos, os venezuelanos representam hoje o contingente que mais solicitou pedidos de refúgio no Brasil em 2017 (17.865 solicitações) (ACNUR, 2018). Diante dessa realidade, o trabalho terá por foco a análise da situação desses refugiados nas fronteiras brasileiras, quais os desafios e impactos na política de acolhimento do Brasil.

A fronteira ao Norte do Brasil vem se destacando por uma intensa mobilidade humana, sobretudo em razão da proximidade geográfica com um dos países sul americanos em intensa crise política e socioeconômica, a Venezuela⁹⁰. Os venezuelanos que chegam à Pacaraima, apresentam-se como vítimas de violações de direitos humanos solicitando o *status* de refugiados.

O Brasil passou a ser um dos principais destinos desses venezuelanos por diversas razões que vão além da proximidade geográfica, como a condição econômica mais vantajosa que a Venezuela, o regime democrático e o novo marco migratório através da Lei 13.445 de 2017, que tem como princípio basilar a proteção e promoção dos direitos humanos.

⁹⁰ Simões acentua que a crise da Venezuela que leva milhares de venezuelanos ao êxodo é tridimensional, com aspectos políticos, econômicos e sociais. A faceta política se dá através do controle do executivo nas principais instituições do país, incidindo sobretudo nas Forças Armadas e nos Tribunais. No que tange à área econômica, o próprio executivo declarou, em 2016, uma falta de ingresso no setor petrolífero, além dos elevados níveis inflacionários que o país apresenta. A decadência social é consequência das outras duas dimensões, que reflete uma série de violações de direitos humanos. Na medida em que a economia e a política entram em colapso os direitos civis e políticos se deterioram, como a liberdade de expressão, igualmente os direitos sociais, pela falta de acesso às necessidades mais básicas, alimentação, saúde e educação e etc. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos classificou essa crise generalizada da Venezuela, em 2017, como crise humanitária. (SIMÕES, 2018, p. 388-389)

Como mencionado, a Venezuela passa por um período de crise política e econômico-social desde 2015, com a derrota de Maduro nas eleições parlamentares e a superinflação que o Estado enfrenta, este cenário está retratado em problemas de diversas naturezas, desde a baixa de preço do barril do petróleo (maior fonte de riqueza da Venezuela) até à escassez de recursos básicos como alimentação, medicamentos, educação, trabalho, moradia, além de perseguições políticas e graves violações de direitos humanos. Diante dessa crise, o presidente venezuelano chegou a decretar estado de emergência econômica em 2016 e 2017.

O Estado da Venezuela perde assim a sua capacidade de concretizar os direitos sociais dos seus cidadãos, como resultado estima-se que 3 milhões de venezuelanos estejam vivendo fora do país. Destas pessoas deslocadas, 70% se direcionam aos países da própria América do Sul, cerca de 5.000 pessoas levadas a abandonarem a Venezuela todos os dias⁹¹.

Como já exposto, o êxodo venezuelano se iniciou em 2015, mas foi em 2017 que alcançou maiores proporções, segundo o CONARE, foram 17.865 formalizações de pedidos de refúgio no Brasil, número bem mais elevado em relação ao ano anterior de 2016, 10.308 formalizações, e logo nos dois primeiros meses de 2018 esses pedidos ultrapassaram todos os que foram feitos durante o ano de 2017⁹² (SILVA, 2018, p. 301). Atualmente, de acordo com dados do CONARE, o Brasil conta com mais de 86 mil⁹³ processos em tramitação no Comitê. E conforme estimativa mais recente, aproximadamente, são 500 nacionais da Venezuela que cruzam a fronteira com o Brasil todos os dias,⁹⁴ a maioria caminha pela rodovia que liga a cidade de Santa Elena de Uairén, na Venezuela, até Pacaraima, Brasil.

Não há uma homogeneidade no perfil dos solicitantes de refúgio que chegam ao território brasileiro, porém, conforme estudo realizado pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), em 2017, a maioria da população não indígena era jovem, solteira, com predomínio de homens em idade laboral e mais de dois terços completaram o ensino médio ou superior.⁹⁵

⁹¹ Conferir: “*Novo abrigo expande acolhimento de venezuelanos em Boa Vista*”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/10/23/novo-abrigo-expande-acolhimento-de-venezuelanos-em-boa-vista/>>. Acessado em: 23.10.2018.

⁹² Verificar em: G1. “*Em apenas 45 dias, 18 mil venezuelanos pedem para ficar no Brasil*”. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/em-apenas-45-dias-18-mil-venezuelanos-pedem-para-ficar-no-brasil-22403029>>. Acessado em: 15.09.2018.

⁹³ “*Conare realiza força-tarefa para resolução de processos de refúgio anteriores a 2015*”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/06/11/conare-realiza-forca-tarefa-para-resolucao-de-processos-de-refugio-antecedentes-a-2015/>>. Acessado em: 20.09.2018

⁹⁴ “*Com apoio da ONU Brasil, centro governamental em Pacaraima recebe venezuelanos*”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/07/18/com-apoio-da-onu-brasil-centro-governamental-em-pacaraima-recebe-venezuelanos/>>. Acessado em: 15.09.2018.

⁹⁵ “*Maioria de venezuelanos em Roraima é jovem, possui boa escolaridade e está trabalhando*”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2017/09/15/maioria-de-venezuelanos-em-roraima-e-jovem-possui-boa-escolaridade-e-esta-trabalhando/>>. Acessado em: 18.09.2018.

Dos venezuelanos registrados, 76% têm interesse de participarem do processo de interiorização.

Uma das grandes dificuldades enfrentadas por esses solicitantes de refúgio é a demora para serem atendidos por um agente da Polícia Federal, girando em torno de 90 dias, e além disso, a espera pela decisão final do CONARE quanto ao pedido de refúgio, podendo levar até dois anos.

Em resposta ao intenso fluxo de refugiados que chega à fronteira de Roraima, alguns progressos já foram realizados, um deles é a Operação Acolhida⁹⁶ que o governo federal em parceria com o ACNUR e outras agências da ONU realizam. São construídos abrigos temporários para acolher os refugiados até obterem condições de se estabilizarem em outro lugar do país.

No dia 22 de outubro de 2018 o ACNUR e as Forças Armadas abriram o 13º abrigo público em Boa Vista (total de 11 abrigos em Boa Vista e 2 em Paracaima), com capacidade para cerca de até mil pessoas, estas são selecionadas pelo critério de maior vulnerabilidade, ou sejam, crianças, gestantes, idosos e outras em situação de rua. Segundo o ACNUR, contando com essa última instalação, têm-se que a população venezuelana abrigada, seja indígena ou não, soma cerca de 5.500 pessoas. Porém os solicitantes que se aglomeram nas ruas são em número bem maior do que esse, segundo dados do governo federal⁹⁷, mais de 65 mil venezuelanos já solicitaram refúgio no Brasil e outros 19 mil solicitaram residência temporária, restando esperar até serem abrigados e receberem o *status* de refugiados.

Essa intensidade do fluxo de refugiados, somado a precariedade das políticas públicas e infraestrutura no atendimento, levam esses venezuelanos, indígenas⁹⁸ (da etnia Warão) ou

⁹⁶ A Operação Acolhida busca, primeiramente, na fase de ordenamento de fronteira identificar e regularizar a entrada dos migrantes, em conjunto com vários órgãos públicos como o Ministério da Justiça, Ministério do Desenvolvimento Social e Ministério das Relações Exteriores. Ademais, passa-se a fase de acolhida em que nos abrigos há uma prestação de serviços básicos, como alimentação, higiene, vacinação, saneamento básico, dentre outros. A última etapa da Operação Acolhida é a de interiorização, que é a realocação dos refugiados e migrantes à outros Estados brasileiros afim de que recomecem suas vidas de maneira mais estável possível. Conforme informações mais recentes do Governo Federal já se deslocou mais de 3.000 migrantes venezuelanos de Roraima para outros estados brasileiros, através de 17 etapas realizadas de processos de interiorização. Esses dados estão disponíveis em: <<http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/historico>>. Acessado em: 15.11.2018.

⁹⁷ “*Novo abrigo expande acolhimento de venezuelanos em Boa Vista*”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/10/23/novo-abrigo-expande-acolhimento-de-venezuelanos-em-boavista/>>. Acessado em: 23.10.2018.

⁹⁸ É de suma importância atentar para a vulnerabilidade especial que sofre os migrantes indígenas, o que demanda a promoção de políticas públicas adequadas às particularidades desses povos. Nesse sentido, impõe ressaltar o entendimento exposto pelo Fórum Permanente da ONU sobre Assuntos Indígenas, em 2007: “Povos indígenas que migram para áreas urbanas enfrentam desafios particulares e frequentemente adicionais, sendo mais evidente o desemprego, o limitado acesso aos serviços e a moradia inadequada. Adicionalmente, povos indígenas em áreas urbanas podem experimentar discriminação e enfrentar dificuldades para manter sua língua, identidade, e cultura e para educar suas gerações futuras, o que pode resultar na perda de valores e do legado

não indígenas, incluindo crianças, adolescente, mulheres e idosos, a passarem por dias precários por lá. Em situação de rua, se acampam como podem e de forma improvisada nas marquises do comércio ou nas praças, ensejando um aumento das reações xenofóbicas, das quais atribuem a esse contingente o aumento da criminalidade, da mendicância, prostituição, doenças, entre outras percepções negativas.

Os solicitantes de refúgio advindos da Venezuela que não conseguem ser abrigados (pela impossibilidade do número de abrigos – cerca de 5.500, em relação ao número de refugiados – mais de 65.000), muitas vezes se mantêm temporariamente por meio das doações das igrejas locais e, não raro, ainda caminham por dias até chegar em Boa Vista ou Manaus.

Frisa-se que os pedidos em sua maioria são pelo reconhecimento da condição de refugiado, pois além de ser gratuito, possibilita a permanência regular, bem como o acesso à documentação, mormente à carteira de trabalho.

Outra alternativa de extrema importância que busca soluções a longo prazo aos migrantes venezuelanos e alívio à sobrecarga dos serviços locais no estado de Roraima, é o processo de interiorização⁹⁹, que através da Força Aérea Brasileira realizam vôos internos com refugiados que voluntariamente aceitam se estabelecer em outros estados brasileiros que não o de Roraima. Ao chegarem nesses estados, autoridades locais e alguns grupos da sociedade civil buscam colaborar com a integração desses refugiados.¹⁰⁰ Até outubro de 2018, estima-se que já se deslocou cerca de 3 mil refugiados e migrantes para 18 cidades do Brasil¹⁰¹.

Conforme se nota, o estado de Roraima é ainda o grande impactado pela fluxo de migrantes que chegam da Venezuela, algumas medidas têm-se tomado em conjunto com o

indígena”. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/6_session_factsheet2.pdf>. Acessado em 15.09.2018.

⁹⁹ Consoante consta no site do ACNUR “(...) A interiorização busca ajudar os solicitantes de refúgio e de residência a encontrar melhores condições de vida em outros Estados brasileiros. Todos aceitam, voluntariamente, participar do programa e são vacinados, submetidos a exame de saúde e regularizados no Brasil – inclusive com CPF e carteira de trabalho. A iniciativa conta com apoio da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), da Agência da ONU para as Migrações (OIM), do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Para aderir à interiorização, o ACNUR identifica os venezuelanos interessados em participar e cruza informações com as vagas disponíveis e o perfil dos abrigos participantes. A agência assegura que os indivíduos estejam devidamente documentados e providencia melhoras de infraestrutura nos locais de acolhida”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/09/27/mais-122-venezuelanos-sao-transferidos-nesta-quinta-feira-para-sao-paulo-e-rio-grande-do-sul/>>. Acessado em: 30.09.2018.

¹⁰⁰ “Resposta humanitária no Brasil se intensifica diante a crescente chegada de venezuelanos”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/04/06/resposta-humanitaria-no-brasil-se-intensifica-diante-a-crescente-chegada-de-venezuelanos/>>. Acessado em: 20.09.2018.

¹⁰¹ Conferir: “ESPECIAL: ONU Brasil apoia governo federal na recepção de refugiados e migrantes venezuelanos”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/especial-onu-brasil-apoia-governo-federal-na-recepcao-de-refugiados-e-migrantes-venezuelanos/>>. Acessado em: 27.10.2018.

governo federal, como a operação acolhida e o processo de interiorização, porém ainda se mostram bem aquém de superar o problema na fronteira.

Com a sobrecarga sobre o estado de Roraima sua estrutura de serviços públicos aos refugiados resta insatisfatória diante do volume exacerbado de solicitações diárias e as que já se acumulam, por conseguinte, houve o aumento da ocupação das ruas, especialmente em Boa Vista e Pacaraima, e com isso a proliferação de doenças, escassez de trabalho, comida, considerável aumento da xenofobia, dentre outras intempéries.

Por outro lado, quanto aqueles que não se “enquadram” na categoria de refugiados, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), na competência de solucionar os casos omissos, elaborou a Resolução Normativa 126/2017¹⁰² como alternativa à regularização desses migrantes, que dispõe sobre a concessão de residência temporária, pelo período de dois anos a todo estrangeiro que tenha ingressado na território brasileiro por via terrestre e possua nacionalidade de país fronteiriço. Para tanto, tal solicitação deverá ser realizada perante à Polícia Federal, com a necessária entrega de documentos e pagamento de taxa. (MOREIRA, 2018, p. 397)

Apesar da supracitada Resolução ter como intuito a proteção de parte dos migrantes que aqui chegam da Venezuela, não está imune a críticas doutrinárias, que apontam como principais falhas a obrigação do pagamento de taxas para regularização migratória, uma vez que a maioria desses solicitantes se deslocam em decorrência de uma grave crise que assola o seu país saindo de lá com poucos ou nenhum recurso financeiro, além da exigência da migração ter sido feita por via terrestre, que não deixa de ser excludente.

Diante das condições que esses venezuelanos se encontram, ao se deslocarem involuntariamente pela grave e generalizada violação dos direitos humanos, máxime no tocante aos seus direitos sociais, políticos, econômicos e culturais, o que os impede de continuarem vivendo em seu país de origem, o mais acertado seria reconhecer o *status* de refugiado de todo esse contingente¹⁰³.

¹⁰² Conferir em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11016.pdf>>. Acessado em: 15.09.2018.

¹⁰³ O entendimento do presente trabalho é a análise personalizada de cada pedido de refúgio com o escopo de encaixar corretamente na classe adequada que cada migrante faz parte, porém a crise que assola a Venezuela repercute na privação dos direitos mais mezinhos do seu povo, cabendo a condição de refugiados à maioria desses migrantes venezuelanos, é o que diz Luis Felipe Aires Magalhães, pós-doutorando na PUC-SP e pesquisador no Observatório das Migrações em São Paulo, para o veículo de comunicação do G1: “Muitos países passaram por situações econômicas que violam os direitos humanos. Países que foram historicamente controlados por estrangeiros, muitas vezes não têm a estrutura necessária para a manutenção do seu povo. O campo econômico não é diferente do direito humano, pois o direito humano de sobrevivência passa necessariamente pelo campo econômico”. (G1, 2018) Cf. G1. *Maioria dos pedidos de refúgio negados pelo Brasil é motivada por razões econômicas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/maioria-dos->

Nesse mesmo sentido, o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) se posicionou no mais recente relatório sobre violações de direitos contra imigrantes venezuelanos no Brasil, realizado em maio de 2018. Nas recomendações direcionadas ao Ministério da Justiça, o CNDH considera: “(...) há bases para que o Artigo 1º, III da Lei no 9.474/1997 seja aplicado no caso do atual fluxo venezuelano, considerando as graves violações dos direitos econômicos e sociais” (CNDH, 2018, p. 37)

Merece realce, ainda, a Recomendação de n. 01, emitida pelo mesmo Conselho supra, em janeiro de 2018, na qual o referido órgão adverte para a devida proteção dos direitos humanos aos venezuelanos diante do crescente fluxo migratório.

Dentre as principais questões levantadas pela Recomendação n. 01/ 2018, destaca-se o alerta para “a falta de coordenação de ações nos três níveis de governo e o baixo compartilhamento de informações sobre o fluxo migratório”¹⁰⁴, resultando na inadequação do poder público na acolhida desses refugiados em dissonância com o respeito aos direitos humanos, recomendando-se: a instalação urgente de um Gabinete Emergencial de Gestão Migratória composto pelo governo federal e governos estaduais e municipais envolvidos na acolhida das venezuelanas e dos venezuelanos; a realização de estudo e implementação de um plano de interiorização; a elaboração e adoção de protocolos nacionais de atendimento diferenciado à população indígena migrante; a elaboração de portarias que regulamentem os aspectos da Lei de Migração de n. 13.445/2017 e do Decreto n. 9.199/2017, bem assim, o urgente início da gestão, por parte do poder público, do abrigo do ginásio do Tancredo Neves na cidade de Boa Vista, no sentido de que este ofereça as condições adequadas de abrigo e garantia dos direitos humanos.

Em atendimento a tal recomendação, a Presidência da República editou a Medida Provisória n. 820, em 15 fevereiro de 2018, atualmente convertida na Lei 13.684 de junho de 2018, que dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado pela crise humanitária, da qual, em síntese, tece considerações sobre o conceito de vulnerabilidade dos migrantes, sobre a proteção social e sobre a crise humanitária, fixando ampliação de políticas públicas

pedidos-de-refugio-negados-pelo-brasil-e-motivada-por-razoes-economicas.ghtml>. Acessado em: 16.09.2018. Ainda em harmonia com esse pensar é a lição de Cançado Trindade: “A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social e do político e do cultural”. (TRINDADE, 1997, p. 170)

¹⁰⁴ Recomendação emergencial que dispõe sobre o direito de venezuelanas e venezuelanos no fluxo migratório no Brasil. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cndh/recomendacoes-1/Recomendao1fluxomigratriovenzuelanosnoBrasil_final.pdf>. Acessado em 16.09.2018.

migratórias¹⁰⁵, além de instituir o Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento dessas pessoas.

Importa ressaltar o veto que essa Medida Provisória sofreu em seu § 5º, do art. 5º, no qual propunha cotas de migrantes a serem absorvidas por unidades da federação a partir da realização de prévia avaliação técnica da capacidade de absorção do ente federativo, levando-se em consideração condições pessoais desses migrantes, como a existência de vínculo familiar ou empregatício. As razões do veto se fundamentaram no art. 5º, inciso XV da Constituição, que dispõe ser o direito de locomoção e liberdade um direito fundamental aplicado a brasileiros e estrangeiros. Revelando-se a partir daí um certo avanço protetivo.

Ademais, tem-se que no mesmo dia da publicação da Medida Provisória o Presidente da República também editou dois decretos que a regulamenta, o Decreto n. 9285/2018¹⁰⁶, reconhecendo a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela e o Decreto n. 9286/2018¹⁰⁷ definindo a composição, as competências e as normas de funcionamento do Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento desses migrantes.

Um outro passo foi a publicação da Portaria Interministerial n. 09, de 14 de Março de 2018¹⁰⁸, e que preenche a lacuna deixada pela Resolução n. 126 do CNIg publicada em 2017 e que era válida por apenas um ano. A nova Portaria possibilita a obtenção de residência temporária no Brasil a cidadãos de países fronteiriços que não façam parte do Acordo de residência do MERCOSUL e países associados, porém com mais facilidades nos trâmites burocráticos para uma situação permanente, como não exigência de certidão apostilada; não exigência de desistência do pedido de refúgio para concessão do pedido de imigração;

¹⁰⁵ “Art. 4º As medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária visam à ampliação das políticas de: I - proteção social; II - atenção à saúde; III - oferta de atividades educacionais; IV - formação e qualificação profissional; V - garantia dos direitos humanos; VI - proteção dos direitos das mulheres, crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, população indígena e comunidades tradicionais atingidas; VII - oferta de infraestrutura e saneamento; VIII - segurança pública e fortalecimento do controle de fronteiras; IX - logística e distribuição de insumos; e X - mobilidade, distribuição no território nacional e apoio à interiorização das pessoas mencionadas no caput.” (MEDIDA PROVISÓRIA Nº 820, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2018). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2018/medidaprovisoria-820-15-fevereiro-2018-786169-publicacaooriginal-154863-pe.html>>. Acessado em: 15.09.2018.

¹⁰⁶ Conferir Decreto n. 9.285, de 15 de Fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9285-15-fevereiro-2018-786170-publicacaooriginal-154864-pe.html>>. Acessado em 15.09.2018.

¹⁰⁷ Conferir Decreto n. 9.286, de 15 de Fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9286.htm>. Acessado em 15.09.2018.

¹⁰⁸ Conferir Portaria Interministerial n. 09, de 14 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/cedula-de-identidade-de-estrangeiro/PORTARIAINTERMINISTERIALN9DE14DEMARODE2018DirioOficialdaUnioImprensaNacional.pdf>>. Acessado em: 16.09.2018.

gratuidade para os que não possuem condições do pagamento de taxas; possibilidade de transformação da residência temporária em residência por tempo indeterminado após dois anos.

De mais a mais, verifica-se que, a regularização migratória dos venezuelanos tornou-se ainda mais simples através de recente Portaria Nº 15¹⁰⁹, de 27 de Agosto de 2018, permitindo, principalmente, àqueles que não desejam o reconhecimento da condição de refugiado, por se considerarem migrantes econômicos, solicitar a residência temporária sem contudo necessitarem apresentar todos os documentos pessoais, no caso de não os possuírem.

No entanto, o pedido de refugio pelos venezuelanos é ainda a forma mais utilizada para obtenção de proteção e acesso a documentação mais necessária para se estabilizar. Ocorre que, como já mencionado, o Comitê responsável pelo julgamento desses recursos leva anos para concluir um pedido, com um tempo médio de dois anos, podendo, inclusive ultrapassar esse período. Até o início de 2018 já se aglomerava uma fila de 86 mil pedidos a serem analisados¹¹⁰, contando o CONARE com o serviço de apenas 14 funcionários para tal análise¹¹¹.

Assevera-se que a Resolução Nº 126/2017, considerada um dos pontos de partida da implementação das políticas migratórias, foi elaborada com muito atraso diante da onda migratória que se despontava no Brasil desde 2010, com a chegada dos haitianos em razão do terremoto. As políticas migratórias brasileiras não tem um perfil de prevenir situações alarmantes que um intenso fluxo de refugiados pode gerar, são, em sua maioria, paliativas e retardatárias, como a referida resolução que só foi emitida por pressões da sociedade civil e órgãos públicos (MAHLKE; YAMAMOTO, 2017, p. 50)

Apesar de todo aparato legislativo e avanços na regulamentação do acolhimento, a efetivação dos direitos dos refugiados venezuelanos, em um primeiro plano, fica a cargo dos

¹⁰⁹ Conferir Portaria Interministerial n. 15, de 27 de agosto de 2018. Disponível em: <http://portal.imprensa nacional.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/38537714/do1-2018-08-28-portaria-interministerial-n-15-de-27-de-agosto-de-2018-38537352>. Acessado em: 16.09.2018.

¹¹⁰ Segundo relatório do CONARE “*Refúgio em Números*”, desde o final de 2017 já se somam 86.007 solicitações de reconhecimento em trâmite. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acessado em: 17.10.2018.

¹¹¹ Em matéria do G1, o coordenador do CONARE, Bernardo Laferté, relata a dificuldade de estimar o tempo que o órgão deve levar para zerar a fila de pedidos de refúgio já que não há como prever o tamanho do fluxo de entrada a cada ano se referindo aos venezuelanos que foram a maioria dos que no Brasil chegaram no ano de 2017 fugindo da crise humanitária, e afirma: “Todo o cenário é imprevisível. Houve um aumento considerável de solicitação de refúgio por venezuelanos. Não tem como prever o movimento migratório”. (G1, 2018). Conferir em G1: “*Brasil tem 86 mil estrangeiros aguardando resposta sobre refúgio e 14 funcionários para avaliar pedidos*”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-tem-86-mil-estrangeiros-aguardando-resposta-sobre-refugio-e-14-funcionarios-para-avaliar-pedidos.ghtml>>. Acessado em: 15.09.2018.

Estados que os recebem, que muitas vezes sobrepõem os interesses internos, afastando-se de mecanismos de viés humanizado. Certo é, que a aplicação da legislação relativa aos refugiados somente encontra efetividade se for em conjunto com a atuação dos governos municipal, estadual e federal.

A abertura de fronteiras e o direito a livre circulação, amparado pelo inciso XV, art. 5º da Constituição Federal, pelo art. 13º, §§1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo art. 12º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e, ainda, pelo art. 22º da Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda tem sido restringida pelo Estado brasileiro, com a imposição da soberana vontade estatal e discricionariedade na escolha de quem entrará no território, cujo o fundamento encontra guarida na regra de exceção da segurança e ordem pública.

Tenha-se presente a posição do Estado de Roraima, através da governadora Suely Campos, que em abril de 2018, postulou Ação Civil Ordinária nº 3.121, junto ao Supremo Tribunal Federal, pleiteando o fechamento temporário e imediato da fronteira em razão da insuficiência financeira do Estado em arcar com os custos que demandam o acolhimento dos solicitantes de refúgio.

Não obstante ter o governo de Roraima razões para debater frente as insuficiências financeiras e estruturais, o teor da ação quanto ao fechamento de fronteiras não se sustenta ao ir de encontro a mais recente Lei de Migração brasileira, de Nº 13.445/2017, que tem como princípio basilar a prevalência dos direitos humanos dos migrantes. Essa recente ação será objeto de estudo no próximo capítulo, adiantando, de pronto, que a decisão liminar do STF foi pelo indeferimento.

Nessa senda, cumpre fazer menção, mesmo que de forma sucinta, à decisão proferida liminarmente na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima, no Habeas Corpus de Nº 6447-87.2016.4.01.4200¹¹², em 09 de dezembro de 2016, tendo por paciente uma coletividade de venezuelanos. Nesta ação a Defensoria Pública da União alegou a violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o devido processo legal por parte da Superintendência da Polícia Federal em Roraima que tentou deportar sumariamente 450 migrantes venezuelanos em situação de vulnerabilidade, alegando o impetrado que a deportação era cabível a não nacionais com estadas irregulares no país, desde que conveniente ao interesse nacional.

112

Disponível

em:

<<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=64478720164014200&secao=RR&pg=1&enviar=Pesquisar>> . Acessado em: 16.09.2018.

A sentença final desta ação, em harmonia com a liminar, concedeu em caráter definitivo a ordem, em 31/03/2017, atendendo ao pedido da DPU de assegurar à coletividade de venezuelanos o direito de permanecer no Brasil até o final do processo administrativo de deportação, com fundamento na garantia do contraditório e do devido processo legal, além de indicar a violação ao art. 22, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que veda a expulsão coletiva de estrangeiros.

Outra decisão que merece destaque foi a do próprio Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, em 19/10/2017, ao indeferir o Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Boa Vista, em razão da liminar concedida na Medida Protetiva de Nº 0800206-42.2017.8.23.0010, de autoria do Ministério Público de Roraima. A referida liminar obrigou o Município a conceder moradia e alimentação às crianças migrantes venezuelanas que estejam em situação de risco.

O acórdão do AgInst. Nº 0000.17.000167-1¹¹³, dentre outras coisas, sustentou a responsabilidade solidária dos entes federativos para assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes migrantes; além do dever de proteção fundamentados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente e, de modo especial, na Opinião Consultiva n. 21, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que estabelece que o Estado receptor da criança deve oferecer assistência material e programas de apoio, particularmente com respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação e que em decorrência disso, o Município tinha o dever de adotar políticas públicas que proporcione condições mínimas de vida, mormente em relação às crianças migrantes em situação de rua e por fim, assinalou que os direitos tutelados se inserem no núcleo mínimo de direitos fundamentais, e portanto, não têm aplicação as cláusulas de reserva orçamentária e de reserva do possível, impondo-se apenas delimitar a obrigação quanto à quantidade e quanto à duração do fornecimento de abrigo e alimentação. Nesta decisão houve o reconhecimento inédito no Brasil do caráter vinculante das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não obstante os avanços já alcançados, como demonstrado nesse tópico, importa salientar que as decisões judiciais no sentido das que foram explanadas acima são em pequena escala e insuficientes frente as violações de direitos em nome dos interesses estatais e da exiguidade das políticas migratórias adotadas pelo Brasil.

Existe, ainda, uma ausência de diálogo entre as autoridades municipais, estadual e federal na busca de soluções para essa coletividade de refugiados, o que leva, como se relatou,

¹¹³ Disponível em: <<http://diario.tjrr.jus.br/dpj/dpj-20171031.pdf>>. Acessado em 16.09.2018.

ao pedido do fechamento da fronteira frente à calamidade pública que se instalou naquela região por falta de medidas adequadas e preventivas.

Tendo em vista esse grande fluxo de refugiados na fronteira norte, o CNDH realizou uma missão em janeiro de 2018, passando por Belém, Santarém, Manaus, Boa Vista e Pacaraima, para averiguação e formulação de relatório sobre as condições dos migrantes venezuelanos nessa região.

Nas recomendações do referido relatório, o CNDH constata a grande desarticulação entre os representantes dos três níveis de governo, indicando um baixo nível de compartilhamento de informações, ausência de diálogo, apoio técnico e de um trabalho minimamente coordenado que por via de consequência, resulta na desassistência aos refugiados, atribuindo a esses órgãos do governo grande parte da potencialização das vulnerabilidades que passam esses venezuelanos ao chegarem no país. Importa evidenciar:

Em todas as reuniões realizadas com agentes governamentais, a missão ouviu acusações recíprocas e negativa de responsabilidades próprias. Constatou-se que algumas medidas, quase sempre desarticuladas, chegaram a ser tomadas, mas com resultados insuficientes. Salta aos olhos a ausência de vontade de cooperar. O fluxo migratório, por envolver questões de competência federal e direitos albergados em tratados internacionais dos quais o país é signatário, exigem uma ação coordenada por parte do governo federal. O pacto federativo e a execução descentralizada de políticas de atenção básica e assistenciais, determina uma articulação que não vem ocorrendo. Verificou-se que, desde o início de 2017, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal, vem realizando reuniões com os agentes públicos envolvidos, vinculados aos três níveis de governo, orientando quanto à necessidade de um trabalho coordenado o que, até a data da missão, não havia surtido os efeitos necessários. A atenção e assistência aos migrantes até aquele momento foi, em grande parte, realizada pela sociedade civil com o apoio técnico das agências do Sistema das Nações Unidas – ACNUR, OIM e UNFPA. A presença de grupos indígenas entre os migrantes não tem recebido a atenção que a situação exige. (CNDH, 2018, p. 33)

O Brasil mostra-se o quão despreparado está para receber um volume de solicitantes de refúgio, que se comparado ao afluxo europeu é estimado como diminuto. Conforme aponta Castro; Fernandes e Galvão: “(...) em uma contagem bem generosa, os recém-chegados, em um período de oito anos (2010 a 2018), não somariam 250 mil pessoas, aproximadamente 0,2% da população do país” (CASTRO; FERNANDES; GALVÃO, 2018, p. 448)

Nota-se que o Presidente da República criou mecanismos legais no intuito de solucionar os problemas advindos do afluxo de pessoas venezuelanas, porém existe uma ambiguidade entre o aparato normativo, o seu discurso e a falta de ações políticas satisfatórias. Em fevereiro de 2018 em visita ao estado de Roraima, o mencionado chefe do

executivo se fez acompanhar por ministros da área de segurança, sinalizando a real preocupação com o controle de fronteiras. (CASTRO; FERNANDES; GALVÃO, 2018)

Ainda em março de 2018, o governo federal tornou editar Medida Provisória nº 823, abrindo crédito extraordinário de R\$ 190.000.000,00 ao Ministério da Defesa, para a assistência emergencial e acolhimento humanitário dos migrantes. No próprio relatório do CNDH é apontado que a execução orçamentária quase que integralmente ficou a cargo da Base de Apoio Logístico do Exército no Rio de Janeiro, distante da fronteira e das regiões de interiorização dos imigrantes, e aconselha que o Ministério da defesa preste contas detalhada sobre a alocação e execução orçamentária dos 190 milhões destinados para o acolhimento dos migrantes.

Outrossim, é aconselhado ao Presidente da República, no aludido relatório, que reavalie a decisão pela militarização da resposta humanitária à chegada de venezuelanos ao definir o Ministério da Defesa para desenvolver papel de liderança nas ações de assistência ao contingente de migrantes. Destacando que a nova Lei de migração preconiza a “substituição do paradigma da segurança nacional pela lógica dos direitos humanos. A adequada acolhida de migrantes envolve aspectos (...) que fogem ao escopo constitucional das funções das Forças Armadas” (CNDH, 2018, p. 36). E assevera que a gestão dos locais de abrigo devem ser transferidas o quanto antes para os órgãos públicos civis responsáveis pela assistência social.

A política de fronteira brasileira direcionada ao fluxo de migrantes tradicionalmente se baseia no “paradigma militarista-policia”¹¹⁴ cujo foco é a segurança nacional (VIEIRA, 2018, p. 480). Essa prática se afasta da promoção dos direitos humanos e de uma política de acolhimento que seja eficaz tanto para os venezuelanos, quanto para situação de calamidade que se concentra ao norte do Estado brasileiro. A legislação é avançada, porém, a política de migração que se aplica não a acompanha.

Nesse sentido Mahlke e Yamamoto sustentam:

Como Estado parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967, Brasil debe proporcionar una estructura

¹¹⁴ Sobre as políticas de fronteiras do Brasil, Vieira acentua: “Nas últimas duas décadas, as políticas de fronteiras adotadas no Brasil deram uma atenção diferenciada que ainda essas regiões do país não tinham recebido, com aumento do efetivo de fiscalização e controle por parte de diferentes órgãos federais, incluindo Receita Federal, Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal, com parcerias com as forças militares. Em 2011 foi instituído o Plano Estratégico de Fronteiras e apenas em 2016 foi substituído pelo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras (PPIF) que focou na ‘integração e coordenação entre órgãos de segurança pública, inteligência, Receita Federal e Forças Armadas, com participação e cooperação dos países vizinhos’” (VIEIRA, 2018, p. 480-481)

eficaz para la acogida y la integración de refugiados; sin embargo, esto aún no existe. La falta de una política y una estructura migratorias eficaces en Brasil es una opción política; en su lugar, el gobierno decide adoptar soluciones provisionales caso por caso. Esto va en contra de la ley y el espíritu de la Convención de 1951, y Brasil debe fortalecer la acogida y la integración tanto para los migrantes venezolanos como para los refugiados. Un enfoque más proactivo a largo plazo permitirá una protección más rápida y eficaz de los migrantes forzados, algo particularmente importante cuando el desplazamiento desde Venezuela no muestra signos de disminución (MAHLKE; YAMAMOTO, 2017, p. 50)

Espera-se que o governo brasileiro adote uma política de migração adequada e de longo prazo, com abstenção de medidas paliativas¹¹⁵ que continuam violando os direitos dos migrantes, mas que atue de modo preventivo em todas as esferas de governo, bem como, que a atuação do Judiciário se intensifique na garantia dos direitos desse contingente humano, se estendendo, também, a ressalva aos órgãos essenciais à justiça, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, sobretudo em razão da vulnerabilidade dos refugiados e da crise que a Venezuela tem passado.

3.3 AS RAZÕES DO ESTADO

Na análise jurídico-política aplicada à gestão do fluxo migratório nas fronteiras é notório a atual tendência a uma restrição de acesso privilegiando à conduta de fechamento em detrimento de políticas humanitárias de acolhimento¹¹⁶.

¹¹⁵ Para Helisane Mahlke: “(...) essas medidas paliativas adotadas pelos Estados, as quais são potencialmente violadoras de direitos humanos, são um dos efeitos colaterais da ausência de um regime internacional de proteção aos refugiados consolidado.”(MAHLKE, 2017, 93)

¹¹⁶ Algumas das políticas controversas utilizadas pelos Estados para lidar com o fluxo migratório são: cooperação interestatal (“*burden sharing*”); acordo com um terceiro país de acolhimento (“*third safe country*”); zonas de segurança (“*safety zones*”); fechamento de fronteiras (“*border closure*”) e centros de detenção. O *burden sharing* que tinha como principal escopo o cooperação financeira e física entre Estados receptores de refugiados, se transformou em uma alternativa desumana, com o oferecimento de recursos para a construção e manutenção de campos de refugiados nas regiões de origem, impedindo que esse grupo de pessoas chegassem nas fronteiras dos Estados, principalmente, europeus. Já o acordo com um terceiro país de acolhimento resulta na responsabilização de um outro país do qual o indivíduo não solicitou o refúgio, esses acordos se revestem de certa legalidade através da denominada responsabilidade compartilhada, contudo, incide muitas vezes no “*refoulement indireto*”, uma vez que muitos desses terceiros países não estão vinculados às normas protetivas do Direito Internacional dos Refugiados. As chamadas zonas de segurança são medidas paliativas que expõe os refugiados em situações de vulnerabilidade e insegurança. Essas zonas são desmilitarizadas com a “intenção” da população civil ter abrigo em razão dos conflitos que porventura sofra o seu país, todavia, tais espaços podem ser objeto de interesses políticos sob a escusa humanitária. O fechamento de fronteiras ou “*border closure*”, tem siado a prática mais comumente utilizada para o rechaço do fluxo migratória fundamentada na soberania e interesses estatais sob a justificativa de segurança interna. Por fim, os centros de detenção consiste na privação de liberdade do estrangeiro em virtude do seu *status* migratório irregular. A prática da detenção faz confundir as políticas migratórias com as políticas de segurança e controle sobre as fronteiras, infelizmente com o predomínio desta última, ao dar os Estados um tratamento hostil ao migrante ilegal, enxergando-o como ameaça ao mantê-lo detento, indo na contramão dos valores da dignidade humana. Para grande parte da doutrina internacionalista os centros de detenção são contrários aos direitos humanos, caros e ineficientes, pois não resolve o crescente afluxo de migrantes deslocados forçadamente (MAHLKE, 2017, p.85-93)

Interessante notar que, a resposta a esse fenômeno advém do uso de cláusulas do Estatuto dos Refugiados de 1951 que permitem ao aplicador do direito impor obstáculos à entrada de refugiados por razões de ordem pública e de garantia da segurança interna: “Art. 32 - Expulsão. 1. Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública” (Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, 1951).

Urge observar que, não obstante extrair-se esta verdadeira cláusula de exceção de um estatuto protetivo aos refugiados, vislumbra-se aí uma barreira de acesso deste grupo vulnerável aos destinos pretendidos.

Logicamente com o incremento das ações terroristas desde o 11 de setembro de 2001, em especial, com a sofisticação das estratégias dos ataques, não raro, com participação, de habitantes locais com raízes estrangeiras, a visão estatal sobre os movimentos migratórios sofreu clarividente modificação, sendo este tema frequente em noticiários¹¹⁷ pela Europa e América do Norte, assim como, nas campanhas eleitorais destas regiões.

Constata-se que tanto o argumento da segurança interna quanto as razões de proteção da ordem pública encaixaram-se no discurso daqueles que defendem o fechamento de fronteiras em detrimento da proteção humanitária, nesse sentido Maria Hylma Alcaraz Salgado salienta:

La afluencia a Europa de una gran cantidad de inmigrantes plantea dos problemas principales: uno, exclusivamente humanitario; otro, de seguridad interna. Estas cuestiones son esencialmente antitéticas: la preponderancia de una impone restricciones a la otra. (SALGADO, 2018, p. 74)

No âmbito da segurança interna, carece de maior esforço imaginar que restringindo a entrada de imigrantes, muitos deles derivados de países que abrigam células de grupos terroristas, haverá algum benefício neste campo, reduzindo a possibilidade de países europeus ou norte americanos abrigarem potenciais indivíduos com intenções terroristas misturados a algum contingente de refugiados.

¹¹⁷ A Hungria foi um dos países da União Europeia que, em março de 2017, aprovou projeto para reter os refugiados em campos de fronteira, um dos receios do Parlamento húngaro foi justamente baseado na associação da crise migratória com o terrorismo, segundo a notícia veiculada pela agência Reuters: “A fronteira sul com a Sérvia marca a divisa externa do chamado Espaço Schengen, área de livre circulação da UE, por onde centenas de milhares de pessoas entraram no país. O primeiro-ministro húngaro, Viktor Orban, procurou justificar a medida dizendo que seu país tem que agir para se defender, descrevendo o influxo de imigrantes – muitos deles fugindo de conflitos no Oriente Médio e na África – como um ‘cavalo de Tróia para o terrorismo’ (...) ‘Ninguém pode pisar em solo húngaro ou da União Europeia sem permissão’, afirma o ministro do Interior, Sándor Pinter, no projeto de lei.” (REUTERS, 2017) Cf. REUTERS. *Hungria aprova projeto para deter imigrantes em campos de fronteira e alarma ONU*. Disponível em <<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN16E1PD>>. Acessado em: 20.09.2018.

No plano da ordem pública dois aspectos são utilizados para sustentar o fechamento de fronteiras ou um controle mais rigoroso. O primeiro ponto diz respeito a impossibilidade estrutural de um só Estado abrigar todo o grupo que bate a sua porta. Em segundo lugar, há a própria resistência social da comunidade nativa em, frente as dificuldades materiais desta acolhida e as divergências culturais eventualmente surgidas, aceitar pacificamente a incorporação dos refugiados em seu território.

Nestes termos, este trabalho propõe refletir que em face dessa realidade complexa, sucintamente abordada, não se pode ignorar, em exercício de ponderação, as razões invocadas pelos Estados na proteção de seus interesses e de seus administrados.

Por certo, não se pode olvidar, que este dilema de abertura ou fechamento de fronteiras encaixa-se na ótica alexyana de colisão de princípios¹¹⁸. Isto porque, se de um lado temos todo espectro normativo de proteção humanitária aos refugiados, deduzidas, por exemplo, por princípios como o *non-refoulement*, de outro lado temos princípios de preservação da ordem pública e da paz social que devem ser sopesados.

Neste conflito normativo, como leciona Alexy (2008, pp. 167/168), o resultado definitivo só será obtido em cada caso concreto, como produto da relação de sopesamento. Contudo, é lícito afirmar que toda solução encontrada conterà a máxima expressão de cada um destes princípios opostos, ratificando sua natureza de mandamentos de otimização.

De maneira mais simples, isto equivale a dizer que qualquer decisão jurídica ou administrativa que esvaziar ou mesmo reduzir de forma desproporcional a força seja dos princípios de direitos humanos dos refugiados, como o *non-refoulement*, seja dos princípios de ordem pública e paz social, estará indo de encontro com a própria ordem jurídica vigente, além de negar também a observância do princípio da máxima efetividade aplicada a Constituição interna dos Estados, bem como a Constituições Regionais como a da UE, ou mesmo a Tratados celebrados pelos Estados em questão.

Ademais, importa deixar claro que, no contexto do devido sopesamento acima defendido, deve-se examinar individualmente a condição de cada solicitante em provável situação de refugiado, confirmando os requisitos necessários para a concessão de tal direito e somente *a posteriori*, se possível, aplica-se as cláusulas de exceção contidas na Convenção de

¹¹⁸ Para Alexy (2008, pp. 89/90) as normas podem ser divididas em duas espécies, as regras e os princípios. Enquanto as primeiras são comandos realizados ou não, flexibilizados apenas por regras de exceção insertas no próprio ordenamento, os segundos são mandamentos de otimização, realizáveis de modo gradual frente as possibilidades fáticas e jurídicas. Alexy, (2008, pp. 96/99 e 169) leciona que os princípios eventualmente colidentes em situações cotidianas serão confrontados dentro de uma relação de precedência condicionada, ou seja, em uma circunstância C o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2. Nesta “lei de colisão” que apresenta o pressuposto fático C para que P1 supere P2, deve haver um sopesamento tal que nenhum dos dois queda-se esvaziado e que a fórmula de aplicação encontrada possa aproveitar o máximo de cada princípio em voga.

1951. Dessa forma evita-se a discriminação em massa do contingente de refugiados, uma vez que tais exceções abrem a prerrogativa aos Estados de decidir quem não receberá a concessão do refugio por ser considerado terrorista, o que é sobremaneira subjetivo.

Assentada essas considerações, resta claro que é indispensável voltar-se para as razões que os Estados apresentam diante da crise imigratória. Razões estas que devem ser ponderadas à luz dos ensinamentos de Alexy. Como será visto a arena para estas ponderações está situada principalmente nos entendimentos jurisprudenciais, a serem examinados no capítulo 4.

4 LIMITAÇÕES AO PODER SOBERANO VIOLADOR DOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS

Conforme foi ressaltado ao longo deste trabalho, os governos estatais procuram, mais facilmente, tratar da migração em si ao invés do migrante em sua particularidade, despersonalizando o problema e assim, gerando a conseqüente negação ao mínimo de dignidade à essa parcela social de pessoas deslocadas. (ANUNCIACÃO, 2018)

Esse trato por parte dos Estados acaba ultrapassando seus próprios limites emanados das Constituições outorgadas e dos Tratados e Convenções ratificados.

Pode-se constatar, consoante assinala Anunciação (2018, p. 587), que a soberania do Estado no que tange a seara econômica, militar e tecnológica, foi enfraquecida no decorrer dos anos, porém, a soberania estatal se fortaleceu nas fronteiras com o fim de não admitir os estrangeiros, os extranumerários, os “não empregáveis”, os intoleráveis e diferentes.

Os movimentos migratórios não trouxeram consigo uma fragilização da soberania estatal em relação às políticas de fronteiras, como mostra a experiência do século XX, momento no qual maciças ondas de migrantes se moveram para países desenvolvidos sem que isso afetasse a higidez de nenhuma nação soberana.

As causas e efeitos do movimento migratório mudaram, mas as regras de controle e mesmo o respeito aos direitos destinados aos migrantes pouco foram alteradas, ao revés, em alguns países se tornaram mais duras e inflexíveis, sobretudo no âmbito político.

É bem verdade que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como a Carta das Nações Unidas representou um grande avanço na promoção dos direitos dessa minoria¹¹⁹, porém ainda é um construído, não se chegou em um patamar satisfatório, ou mesmo mínimo da garantia da dignidade humana, principalmente porque muitos Estados ainda relutam em efetivar tais normas ou implementá-las, em parte, conforme os interesses de cada nação, lastreada na defesa ilimitada da suas soberanias.

Nos itens que se seguem tratar-se-á dessa dicotomia entre valores humanos de natureza universal e soberania dos Estados, explorando algumas razões que levam à flexibilização da vontade soberana.

¹¹⁹ Habermas (2012, p. 51): “Cada repatriamento de um requerente de asilo por trás das portas fechadas de um aeroporto, cada navio naufragado com refugiados da pobreza na rota do Mediterrâneo entre a Líbia e a ilha de Lampedusa, cada tiro na fronteira mexicana, constitui mais uma questão inquietante dirigida aos cidadãos do Ocidente. A primeira declaração dos direitos humanos estabeleceu um padrão que pode inspirar os refugiados, aqueles que caíram na miséria, os excluídos, ofendidos e humilhados, e dar-lhes consciência de que o seu sofrimento não possui o caráter de um destino natural. A positivação do primeiro direito humano criou a obrigaçao jurídica de concretizaçao dos conteúdos morais superiores, enterrados na memória da humanidade”

4.1 A SOBERANIA ESTATAL FRENTE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos não podem passar de meras promessas de melhoria da condição humana. A sua eficácia deve ser aplicada na prática, o que, infelizmente, muitas vezes não se constata. Sérgio Resende de Barros (2004, p. 287) chama à atenção para a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social, sendo a primeira, em apertada síntese, aquela que produz efeitos no plano jurídico e esta última é entendida como “a realização social do direito segundo os valores que o instruem. Ou seja, é a transformação da norma legislada na conduta desejada”.

Tal transformação tem sido o desafio da matéria dos direitos humanos, tanto quando positivados nas constituições de cada Estado, quanto emanados dos tratados internacionais.

No plano interno dos Estados, ao final do século XVIII, os direitos do homem e do cidadão foram estabelecidos como direitos de primeira dimensão, entendidos como direitos civis e políticos, conhecidos como direitos que expressam os valores de liberdade, a exemplo da liberdade de expressão, locomoção, nacionalidade, considerados iminentes a todo e qualquer indivíduo, inalienáveis e imprescritíveis.¹²⁰

No entanto, esses direitos de primeira dimensão, por não conseguirem promover um ambiente de igualdade social tiveram sua eficácia comprometida. Constatou-se que tais direitos eram aplicáveis apenas a todo e qualquer indivíduo dotado de condições (sociais, culturais e econômicas) de exercitá-los.

Diante dessa dificuldade de eficácia, restou claro a desigualdade desses direitos no seio da sociedade, surgindo, a partir do séc. XX, os direitos sociais, conhecidos como direitos de igualdade, sejam econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho, a educação, a saúde, dentre outros. Estes direitos sanaram, de certa forma, a ineficácia social dos direitos individuais, porém, em um primeiro momento, os direitos sociais são positivados através das

¹²⁰ Para Paulo Bonavides: “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoas e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (BONAVIDES, 2015, p. 578)

normas programáticas, ou seja, sem efetividade jurídica imediata¹²¹. Assim, ficavam, frequentemente, no plano das promessas, em decorrência da inércia do legislador¹²².

Após as duas Guerras Mundiais¹²³ a capacidade de autodestruição humana tornou-se ainda mais evidente, através do genocídio em massa, da depredação do meio ambiente, do surgimento de inúmeras doenças e etc. Houve, assim, a necessidade do surgimento de novos direitos através dos tratados e convenções internacionais, vindo à tona os direitos de terceira dimensão¹²⁴, conhecidos como direitos de solidariedade, relacionados ao direito de desenvolvimento, subsistência, autodeterminação dos povos, entre outras coisas, são direitos direcionados à proteção da humanidade.

Por sua vez, pode-se questionar a efetividade dos direitos de terceira dimensão, que tem sua gênese no plano internacional e não no direito interno de cada Estado, em consequência disto a soberania estatal acaba por ser empecilho ao poder de coação dos tratados internacionais.¹²⁵

Malgrado, a estrutura política da sociedade mundial funcionar na forma de Estados Nacionais, não se pode negar que se tem avançado na flexibilização da soberania estatal, inclusive através dos tratados de natureza supranacional, que tem como melhor expoente a

¹²¹ Vale expor a elucidação de Bonavides sobre a dificuldade, na fase inicial, de inaplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de segunda dimensão: “De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo o fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, 2015, p. 579)

¹²² Dessa necessidade de implementação é que surgiram as ações do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão.

¹²³ Certo é que, o Direito Internacional dos direitos humanos é o direito do pós-guerra, como indica Mazzuoli: “Como resposta às barbáries cometidas no holocausto, onde imperava a lógica do terror e do medo, e onde a vida humana nada mais era do que simplesmente descartável, a comunidade internacional começou a esboçar um novo – e até então inédito – cenário mundial de proteção de direitos, que pudesse servir, na busca de reconstrução de direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a nova ordem mundial. Se a Segunda Guerra representou a “ruptura” para com os direitos humanos, o pós-Segunda Guerra deveria representar a sua ‘reconstrução’”. (MAZZUOLI, 2012, p. 542)

¹²⁴ “(...) Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto de direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humanos mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. (BONAVIDES, 2015, p. 583-584)

¹²⁵ Sergio Resende de Barros em seu texto “A soberania contra o Direito?” assinala que “Na realidade, os estados nacionais estavam malogrando em sua missão de governar a humanidade para a paz, a comunicação e a autodeterminação dos povos, assim como para a manutenção das condições ambientais ecologicamente equilibradas (...) Esse malgrado deixou evidente a necessidade histórica de gerar novos direitos mediante tratados e declarações internacionais, que submetessem os estados nacionais ao objetivo geral de fomentar e resguardar os valores mais básicos para o ser humano (...) Surgiu para esse fim, no plano internacional, uma terceira geração de direitos.(...) Em face dos direitos de solidariedade, um questão agora se põe: se os estados nacionais malograram, falharão os tratados internacionais na missão de instrumentar com efetividade a edificação e a preservação da humanidade? (...) O empecilho é a soberania.” (BARROS, 2004, p. 289)

própria União Europeia¹²⁶. No entanto, apesar desse avanço da chamada supranacionalidade, até este momento, na prática ainda não se alcançou um poder de coação tal que impeça os Estados de praticarem violações aos direitos humanos, muito menos compelir à adesão dos tratados internacionais que versam sobre a referida proteção.

Em outras palavras, a supranacionalidade permitiu uma certa solidariedade jurídica entre os Estados singulares, mas ainda não é dotada de coercibilidade tal que se imponha acima da jurisdição de cada Estado parte. A estatalidade ainda predomina no cenário político social, sendo que a força da soberania estatal em muito inviabiliza a efetivação dos direitos humanos no âmbito nacional e internacional.

Em que pese o conceito de soberania ter sido amplamente explorado por diversos doutrinadores, importante se faz adentrar, mesmo que rapidamente, nas definições mais importantes, bem como refletir sobre quais relativizações foram impostas a este atributo do Estado ao longo do tempo.

A noção de soberania, historicamente, veio à tona através da decadência do sistema político, social e econômico da Idade Média, que consoante assevera Lewandowski (2000, p.180), se deu por revoltas camponesas contra os senhores feudais, epidemias, reforma protestante, as cruzadas, as guerras internas que suprimiram a aristocracia e impulsionaram a burguesia, dentre outras razões.¹²⁷

Nessa senda, houve uma transição de uma *poliarquia* para uma *monarquia* absolutista, encampada pela burguesia que almejava uma unificação do poder político, tendo em vista que o caos imposto pela ordem medieval atravancava a livre circulação de mercadorias. Então, no final da idade média alguns monarcas ganharam apoio financeiro dessa burguesia interessada em segurança política e comercial.

Observa-se, pois, que o Estado soberano surge, em um primeiro momento, sob a forma de absolutismo monárquico.

¹²⁶ Atente-se ainda que: “A União Europeia já vai superando os nacionalismos e os tradicionalismos que a dividem. Também deixa para trás aquele tipo de internacionalismo que pouco une, porque baseado num internacionalismo que é mais formal do que real. Mas apesar desse avanço, ainda se praticam no continente europeu violações de direitos humanos.” (BARROS, 2004, p. 290)

¹²⁷ Conforme lembra Lewandowski: “Termina nesse momento – ao menos oficialmente – a ordem política medieval, iniciada cerca de mil anos antes, no ano de 476, com a invasão de Roma pelas bárbaros, colocando-se um fim àquilo que Hegel chama de *poliarquia*, ou seja, a multiplicidade de poderes que caracteriza a organização feudal, integrada por aristocratas, corporações de ofício, cidades independentes, congregações religiosas e etc., cada qual exercendo uma parcela das competências que, atualmente, são atribuídas ao Estado, em caráter exclusivo”. (LEWANDOWSKI, 2000, p. 181)

Em 1576, Jean Bodin analisa o conceito de soberania em sua obra “Les Six Livres de la République”, no qual a adjetiva como um poder supremo (*summa potestas*), “absoluto e perpétuo”. Lewandowski (2000, p.181-182) pontua que para Bodin o conceito de soberania estriba-se no direito de dar leis a todos e a cada um em particular; declarar guerra e negociar a paz; nomear os principais magistrados e funcionários; decidir em última instância e de conceder a graça aos condenados; cunhar moedas e de estabelecer pesos e medidas; e gravar os súditos com impostos e contribuições.

Dallari (1998, p. 78) lembra que a inalienabilidade não foi usada como atributo da soberania por Bodin, porém, este deixou claro que todo poder concedido pelo soberano a outrem é no sentido de reter sempre mais poder para si.

E ainda sustenta que o titular da soberania ocupa uma posição permanente que está acima do próprio direito interno, possuindo, inclusive, liberdade para admitir ou não o Direito Internacional. Sendo assim, o poder soberano apenas seria extinguido se o próprio Estado não existisse mais.

Conforme leciona Lafer (1995, p. 137), alinhado ao pensamento de Bodin é o desenvolvido por Thomas Hobbes, tendo este se fundamentado no princípio “*rex facit legem*” (o rei faz a lei)¹²⁸.

Vale ressaltar aqui o pensamento desenvolvido por Lafer ao trabalhar com o conceito de soberania, no qual o autor expõe, além do modelo de convivência internacional de Thomas Hobbes, que como dito, era baseado na dicotomia entre a anarquia e realismo que não impõe limites à soberania, Celso Lafer cita ainda dois importantes modelos clássicos de convivência internacional e que repercute na noção de soberania, o de Hugo Grócio e o de Immanuel Kant.

O modelo grociano, explanado por Lafer, é o baseado na sociabilidade e solidariedade no plano internacional, em outras palavras, é desenvolvido com base em interesses comuns, na funcionalidade de certa interdependência “supra, inter e infra-estatal” que alguma forma pode limitar a soberania em razão da reciprocidade comum. Como exemplo maior dessa interdependência e cooperação internacional tem-se a União Europeia, que, segundo Lafer: “(...) baseando-se na delegação de competências das soberanias as instituições supranacionais, pode ser vista como um novo fenômeno das relações internacionais”. (LAFER, 1995, p. 139)

¹²⁸ “É o rei que faz as leis, pois estas, para serem vivas, precisam estar armadas pelo monopólio da coerção organizada, (...) o Direito é o comando e não sabedoria – comando por ele teorizado como instrumento imprescindível de gestão governamental de uma sociedade. A soberania, neste sentido, pode ser encarada à maneira de Hobbes como o agente público encarregado de eliminar, no território do Estado, a anarquia dos significados sobre o que é justo ou injusto prevalecente no estado de natureza” (LAFER, 1995, p. 137)

Ao expor o modelo kantiano, o autor acima referenciado, esclarece que Kant buscou superar a ideia subjetivista da soberania defendida por Hobbes, bem como, a ideia da funcionalidade de interesses introduzida por Grócio, para Kant o indivíduo é o fim e não o meio da razão estatal, sendo esta razão abrangente em relação a humanidade, engloba direitos inerentes ao ser humano e tem como diretriz a preocupação com a “paz perpétua”.

Uma das concepções contemporâneas das idéias de Kant são os denominados “temas globais”, como os direitos humanos, inseridos hoje na agenda internacional:

(...) o modelo kantiano que, num patamar superior ao dos interesses, insere a possibilidade de afirmar a razão abrangente do ponto de vista da humanidade como algo que se coloca acima do subjetivismo das soberanias, e que se exprime, na prática democrática contemporânea, através dos “temas globais”. (LAFER, 1995, p. 139)

Dito de outra forma, na visão kantiana há associação entre a prática democrática de governo e a atuação pacífica dos estados, ou seja, a difusão dos regimes democráticos, que implica necessariamente na tutela dos direitos humanos, acaba por gerar um “sistema internacional mais estável e pacífico”. (LAFER, 1995, p. 141)

Neste sentido, existiria uma subordinação da soberania à ética, esta entendida como valores em matéria de direitos humanos, e assim, ensejaria no processo de construção da paz.

Ao longo dos anos várias teorias foram formuladas em torno do conceito de soberania. Dallari (1998, p. 79) conclui, a partir das teorias construídas, que em sua maioria a noção de soberania sempre esteve atrelada ao poder, ora em um sentido político ora jurídico.

Merece relevo, ainda, o pensamento de Jonh Locke, que em 1690, considera o contrato social o fundamento do poder monárquico, do qual era limitado. Para Locke o indivíduo era detentor de direitos naturais, originários e inalienáveis, não podendo ser subtraídos pelo soberano, assim, os indivíduos conferiam alguns direitos ao monarca a fim de que este lhes preservasse os seus. Emerson Garcia observa que, uma vez “transgredidos ‘os termos’ do contrato social, seria reconhecido o direito de resistência, pois ilegítimo o exercício do poder transferido ao soberano” (GARCIA, 2008, p. 398)

Já em 1762, Rousseau (2003, p. 20-25) em sua obra “O contrato social” já desloca a titularidade do poder soberano para o povo e o caracteriza como inalienável e indivisível. Afirmar que o contrato social faz nascer o corpo político que concebe a este um poder absoluto sobre todos os demais, coordenado pela vontade geral¹²⁹. Além disso, assevera ter a soberania certos limites impostos pelas convenções gerais.

¹²⁹ Nas palavras de Rousseau: “(...) Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo.

Na Revolução Francesa, época em que a burguesia já se voltava contra a monarquia absolutista, esse conceito de soberania pertencente ao povo, defendido por Rousseau, foi bastante acolhido. No século XIX a ideia de soberania política prevalece frente ao conceito de soberania jurídica, em razão dos interesses de conquista territoriais pelas grandes potências. Mas, ainda em meados do mesmo século, a noção de personalidade jurídica do Estado é desenvolvida e este é tido como o grande titular da soberania dentro de um contexto teórico jurídico.

Afirme-se que, quando entendida em um sentido unicamente político, a ideia de soberania era de poder irrefutável em prol de interesses muitas vezes ilegítimos e antijurídicos, justificada na supremacia do mais forte. Quando concebida com um alcance jurídico, a soberania é interpretada como o poder do Estado de decidir em última instância a eficácia das suas normas, atribuindo aos seus atos regramento jurídico. Insurge-se também como óbice ao uso arbitrário da força. Nesse sentido, se encerra a noção de Estado mais forte ou mais fraco, visto que o direito se aplica para todos.

Há ainda quem entenda não ser a soberania unicamente política nem apenas jurídica, a exemplo de Miguel Reale (2000, p. 138-142), que a intitula como política, porém ressalva que essa concepção engloba todos os três sentidos de soberania, seja social, jurídico e político¹³⁰. Reale atribui os limites da soberania à impossibilidade de transgressão dos fins éticos de convivência, entendidos como o bem comum.

Jhering *apud* Dallari (1998, p. 82) expôs o sentido de autolimitação da Estado, uma vez que este ao assumir compromissos externos sujeita-se voluntariamente às normas jurídicas impostas internacionalmente, este autor defendia que nesses casos não havia uma minoração da soberania, pois tal sujeição se dava em prol dos próprios interesses.

Interessante é a especificação que Mazzuoli (2012, p. 546) faz sobre o que é soberania, no sentido de ser esta, no âmbito interno, um poder pertencente ao Estado de editar e executar

Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa publica assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de cidade, e hoje o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo e Potência quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados eles recebem coletivamente o nome de povo e se chamam, em particular, cidadãos, enquanto participantes da autoridade soberana, e súditos, enquanto submetidos às leis do Estado”. (ROUSSEAU, 2003, p. 22-23)

¹³⁰ Reale assinala que: “(...) a questão da soberania é parcialmente jurídica, assim como é parcialmente histórico-social ou política. Somente a doutrina política da soberania, ou seja, da Teoria do Estado é capaz de abranger o fenômeno do poder no Estado Moderno em todos os seus momentos e aspectos, e isto mesmo depois da prévia análise filosófica do *poder em geral*. Uma concepção exclusivamente jurídica da soberania seria tão falha como uma outra puramente social. Na verdade, o problema é sócio-jurídico-político, ou melhor, não é de Direito Constitucional ou de Sociologia Política, mas sim de Teoria do Estado e, preliminarmente, de Filosofia do Direito. (REALE, 2000, p. 138-139)

suas leis, ressaltando, inclusive, a lição de Gofredo Telles Junior, ao conceituar o poder soberano interno como incontestável, uma vez que é, em última instância, quem produz o Direito positivo. Já no plano externo, Mazzuoli considera todos os poderes soberanos em pé de igualdade jurídica, não podendo ter um Estado qualidade de soberano em relação a outro Estado.

Seguindo essa linha de pensamento, Mazzuoli (2012, p. 548) ainda vai além ao afirmar que o dogma da soberania estatal absoluta é irreconciliável com a proteção dos direitos humanos, pois em se tratando da proteção de tais direitos os Estados perdem a sua discricionariedade, na medida em que ao fazer parte de um tratado ou convenção internacional de proteção dos direitos humanos, todos os acordantes devem cumprir com essas obrigações sem impor obstáculos alegando cumprimento do seu direito interno e assevera: “Não existem direitos humanos globais, internacionais e universais, sem uma soberania flexibilizada, o que impediria a projeção desses direitos na agenda internacional”.

Corroborando com a aceção atual do conceito de Estado soberano, Fraga (1998, p. 09) considera soberano todo aquele Estado que está direta e imediatamente subordinado à ordem jurídica internacional, a soberania de um Estado esbarra em limites postos pelos direitos individuais, pelos outros Estados soberanos e pela ordem internacional¹³¹.

A doutrina internacionalista atual traz a noção de que a soberania ilimitada não mais se aplica quando se trata de promoção e proteção dos direitos da pessoa humana. Ao revés, o Estado não deveria existir isolado, mas inserido em uma comunidade internacional que persegue os mesmos fins para com a salvaguarda dos direitos humanos¹³². À vista disso, é de se concluir que, conforme a concepção contemporânea, um Estado não tem sua soberania diminuída quando participa de tratados sobre direitos humanos, mas a exerce de acordo com o que sua própria Constituição estatal estabelece.

Na doutrina de Flávia Piovesan (2015, p. 189), a autora assevera que foi mister uma nova definição do conceito de soberania¹³³, para que o processo de internacionalização e

¹³¹ Ao trazer à tona a posição de Kelsen e Verdross sobre a soberania frente ao ordenamento jurídico internacional, Patrícia Henriques Ribeiro elucida que eles sustentavam a eliminação do poder soberano quando diante do direito internacional, ou ao menos uma mudança deste conceito, uma vez que este, gera obstáculos para a evolução da ciência do Direito internacional e da sociedade internacional. (RIBEIRO, 2001, p. 35).

¹³² Há, todavia, quem pense diferentemente e entende estar a soberania estatal inserida no conceito clássico, é o que leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1998, p. 94-95): “A sociedade internacional é antes um desejo idealista do que uma realidade concreta (...) O direito internacional costumeiro – pois em relação às normas e tratados é evidente o caráter contratual – só prevalecem sobre o direito interno, quando a Constituição do Estado o aceita e na medida em que o aceita. (...) Assim o Estado contemporâneo é ainda um Estado soberano.”

¹³³ Novos conceitos de soberania despontaram e conforme lembra Garcia (2008, p. 396): “(...) De forma inversamente proporcional ao enfraquecimento dos dogmas da soberania estatal, tem-se a paulatina

universalização dos direitos humanos ocorresse. Além disso, necessário também foi a redefinição do *status* do indivíduo no plano internacional, que teve por objetivo estabelecer o ser humano como sujeito de Direito internacional.

Dessa forma, conforme assinala Cançado Trindade, superada a ideia do domínio reservado¹³⁴ ao Estado para tratar da proteção dos direitos do homem, gradualmente a capacidade processual internacional do indivíduo é reconhecida¹³⁵, bem como, a capacidade de atuação dos órgãos de fiscalização internacional.

Não há mais dúvidas que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um evento do pós-guerra, foi após o século XX que essa matéria veio se estabilizar, em decorrência das graves e generalizadas violações de direitos humanos, e teve por impulso certa convicção de que, se houvesse um sistema de proteção internacional de direitos humanos consolidado, esses horrores consequentes das guerras teriam sido, de alguma forma, evitados.

Como resposta jurídica à tais atrocidades acometidas no contexto histórico aludido, seria necessário que “o direito a ter direitos” alcançasse uma tutela internacional, é o que sinaliza Celso Lafer¹³⁶ ao dialogar com o pensamento de Hannah Arendt, advertindo que a partir de então “começou efetivamente a ser delimitada a 'razão de estado' e corroída a competência reservada a soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos” (LAFER, 1994, p. XXVI).

Vale ainda destacar a lição de Emerson Garcia:

sedimentação dos direitos humanos e da atividade das organizações internacionais, que assumiram uma posição de relevância ímpar na coexistência entre os povos”.

¹³⁴ Trindade assevera: “Uma das manifestações remanescentes da referida noção, a da assim chamada “competência nacional exclusiva”, encontra-se há mais de duas décadas definitivamente superada pela própria atuação, com a aquiescência dos Estados, dos órgãos de supervisão internacionais no presente domínio de proteção, inclusive no plano global (Nações Unidas). Nenhum governo, em nossos dias, ousaria de boa-fé levantar a exceção de “domínio reservado” do Estado à ação dos órgãos internacionais competentes em matéria de direitos humanos, por saber que tal objeção estaria fadada ao insucesso” (CANÇADO TRINDADE, 1994, p. XVI)

¹³⁵ Conforme leciona Henkin (1990, p. 17), na medida em que é reconhecida a capacidade processual internacional do indivíduo, a este é atribuído obrigações sob pena de julgamento e punição internacional.

¹³⁶ Ao prefaciar o Livro de José Augusto Lindgren Alves, Celso Lafer pontua: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consagrada pela Assembléia Geral da ONU - que faz eco às Declarações que estão na base da Revolução Americana e da Francesa - assinala o início desta vis directiva no campo dos valores no plano internacional. Resultou da percepção política que as atrocidades do totalitarismo representavam uma ruptura inédita da tradicional preocupação ética com o bom governo. Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito ex parte populi de todo ser humano à hospitalidade universal (apontado por Kant no terceiro artigo definitivo do seu Projeto de Paz Perpétua e negado em larga escala na prática pela existência de refugiados, apátridas, deslocados, campos de concentração e pelo genocídio) só começaria a viabilizar-se se o “direito a ter direitos”, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade¹⁰. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a “razão de estado” e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz” (LAFER, 1994, p. XXVI)

A partir do segundo pós-guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma intangível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em refluxo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito a valores essenciais ao ser humano. (GARCIA, 2007, p. 137)

Por ora, outras razões contribuíram para o fortalecimento desse processo de universalização dos direitos humanos, como a criação da Carta das Nações Unidas de 1945¹³⁷ e a aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³⁸.

A Declaração Universal de Direitos Humanos¹³⁹ exerceu grande influência no âmbito interno dos Estados tanto na elaboração de várias Constituições quanto na fundamentação de julgados nacionais, bem como no plano externo, como referência às Convenções e decisões das Cortes internacionais, produzindo, dessa forma, efeitos práticos no seio da comunidade internacional, na medida em que ao ser um dos parâmetros internacionais dos direitos humanos, “deslegitima” os Estados que violarem os seus preceitos, levando-os a sofrerem reprimendas na esfera internacional.

Certo é que, a internalização dos direitos humanos, através dos vários instrumentos de proteção desses direitos, como foi explanado, por meio da Carta das Nações Unidas e tantos outros documentos, sobretudo da Declaração Universal de Direitos Humanos, fez com que se consagrasse um parâmetro internacional mínimo de proteção dos direitos humanos o que, por sua vez, flexibilizou-se as noções de jurisdição nacional e soberania.

Corroborando com esse pensar, André de Carvalho Ramos evidencia:

A proteção dos direitos humanos integra o contemporâneo direito internacional. Assim, com as sucessivas convenções e declarações internacionais de proteção aos direitos humanos, a positivação e a universalização destes direitos são reconhecidas simultaneamente para toda a humanidade. Consolidou-se, no direito internacional, contemporâneo, um catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana, e também foram

¹³⁷Assinada em 26 de junho de 1945, em São Francisco, por 50 países presentes na Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, Carta das Nações Unidas entrou em vigor em 24 de outubro do mesmo ano. Nos dias atuais a ONU possui 193 países membros.

¹³⁸A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 teve um nível de adesão amplo, tendo apenas 8 abstenção e aprovada por 48 países, através da Resolução n. 217 III da Assembléia Geral da ONU.

¹³⁹Apesar de não possuir natureza de tratado ou acordo internacional, grande parte da doutrina internacionalista considera que a Declaração de 1948 ao longo dos anos adquiriu *status* de direito costumeiro e princípio geral de Direito Internacional: “a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos art. 1º (3) e 55º da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos”, é o que pondera Flávia Piovesan (2015, p. 225)

estabelecidos mecanismos de supervisão e controle do respeito, pelo Estado, desses mesmos direitos protegidos. (...) Com efeito, a crescente aceitação de obrigações internacionais no campo dos direitos humanos consagrou a impossibilidade de se alegar competência nacional exclusiva em tais matérias. (RAMOS, 2015, p. 123)

Toda essa mobilização fez com que os Estados reinterpretassem o conceito de soberania dado o caráter, como dito alhures, universal¹⁴⁰ e indivisível¹⁴¹ dos direitos humanos. Pode-se dizer que essas características são os fundamentos sob os quais emergem a plêiade do Direito das gentes, que é, senão, o bem comum dos povos.

Acentua-se que, a promoção, controle e garantia dos direitos humanos não fica mais a cargo da competência nacional exclusiva dos Estados, mas de toda comunidade internacional através dos seus órgãos dotados para tanto. Sendo assim, enfaticamente, não há o Estado que se fiar na “violação da sagrada soberania estatal no domínio da proteção dos direitos humanos”¹⁴², goza de total legitimidade os órgãos internacionais que, por ventura, venham a pleitear a efetivação desses direitos.

Resta, pois, discutir se no caso de um determinado Estado não cumprir com a devida aplicação dos direitos humanos, este problema estaria restrito apenas à jurisdição doméstica deste ente estatal? Alguns desses Estados violadores alegam o princípio da não ingerência¹⁴³ e

¹⁴⁰ O marco da universalidade dos direitos humanos foi a Declaração de 1948, que em seu art. 1º estabelece: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Portanto, bastando a condição humana para titularidade dos direitos humanos e sua consequente universalização. Outro marco da universalidade destes direitos foi a Declaração de Viena de 1993, em seu primeiro artigo está disposto que: “(...) A natureza universal desses direitos e liberdades está fora de questão”, e ainda, no quinto artigo: “(...) Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forme seus sistemas políticos, econômicos e culturais” Da leitura desse artigo, conclui-se que as particularidades locais ou ocasionais não justificam o desrespeito aos direitos referenciados.

¹⁴¹ A característica de indivisibilidade dos direitos humanos significa dizer que todos esses direitos formam um todo inseparável, dotados de uma mesma proteção jurídica, sendo pois injustificável o não respeito de uma categoria de direito por exigências outras, como problemas sociais ou políticos. Para Ramos (2015, p. 224): “a indivisibilidade possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incidível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos”

¹⁴² Como já esclarecido em capítulo anterior, a Carta das Nações Unidas, em seu art. 2º (7), trouxe o princípio da não-intervenção em assuntos internos que dependam essencialmente da jurisdição do Estado, resta claro, porém, que o tema de direitos humanos não se restringe apenas à jurisdição de cada Estado parte. Havendo violações desses direitos, o interesse em sanar tal situação é de toda comunidade internacional.

¹⁴³ O inc. II do art. 4º e § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que as relações internacionais do Brasil, dentre outras coisas, são regidas pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e que os direitos e garantias da Constituição não excluem outros também decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, respectivamente, firmado nisto, Fábio Konder Comparato (1996, p. 282) interpreta que o Brasil reconhece a inaplicabilidade do princípio da não-ingerência internacional em assuntos internos quando se tratar de direitos humanos, e assevera: “A proteção aos direitos fundamentais do homem é, por conseguinte, considerada assunto de legítimo interesse internacional, pelo fato de dizer respeito a toda humanidade”.

do *domínio reservado* ao Estado, enaltecendo, inclusive, o artigo 2º (7) da Carta das Nações Unidas¹⁴⁴, como argumento que leve a comunidade internacional a respeitar os seus critérios legais no tocante às obrigações para com os direitos humanos¹⁴⁵.

Grande parte da doutrina internacionalista¹⁴⁶ se posiciona no sentido de que a melhor leitura do artigo ora citado da Carta das Nações Unidas de maneira nenhuma deve incluir a matéria de direitos humanos como justificativa à aplicação do princípio supra. Não é mais cabível que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias que a matéria dos direitos humanos pertence ao seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional afrontasse sua soberania. (RAMOS, 2015, p. 123)

É preciso deixar claro que em face da falha do Estado, a proteção dos direitos do homem deve ser subsidiariamente garantida, e essa proteção inclui os direitos dos refugiados, pois, como defendido alhures o DIR integra o Direito das Gentes. Adiante serão levantadas algumas razões jurídicas que compele o Estado a suprir as demandas de natureza humanitária que esse contingente tanto carece.

4.2 AS RAZÕES QUE LIMITAM A SOBERANIA EM FACE DO DIREITO AO REFÚGIO

O Direito Internacional dos Refugiados origina-se do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, portanto, a concessão do refúgio não deve ser uma prerrogativa do Estado sob a justificativa do seu poder soberano. Dessa visão, entende-se, em harmonia com o que foi exaustivamente exposto no capítulo anterior, que a implementação dos direitos dos refugiados é obrigação de cada ente estatal e da comunidade internacional, subsidiariamente. (MAHKLE, 2017, p.6)

Portanto, ao se levantar a bandeira de que é obrigação dos entes estatais promover e

¹⁴⁴ “Artigo 2: A Organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: (...) 7. 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; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.”

¹⁴⁵ Por oportuno, ressalte-se que até 1945 o tratamento dado aos nacionais de um país era matéria a ser tratada dentro dos limites desse Estado, o Direito Internacional permitia apenas algumas exceções, se houvesse necessidade, sendo assim, o que prevalecia era o princípio da não ingerência, que a Carta da ONU acabou evidenciando, em uma época em que a promoção dos direitos humanos estava despontando, conforme lembra A. H. Robertson (1989, p. 224).

¹⁴⁶ Valério de Oliveira Mazzuoli pondera: “O respeito aos direitos humanos não é assunto de interesse exclusivamente interno de um Estado, mas sim de toda comunidade mundial. A não-ingerência em assuntos internos não pode ser interpretada como pretendendo limitar o mecanismo de monitoramento internacional em sede de direitos humanos. Estes direitos pela universalidade e indivisibilidade que os caracteriza, não dizem respeito estrito a um ou outro Estado, mas a todos os Estados conglobados na comunidade internacional.” (MAZZUOLI, 2012, p. 549)

proteger os direitos humanos, estende-se esse compromisso ao direito de refúgio à quem é legítimo detentor, em todas as suas dimensões: abertura de fronteiras físicas, político-sociais, culturais e religiosas. Pois, de nada adianta apregoar a defesa dos direitos humanos sem o respeito àqueles estatuídos nos instrumentos normativos sobre os refugiados.

Os direitos humanos tornam-se meras abstrações frente ao atravancamento da concessão do refúgio, pois, diante da impossibilidade de participar de uma sociedade politicamente organizada, os solicitantes não são mais detentores desses direitos, como lecionou Hannah Arendt¹⁴⁷:

Só conseguimos perceber a existência de um direito a ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. (...) Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade. (...) Assim, a calamidade que se vem abatendo sobre um número cada vez maior de pessoas não é a perda de direitos específicos, mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos. O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade. (ARENDR, 1989, p. 330-331)

O direito a cidadania em seu sentido mais amplo é o meio pelo qual todo e qualquer indivíduo pode ter os seus direitos reconhecidos, e para que um refugiado a alcance é necessário acolhê-lo¹⁴⁸. O direito a ter direitos pressupõe o direito a ser cidadão de uma determinada ordem estatal, esta deve ser, pois, uma das razões para a concessão do refúgio e a devida flexibilização das soberanias.

Helisane Mahlke pontua:

Aquele que busca refúgio, por encontrar-se excluído da comunidade política a qual pertencia, encontra-se desprovido dos vínculos jurídicos e políticos

¹⁴⁷ Neste sentido, Arendt retrata os argumentos de Edmund Burke quanto às afirmações de que “os direitos humanos eram mera abstração, que seria muito mais sensato confiar na ‘herança vinculada’ dos direitos que o homem transmite aos seus filhos, como transmite a própria vida, e afirmar que os seus direitos são os ‘direitos de um inglês’ e não os direitos inalienáveis do homem. De acordo com Burke, os direitos que desfrutamos emanam ‘de dentro da nação’, de modo que nem a lei natural, nem o mandamento divino, nem qualquer conceito de humanidade como o da ‘raça humana’ de Robespierre, ‘a soberana terra’, são necessários como fonte da lei. A validade pragmática do conceito de Burke parece estar fora de dúvida, à luz de nossas muitas experiências. Não apenas a perda de direitos nacionais levou à perda dos direitos humanos, mas a restauração desses direitos humanos, como demonstra o Estado de Israel, só pôde ser realizada até agora pela restauração ou pelo estabelecimento de direitos nacionais. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano.” (ARENDR, 1989, 333)

¹⁴⁸ “O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos” (LAFER, 1988, p. 166)

que lhe asseguram proteção. E por mais que lhes sejam atribuídos direitos humanos universais, a *contrario sensu*, é justamente a abstração desses direitos que acaba por condenar o indivíduo a uma posição original (na expressão de Giorgio Agamben, a ‘vida nua’) da qual ninguém reivindica tutela. Em um sistema de Estados a garantia de direitos depende menos da sua sacralidade e mais de sua inserção em um ambiente político que lhe forneça reconhecimento (...) (MAHLKE, 2017, p.6-7)

Pode-se afirmar, entretanto, que a base principiológica do direito ao acolhimento dos refugiados é a universalidade dos direitos humanos e a universalidade pressupõe a solidariedade, estatuída nos direitos de terceira dimensão, e a hospitalidade.

Sendo pois o Direito Internacional dos Refugiados parte integrante do Direito das Gentes reconhece-se que o direito ao refúgio é também revestido de universalidade, deve ser garantido a todos independente de nacionalidade, religião, opinião política, classe social ou qualquer outra condição.

Em razão dessa universalidade não podem os interesses do Estado prevalecerem em detrimento do direito ao refúgio.

De mais a mais percebe-se, em verdade, que o Estado fica inserido em um dilema jurídico-político entre ser o garantidor dos direitos humanos ou o próprio obstáculo ao reconhecimento destes direitos. Helisane Mahlke ao refletir sobre tal dificuldade cita Habermas que questiona: “será possível fundamentar a prioridade dos deveres especiais – referidos à pertença a um Estado – sobre as obrigações universais que ultrapassam as fronteiras dos Estados?” (HABERMAS *apud* MAHLKE, 2017, p. 8)

Habermas acusava uma política migratória que permitia o acesso dos estrangeiros apenas quando era conveniente para os entes estatais: “apenas quando houver uma perspectiva fundamentada de que eles não colocarão em risco o equilíbrio existente entre pretensões e prestações” (HABERMAS *apud* MAHLKE, 2017, p. 8).

Privados do direito ao refúgio priva-se o direito à dignidade humana¹⁴⁹, que se transforma em argumentos teóricos pelos Estados, a única forma dessa dignidade ser reconhecida é incluindo o refugiado em uma comunidade politicamente organizada¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sobre a privação da dignidade humana aos refugiados Helisane Mahlke assinala como exemplo inequívoco: “a manutenção ilegal e, muitas vezes por tempo indeterminado, de imigrantes em centros de detenção (no território do próprio Estado, ou em outros países acordantes), negando-lhes tratamento humano digno e alijando-lhes do acesso à justiça para a garantia de seus direitos”. (MAHLKE, 2017, p.8)

¹⁵⁰ Atual é a reflexão de Hannah Arendt ao retratar a situação de vulnerabilidade dos refugiados à época dos regimes totalitários e do pós-guerra: “Os direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexequíveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano. (...) “A primeira perda que sofreram essas pessoas privadas de direitos não foi a da proteção legal, mas da perda dos seus lares, o que significa a perda de toda textura social na qual haviam nascido e na qual haviam criado para si um lugar peculiar no mundo. Essa calamidade tem

Daí o elemento solidariedade, torna-se essencial para a concretização da dignidade humana do outro, no sentido de que cada um deve fazer-se responsável pelo outro, como membros de uma sociedade comum e imbuídos na integridade da mesma.

No tocante à hospitalidade, esta condiciona o Direito cosmopolita oriundo da liberdade e igualdade entre todas as pessoas, é o que professa Kant em seu *Terceiro Artigo definitivo para a Paz Perpétua*:

Fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito, e hospitalidade significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro. Este pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem dano seu, mas enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar, o outro não o deve confrontar com hostilidade. Não existe nenhum direito de hóspede sobre o qual se possa basear esta pretensão (para tal seria preciso um contrato especialmente generoso para dele fazer um hóspede por certo tempo), mas um direito de visita, que assiste todos os homens para se apresentarem à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não se podem estender até ao infinito, mas devem finalmente suportar-se uns aos outros, pois originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra. (KANT, 1795, p. 20)

Observa-se no texto acima, que Kant não defende a extinção da soberania dos Estados, mas propõe uma substituição da hostilidade pela hospitalidade como um direito que todos possuem. Foi na hospitalidade que Kant vislumbrou a paz universal.

Além da base principiológica (universalidade, solidariedade e hospitalidade) em que se sustenta o direito ao refúgio, considera-se neste trabalho mais duas razões que possam justificar a necessária flexibilização da soberania Estatal.

A primeira razão diz respeito a natureza de *jus cogens* dos direitos humanos e, por conseguinte, do princípio do *non-refoulement*, em face do argumento do *domínio reservado* ao Estado¹⁵¹.

precedentes, pois na história são corriqueiras as migrações forçadas, por motivos políticos ou econômicos de indivíduos ou de povos inteiros. O que era sem precedentes não era a perda do lar, mas a impossibilidade de encontrar um novo lar. De súbito revelou-se não existir lugar algum na terra aonde os emigrantes pudessem se dirigir sem as mais severas restrições, nenhum país ao qual pudessem ser assimilados, nenhum território em que pudessem fundar uma nova comunidade própria. Além do mais, isso quase não tinha a ver com qualquer problema material de superpopulação, pois não era um problema de espaço ou de demografia. Era um problema de organização política. Ninguém se apercebia de que a humanidade, concebida durante tanto tempo à imagem de uma família de nações, havia alcançado o estágio em que a pessoa expulsa de uma dessas comunidades rigidamente organizadas e fechadas via-se expulsa de toda a família das nações. A segunda perda sofrida pelas pessoas destituídas de seus direitos foi a perda da proteção do seu governo, e isso não significava apenas a perda da condição legal no próprio país, mas em todos os países” (ARENDRT, 1989, p. 327)

¹⁵¹ Cumpre observar que, não há que se confundir com a intervenção humanitária que, de certa forma, deu ensejo a abusos de Estados invadirem outros Estados em favor de seus interesses egoístas. É o que esclarece a autora Mireya Castillo Daudí citada por Rogério Taiar (TAIR, 2009, p. 267)

Na medida em que há questões envolvendo a salvaguarda dos direitos do homem a ideia tradicional de soberania não faz mais sentido algum nos tempos de hoje, por seu turno, o ente estatal ao fazer parte de convenções internacionais de direitos humanos ou de organizações, como as Nações Unidas, que tutelam e prezam por esses direitos, automaticamente autorizam a flexibilização de suas soberanias em prol dos direitos com natureza *jus cogens*, não havendo o que falar em aplicabilidade do *domínio reservado* ao Estado quando se esta em jogo as normas peremptórias.

Eis que é este o pensamento do doutrinador José Augusto Lindgren Alves:

Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assuntos, ou conforme, é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas – para quem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se não era originalmente compulsória, tem força de *jus cogens* como direito costumeiro -, os Estados abdicam soberanamente de uma parcela de soberania, em sentido tradicional, obrigando a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas. (ALVES, 1994, p.5)

O *jus cogens*, largamente consagrado na doutrina internacionalista, é, de forma bastante precisa, o conjunto de normas imperativas dotadas de valores essenciais para toda comunidade internacional. Frisa-se que as normas pertencentes ao *jus cogens* não se restringem em serem obrigatórias, em verdade, o diferencial das normas cogentes é que o Estado não pode derogá-las, são normas superiores às demais. Dessa forma, só podem ser modificadas por outra norma de igual natureza.

A concepção desse conjunto de normas imperativas foi incorporado pelo art. 53º, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), de 1969¹⁵², que considera nulo todo tratado que, no momento da sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral¹⁵³. Outrossim, o art. 64º dispõe que o tratado já existente que entre em conflito com uma norma imperativa de direito internacional superveniente, torna-se nulo e extingue-se. Destaca-se, ademais, o art. 71º da mesma Convenção que pontua as consequências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa.

¹⁵² O Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em 25 de setembro de 2009, sendo incorporada internamente através do Decreto nº 7.030 em 14 de dezembro do mesmo ano.

¹⁵³ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 – “art. 53: Tratado em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

É de se notar que a Convenção de Viena foi omissa quanto a um rol de normas integrantes do *jus cogens*¹⁵⁴, André de Carvalho Ramos ressalta dois importantes motivos: “para evitar omissões que pudessem gerar dúvidas e para evitar a demora na aprovação do texto final, fruto das inevitáveis discussões que um rol desse quilate gera”(RAMOS, 2015, p.192)

A despeito da não delimitação de um rol exaustivo de normas cogentes, estas se comprometem, sobretudo, com a proteção internacional dos direitos humanos, dessa forma, os tribunais ao emanarem decisões fundamentam sobre os *jus cogens* dando ensejo a inúmeras possibilidades de se extraírem as normas desse conjunto, assim, as normas pertencentes ao *jus cogens* tem sua origem no costume internacional.¹⁵⁵

Nesse sentido, há um grande reconhecimento da qualidade de *jus cogens* à vários direitos fundamentais pelos tribunais internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direito Humanos, do qual o Brasil reconhece sua plena jurisdição. André de Carvalho Ramos explicita isto através de um importante parecer consultivo n.18 desta mesma Corte sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados de 2003, que corrobora com o tema central deste trabalho, a saber:

(...) *el principio de igualdad (...) y no-discriminación pertenece al jus cogens (...). Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona (...). (...) El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional Del Estado, y ésta es tanto más grave en La medida en que ese incumplimiento viola normas prerentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (RAMOS, 2015, p. 198-199)

Imperioso se faz, ainda, ressaltar, que as normas pertencentes ao domínio do *jus cogens*, acarreta obrigações *erga omnes*, ao passo que vinculam todos os Estados, foi esse o entendimento exarado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no já citado Parecer Consultivo de nº 18 de 2003 a respeito da condição jurídica dos migrantes indocumentados.

¹⁵⁴ Sobre os direitos consagrados como *jus cogens*, Friedrich destaca: “Vários artigos mencionam listas extensas contendo diferentes tipos de normas da categoria *jus cogens*. Parker e Neylon enumeram nove categorias: proibição do genocídio, direitos à vida, direito humanitário, *non-refoulement*, proibição do uso da força, proibição da tortura, proibição do *apartheid*, autodeterminação e o conjunto dos direitos humanos” (FRIEDRICH, 2004, p. 101)

¹⁵⁵ Neste sentido, Garcia observa: “(...) O tribunal Internacional de Justiça, a partir da década de noventa do século passado, fez referencia em inúmeras ocasiões (v.g.: ao posicionar-se contra a tortura e o genocídio), aos princípios intransgressíveis do direito internacional costumeiro e, de maneira mais explícita, ao próprio *jus cogens*. O mesmo tem ocorrido em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos” (GARCIA, 2017, p. 100).

Do mesmo modo se deu o voto concordante do Juiz Cançado Trindade¹⁵⁶, parágrafo 80, no qual acentuou:

A consagração das obrigações *erga omnes* de proteção da pessoa humana representa, na realidade, a superação de um padrão de conduta erguido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio Direito Internacional buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de *jus cogens*. Por definição, todas as regras do *jus cogens* geram necessariamente obrigações *erga omnes*. Enquanto o *jus cogens* é um conceito de direito material, as obrigações *erga omnes* se referem à estrutura de seu desempenho por parte de todas as entidades e todos os indivíduos obrigados. Por sua vez, não todas as obrigações *erga omnes* se referem necessariamente a regras do *jus cogens* (CIDH, 2003, p. 26)

Em resumo, o *non-refoulement* (não-devolução) é o princípio que proíbe o Estado de rechaçar uma pessoa para o território em que sua vida esteja exposta à riscos, sendo, portanto, a pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados.

Como já ressaltado, tal princípio veio a se consolidar depois da Segunda Guerra Mundial, essencialmente através do art. 33 da Convenção de Genebra de 1951.¹⁵⁷

Defende-se aqui que o princípio do *non-refoulement* é norma peremptória de direito internacional por atender aos dois requisitos necessários que caracterizam o caráter de *jus cogens*: o reconhecimento pela comunidade internacional como um todo e porque é um princípio não derogável pelos Estados.

Assevera-se que, este princípio se faz presente em diversos documentos internacionais acordados por um grande número de Estados¹⁵⁸, o que firma a sua natureza de *jus cogens*, isto é, a proibição à devolução de refugiados tem caráter normativo e não meramente contratual.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Sobre os migrantes indocumentados o juiz e doutrinador vai mais além, no parágrafo 85 do seu voto concordante ao Parecer Consultivo n. 18/2003: “O Estado está obrigado pela normativa da proteção internacional dos direitos humanos, que protege toda pessoa humana *erga omnes*, independentemente de seu estatuto de cidadania, ou de migração, ou qualquer outra condição ou circunstância. Os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são oponíveis ao poder público e igualmente aos particulares (v.g., os empregadores), nas relações interindividuais. O Estado não pode se prevalecer do fato de não ser Parte em um determinado tratado de direitos humanos para se evadir da obrigação de respeitar o princípio fundamental da igualdade e não discriminação, por ser este um princípio de Direito Internacional geral, e do *jus cogens*, que transcende assim o domínio do direito dos tratados” (CIDH, 2003, p. 27)

¹⁵⁷ O *non-refoulement* também é codificado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos: “O direito internacional dos direitos humanos, por sua vez, codificou explicitamente o princípio do *non-refoulement* no artigo 3o da Convenção contra a Tortura, de 1984, no artigo 22 (8) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, e no artigo 19 (2) de Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000. Implicitamente, pode-se também encontrar proteção contra o *refoulement* (devolução) no artigo 3o da Convenção [Europeia] para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, e no artigo 7o do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 1966” (ANDRADE, 2017, p. 530)

¹⁵⁸ Ressalte-se que no caso da Família Pacheco Tineo vs. Bolívia, a Corte IDH considerou o princípio do *non-refoulement* como norma consuetudinária: “(...) Este princípio constitui igualmente uma norma consuetudinária de direito internacional e é reforçado no sistema interamericano para o reconhecimento do direito de buscar e receber asilo reconhecido nos tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis no continente americano” (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 526)

Nota-se que 90% dos membros da ONU são parte de uma ou mais convenções que incluem este princípio como um elemento essencial¹⁶⁰, além disso, conforme aponta VIEIRA DE PAULA (2016, p. 61), há uma prática uniforme dos governos de inserir em suas legislações domésticas o princípio do *non-refoulement*, inclusive por parte daqueles Estados que tem seus interesses especialmente afetados, não havendo nenhuma objeção expressa por qualquer Estado ao princípio.

Um outro dado relevante que corrobora para a natureza de norma *jus cogens* do *non-refoulement* é que o art. 42^a da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o art. 7^o do Protocolo de 1967 vetam reservas ao art. 33 dessa mesma Convenção que faz referência ao princípio em comento. Ficando claro a não derogabilidade de tal norma. Outrossim, neste mesmo sentido: “de acordo com a Resolução 52/132 de 12 de dezembro de 1997, a Assembléia Geral das Nações Unidas afirma ‘*that the principle of non-refoulement is not subject to derogation*’”. (VIEIRA DE PAULA, 2016, p. 63)

Dessa forma, como apregoa Allain (2001, p.538), possuindo, o *non-refoulement* valor normativo de *jus cogens*, os Estados, sendo partes ou não da Convenção de 1951, ficam, pois, proibidos de transgressão a essa norma, constituindo ato nulo a sua violação¹⁶¹. No mesmo sentido, Helisan Mahlke leciona que:

(...) a consagração do princípio do *non-refoulement* como norma de *jus cogens*, essencial ao Direito Internacional dos Refugiados e ampliado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, limita a soberania estatal em favor da integridade e proteção da pessoa humana, ou seja, esse reconhecimento impõe aos Estados a obrigação de absterem-se de individualmente ou coletivamente violarem essa norma. Essa possibilidade revela-se especialmente importante em situações nas quais se esta diante de um Estado que não tenha ratificado a Convenção de 1951, ou quando indivíduos que, mesmo não se encaixando na definição clássica da Convenção, não podem retornar aos seus países de origem por risco de

¹⁵⁹ Bruna Vieira de Paula registra que: “(...) a incorporação do princípio do *non-refoulement* em vários instrumentos internacionais, aos quais um grande número de Estados aderiu, é uma evidência de uma prática consistente que dá ao princípio um significado que vai além de uma obrigação meramente contratual limitada a um tratado particular” (VIEIRA DE PAULA, 2016, p. 60)

¹⁶⁰ “Cerca de 80 Estados têm legislação específica sobre o *non-refoulement* ou incorporaram expressamente a Convenção de 1951 ou o Protocolo de 1967 na sua legislação interna. Esses números aumentam para 125 Estados quando se levam em consideração medidas internas que dão efeito a outros tratados que incorporam o princípio. A incorporação bastante difundida do princípio do *non-refoulement* na ordem jurídica dos Estados pode ser considerada uma evidência da prática dos Estados e *opinio juris* em apoio ao princípio consuetudinário do *non-refoulement*” (VIEIRA DE PAULA, 2016, p.61)

¹⁶¹ Nas palavras do Autor: “*The practice of States in not forcibly repatriating refugees must thus be shown to be based on the belief (opinio juris) that they themselves are bound by a legal obligation not to do so, and that such an obligation is binding on them as a matter of jus cogens*” (ALLAIN, 2001, p.538). Para um estudo mais aprofundado sobre a natureza jurídica de *jus cogens* do *non-refoulement*, ver em: ALLAIN, Jean. The jus cogens nature of non-refoulement. International Journal of Refugee Law. Oxford Journals. Volume 13, Issue 4, 1 October 2001, Pages 533-558.

sofrerem graves violações de direitos humanos. (MAHLKE, 2017, p.172-173)

Assente-se, assim, que a natureza jurídica *jus cogens* do *non-refoulement* é um importante aliado no acolhimento dos refugiados, oportunizando a responsabilidade internacional dos Estados que não o respeitar, no entanto, ainda há muito o que avançar no respeito às normas cogentes pela própria “comunidade internacional como um todo”. Não resta suficiente o reconhecimento do caráter de *jus cogens*, aqui, em especial, no tocante aos direitos humanos dos refugiados, é mister que os Estados cumpram com esses conteúdos de normas cogentes, instrumentalizando-as, conforme enfatizado, com as obrigações *erga omnes* de proteção.¹⁶²

A segunda razão, que favorece a noção de uma soberania limitada, tem por fundamento a indissociabilidade do regime democrático do poder soberano, que é concedido pelo povo, da dignidade de direitos a quem lhe outorgou, isto é, a soberania encontra a sua razão de existir no pleno exercício de servir e proteger o povo e não o contrário.

Vale transmitir o ensinamento de Taiar:

(...) se o fim maior do direito hoje é a dignidade humana, garantida por meio da proteção dos direitos humanos, e se a soberania decorre do próprio direito, não há como subsistir o argumento de que o exercício da soberania inviabilizaria a proteção dos indivíduos. Pensar de modo diverso seria o mesmo que negar o próprio Estado Democrático de Direito e retornar a um Estado absoluto, transferindo todos os poderes não à ordem jurídica emanada do povo, mas ao soberano, negando todas as conquistas que foram sendo alcançadas e positivadas ao longo dos últimos séculos.(TAIAR, 2009, 282).

Defende-se aqui que o exercício do poder soberano inclui a devida proteção dos direitos humanos dos refugiados justificado no princípio da dignidade humana, que independe de nacionalidade, gênero, raça, religião, opinião política, situação econômica ou qualquer outra condição. Podendo, portanto, a soberania estatal ser perfeitamente harmônica com as demandas protetivas que necessitam essa classe.

Coadunando com este pensamento, Celso Lafer sustenta:

Essa mudança do dever do súdito, determinada pelo soberano, para o direito do cidadão representa a legitimação plena da perspectiva dos governados e promove uma domesticação da perspectiva dos governantes. Contem e limita, conseqüentemente, o realismo da razão do Estado, pois o governo é

¹⁶² Nas palavras de RAMOS (2015, p.201-202): “Infelizmente, mesmo Estados que aparentemente comungam com os conteúdos cogentes de hoje não agem com a coerência esperada (...) é necessário que o conceito de *jus cogens* gere o seu desdobramento lógico: permitir que os Estados possam, pacificamente, fazer valer seus conteúdos pelo acesso obrigatório aos tribunais internacionais, dispensando-se a anuência como requisito de acesso à jurisdição internacional.

democraticamente para o indivíduo e não o indivíduo para o governo.
LAFER (1995, p. 140-141)

Conforme se nota, o conceito de soberania já foi várias vezes analisado, passando por inúmeras mudanças, e aqui, mais uma vez, é revisitado no sentido de entendê-la como parte essencial do “substrato social”, isto é, “centrada na participação política livre e permanente do povo”. (TAIAR, 2009, p.278)

Nesse compreender, afirma-se que a democracia e a proteção dos direitos humanos andam de mãos dadas, são indissociáveis. Assim estipula a Declaração de Viena de 1993, em seu art. 8º:

A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a promoção da democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro.

Depreende-se a partir dos argumentos acima contemplados, de que o Estado e o ser humano possuem uma relação de meio e fim, pois, ocupando o homem o epicentro da organização política do Estado, este tem por finalidade maior, atender às necessidades daquele: “O Estado não é um fim em si mesmo, estando umbilicalmente ligado à satisfação das necessidades humanas” (GARCIA, 2007, p.148).

Ademais, como já é sabido, o princípio da dignidade humana transcende às Constituições estatais tendo em vista o rol de tratados, declarações, convenções internacionais nos quais tal princípio é amplamente consagrado. No entanto, são nas Constituições dos Estados-parte, norma hierarquicamente superior de todo ordenamento interno, que reside também os limites e controle do poder soberano, bem como, o compromisso para com a garantia da dignidade humana¹⁶³.

Nas palavras de Emerson Garcia:

¹⁶³ A Constituição brasileira concebe a dignidade humana, em seu art. 1º, inc. III, como princípio fundamental da República com equivalência de fundamentalidade dada à soberania, cidadania, pluralismo político e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Outrossim, no art. 4º, inc. II, determinou que nas relações internacionais o Estado será regido pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. No art. 226, § 7º, resta firmado que o planejamento familiar será fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, bem como os *caputs* dos arts. 227 e 230, respectivamente, dispõem que é dever do Estado assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso o direito à dignidade.

Assumindo a Constituição o *status de pedra fundamental* da organização política, todos os direitos nela consagrados serão oponíveis, em maior ou menor medida, mas de forma indefectível, ao Estado. De igual modo, sendo o homem o epicentro da referida organização, quaisquer deveres imputados ao Estado, direta ou indiretamente, a ele alcançarão, daí resultando a existência de direitos correlatos. Assim, consagrando o dever do Estado ou contemplando o direito do homem, alcançará a Constituição efeitos axiológicos paritários. A positivação simultânea de ambos, no entanto, longe de ser uma superfetação de termos, realça o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana. (GARCIA, 2007, p. 148)

Lafer esclarece o sentido da soberania “popular”, ou *ex parti populi*, na qualidade de poder do povo¹⁶⁴, entendida como meio de proteção ao cidadão:

O ‘interesse’ de um tratado de direitos humanos concebido como ‘tema global’ situa-se no campo dos valores, nas formas democráticas de conceber a vida em sociedade, pressupondo que a violação de direitos humanos fere a soberania popular porque compromete a perspectiva dos governados, a perspectiva *ex parti populi*, vista como superior à perspectiva *ex parti principis*. Em outras palavras, a associação entre democracia e direitos humanos significa que existe uma relação entre o ciclo do poder e o ciclo da norma, na qual a legitimidade do poder e a justiça da norma e de sua aplicação representam o terreno comum entre princípios éticos e prática política no plano interno. LAFER (1995, p. 141)

Frisa-se que, cabe primeiramente ao ente estatal o cumprimento do que diz os diplomas de direito internacionais com os quais acordou¹⁶⁵, somente no caso de não o fazendo, os organismos internacionais competentes atuam subsidiariamente¹⁶⁶ a fim de que seja reparada eventual afronta.

Por essa razão, os direitos do homem necessita das políticas estatais para que se tornem concretos, o viés humanitário apartado do político não se sustenta¹⁶⁷. Hathaway *apud* Mahlke leciona que ao aderirem às normas relativas aos refugiados, os Estados comprometem-se a não se aproveitarem do pretexto do poder político soberano ou das

¹⁶⁴ Rogério Tair assinala que: “O que importa, de fato, é entender que os direitos humanos fortalecem a soberania, concebida como ‘popular’, isto é, no sentido de que ‘soberano’ é o cidadão e não o Estado”. (TAIAR, 2009, 293)

¹⁶⁵ Antônio Augusto Cançado Trindade leciona: “No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. De tudo isto se pode depreender a premência da consolidação de obrigações *erga omnes* de proteção, consoante uma concepção necessariamente integral dos direitos humanos”. (TRINDADE, 1997, p. 175)

¹⁶⁶ Interessante é a lição que se extrai da obra de José Augusto Lindgren Alves: “(...)Não há, pois, ameaças à soberania nacional, tal como definida por Jean Bodin desde o século XVI, no sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas. Ele tem caráter complementar e subsidiário, reconhecendo aos Estados a incumbência pela verdadeira proteção”. (ALVES, 1994, p. 39).

¹⁶⁷ Helisane Mahlke ao citar o pensamento de Giorgio Agamben, assinala que: “o humanitário separado do político produz o isolamento do campo de refugiados (espaço puro de exceção), para o qual ele não consegue encontrar solução. (MAHLKE, 2017, p. 10)

divergências culturais para justificarem o fracasso das garantias dos direitos básicos daqueles que estejam sob a sua jurisdição. (MAHLKE, 2017, p. 11)

No entanto, é o que mais ocorre, os Estados ratificam as Convenções para depois criarem subterfúgios às políticas humanitárias, a atuação dos organismos criados para o fortalecimento do Direito Internacional dos Refugiados, como o próprio ACNUR, ainda é sobremodo cerceado pelos interesses nacionais. Como já indicado, a problemática do refúgio é encarada muito mais como uma questão de segurança nacional.

Soa bastante esdrúxulo um Estado, no exercício pleno da sua soberania, ratificar tratados de direitos humanos, e, por meio de decisões dos seus governantes, ou até mesmo do judiciário, alegar afronta à soberania estatal como justificativa à não priorização de tais tratados¹⁶⁸. Há de se atentar o ente Estatal que, ao se dissociar dos valores constantes nos compromissos humanitários, restará sujeito à responsabilização internacional, bem como, os seus governantes, serem penalmente responsabilizados.

Como o Direito Internacional dos Refugiados não possui um mecanismo próprio de apuração das responsabilidades por violações de suas regras, o mais acertado é ainda se valer dos órgãos internacionais já existentes de fiscalização e controle. Essa solução, embora não seja a única, é a apontada neste trabalho ao destacar o papel das Cortes nacionais, regionais e internacionais, não obstante às críticas de alcance e aplicação¹⁶⁹, é, até então, um dos meios de estabelecer obrigações aos Estados, flexibilizando suas soberanias e fortalecendo os direitos dos refugiados através das jurisprudências.

Não obstante, os direitos humanos como valores essenciais tenha tomado a forma de *jus cogens* no plano internacional, nos países de regimes antidemocráticos a sua aplicabilidade também é negada, de uma forma muito mais constante, em razão da “instabilidade política e da “ausência de uma sólida ideologia participativa” (GARCIA, 2007, p. 137)

Todavia, tenha-se presente que, seja em Estados ditos democráticos ou mesmo naqueles que não assumiram tal regime, as rupturas para com os direitos humanos são

¹⁶⁸ Como exemplo têm-se o art. 1º da Constituição de Cuba, que determina: “*Cuba es un Estado socialista de trabajadores, Independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática (...)*”. Ao refletir sobre essa contradição entre estabelecer um regime democrático na própria Carta Constitucional e ser um Estado de Direito Democrático de fato, Emerson Garcia assinala que: “A exemplo do que se verifica em um governo despótico ou antidemocrático, que jamais será rotulado como tal no respectivo texto constitucional, também nos Estados onde a inobservância dos direitos humanos é uma constante, a apologia de sua importância é contraditoriamente entusiástica. Diminutos são os Estados que não consagram o respeito aos direitos humanos como um valor fundamental, mas múltiplos são aqueles que não observam os mais comezinhos princípios relacionados à sua proteção”. (GARCIA, 2007, p.138)

¹⁶⁹ Mahlke citando a crítica de Crawford sobre as limitações das decisões dos órgãos internacionais de proteção, pontua: “Segundo Crawford, mesmo que os indivíduos tenham se tornado, participantes do sistema jurídico internacional e, portanto, capazes de reivindicar seus direitos perante os organismos internacionais, ainda há certa resistência dos Estados em reconhecer sua titularidade”.

frequentes, e mostra a distância da observância desses direitos no plano material do plano “idealístico-formal”.

Sobreleva-se, então, o paradoxo entre a carga normativa das declarações de direitos humanos e o proceder do Estado em função da sua soberania estatal que culmina no fechamento de fronteiras (em todas as suas dimensões) aos refugiados¹⁷⁰. Não se está a defender aqui a extinção da soberania, mas sim, a salvaguarda de valores democráticos que protejam os direitos de toda pessoa humana, seja esta nacional ou não (ANUNCIAÇÃO, 2018, p. 590).

Como alternativa a esse grande problema que o direito internacional dos refugiados enfrenta, reconhece-se que a perspectiva teórico-jurídica dos direitos humanos não deve estar desvinculada do elemento sociopolítico, Emerson Garcia sugere voltarmos à lição de Lassale¹⁷¹ sobre “*os fatores reais de poder*”, e assevera: “(...) Ignorar a importância do componente sociopolítico redundará em imperfeição semelhante àquela que se busca combater: o distanciamento entre o discurso retórico-semântico e a realidade”. (GARCIA, 2007, p. 138)

Inobstante a profícua lição de Lassale, não há que se perder de vista a importância da solidez do discurso jurídico dos direitos humanos (sempre vinculado ao componente sociopolítico, como dito), e sua conseqüente força transformadora e aproximação da perspectiva material, tendo como norte, os ensinamentos de Konrad Hesse¹⁷², através da força normativa da constituição.

¹⁷⁰ Nesse sentido: “(...) o conflito entre soberania, hospitalidade aos migrantes e respeito aos Direitos Humanos, continua em evidência. As normas de justiça cosmopolita funcionam somente no tratamento dos cidadãos dos países de acolhida (autóctones). Para os outsiders, continuam imperando concepções de Vestfália que pregam a soberania absoluta e desenfreada dos Estados. Essa ambigüidade dos Estados viola as normas de Direito Internacional e os postulados dos Direitos Humanos” (ANUNCIAÇÃO, 2018, p. 591)

¹⁷¹ A partir da obra de Ferdinand Lassale, fica claro o papel social dos fatores reais do poder que, nas palavras do autor, são uma “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço” (LASSALE, 1933, p. 17). Em sua obra, Lassale (1933, p. 30) destaca que grupos sociais como a monarquia, a aristocracia, a alta burguesia, os banqueiros, as forças armadas e mesmo a baixa burguesia e a classe operária, compõe, por sua capacidade de pressão, aquilo que chamou de essência da constituição de um país. Fazendo um paralelo com a constituição jurídica, escrita, o autor destacou que: “Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido” (LASSALE, 1933, p. 30).

¹⁷² Indo além da posição de Lassale, Konrad Hesse defende que: “a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de

É um discurso sólido, lógico-racional do princípio da dignidade humana a ser observado nas constituições, nos tratados de direitos humanos e na doutrina, que guiará a prática jurídica de efetivação dos direitos humanos¹⁷³. A teoria ganha forma nos tribunais nacionais, regionais e de âmbito internacional.

A conhecida frase de que “não há nada mais prático que uma boa teoria”¹⁷⁴ faz sentido ao analisarmos alguns avanços jurisprudenciais a seguir, a despeito de estarmos longe de alcançarmos o ideal do respeito a dignidade humana, parafraseando Hannah Arendt: “Os direitos humanos não são um dado, mas um construído”¹⁷⁵, bem assim, é o que se pode extrair das decisões jurisdicionais apreciadas¹⁷⁶.

Ademais, vale frisar, que a dicotomia entre valores humanos de natureza universal e soberania dos Estados deve encontrar o seu deslinde em uma lógica de aplicação/ponderação dos princípios humanísticos “que obriga uma interpretação teleológica baseada na primazia da pessoa humana” (ANUNCIACÃO, 2018, p. 589), assim, a participação do judiciário em sua

poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)." (HESSE, 2013, p.132).

¹⁷³ Assim afirma RAMOS (2015, p. 208): “(...) Essa universalidade reconhecida pela doutrina desde a antiguidade, encontra sua realidade nos diversos diplomas normativos do Direito Internacional dos Direitos Humanos do século passado até os dias de hoje, que prescrevem tanto um rol de direitos humanos reconhecidos quanto meios de proteção a tais direitos, pela criação de órgãos internacionais quase judiciais ou judiciais, que processam os Estados violadores e impõe reparações devidas”

¹⁷⁴ Cf. FREITAS FILHO, Floriano. *Nada mais prático que uma boa teoria*. 1988. Revista Serviço Público. Brasília, jan/fev, 1988.

¹⁷⁵ No diálogo de Lafer com o pensamento de Hannah Arendt, o autor aponta que: “(...) a conclusão de Hannah Arendt, calcada na realidade das *displaced persons* e na experiência do totalitarismo, de que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos” (LAFER, 1988, p. 22)

¹⁷⁶ Profficua é a conclusão de Cançado Trindade no voto concordante sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, do Parecer Consultivo n.18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo ao elucidar o papel dos juristas diante das graves violações de direitos humanos: “87. Não é função do jurista simplesmente tomar nota do que fazem os Estados, em particular os mais poderosos, que não hesitam em buscar fórmulas para impor sua "vontade", inclusive em relação ao tratamento a ser dispensado às pessoas sob sua jurisdição. A função do jurista é mostrar e dizer qual é o Direito. No presente Parecer Consultivo N° 18 sobre A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, com firmeza e clareza, qual é o Direito. Este último não emana da insondável "vontade" dos Estados, mas, ao contrário, da consciência humana. O Direito Internacional geral ou consuetudinário emana não tanto da prática dos Estados (não isenta de ambiguidades e contradições), mas em especial da *opinio juris communis* de todos os sujeitos do Direito Internacional (os Estados, as organizações internacionais, e os seres humanos). Acima da vontade está a consciência. 88. O fato de que, apesar de todos os sofrimentos das gerações passadas, persistam em nossos dias novas formas de exploração do homem pelo homem, - tais como a exploração da força de trabalho dos imigrantes indocumentados, a prostituição forçada, o tráfico de crianças, o trabalho forçado e escravo, em meio ao aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais, ao desenraizamento e a desintegração familiar, - não significa que "falta regulamentação" ou que o Direito não exista. Significa, em especial, que o Direito está sendo ostensiva e flagrantemente violado, dia a dia, em detrimento de milhões de seres humanos, entre os quais os imigrantes indocumentados em todo o mundo. Ao se insurgir contra estas violações generalizadas dos direitos dos imigrantes indocumentados, que afrontam a consciência jurídica da humanidade, o presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana contribui ao processo em curso da necessária humanização do Direito Internacional”

construção jurisprudencial que tem por escopo garantir os preceitos constitucionais e convencionais, dão concretude a tais direitos não observados pelos outros órgãos do poder público estatal. É o que se examinará a seguir.

5 O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA JURISPRUDÊNCIA

Antevista toda a digressão referente aos direitos humanos dos refugiados frente à soberania estatal, é imperioso verificar como este tema desenrola-se, em sua dimensão pragmática, na jurisprudência das cortes internacionais e em alguns tribunais internos de países que enfrentam questões atuais relativas ao movimento migratório de contingentes de refugiados de diversas partes do mundo.

De saída, como dito em capítulo anterior, destaca-se a criação do Tribunal de Nuremberg que, segundo Piovesan, (2015, p. 77), revelou-se um importante marco para a jurisdicalização dos direitos humanos. Convencionado através do acordo de Londres de 1945, o controverso tribunal representou um avanço em duas frentes, na atribuição de personalidade jurídica de direito internacional aos indivíduos, ora sujeitos de direitos e obrigações e também na sedimentação de uma ideia de limitação da soberania nacional.

Neste período de pós-guerra, em vista das flagrantes violações de pressupostos mínimos de dignidade humana, devassados aos olhos do mundo pela perseguição e massacre imposto aos judeus pelos nazistas, tornou-se forçoso reconhecer que a soberania estatal não deveria ser resguardada de maneira absoluta, a qualquer custo, mas deveria sujeitar-se às limitações impostas pelos imperativos de direitos humanos.

Ultrapassada a criação destes tribunais sob demanda, caso do já citado Tribunal de Nuremberg e dos Tribunais *ad hoc* estabelecidos para o julgamento dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade promovidos nos conflitos da ex-Iugoslávia e Ruanda, emergiu no cenário Internacional e Regional, respectivamente, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos, todos estes caracterizados por serem tribunais permanentes de defesa dos direitos humanos.

O Tribunal Penal Internacional, cujo estatuto fora aprovado na Conferência de Roma de 1998, revelou-se eficaz no processamento e julgamento de indivíduos que praticaram crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídios, compondo parte importante da estrutura jurisdicional internacional, sendo um órgão fundamental para a atividade de garantia¹⁷⁷ dos direitos humanos.

¹⁷⁷ Nas palavras de Bobbio, (2004, pp. 38-39), as atividades de tutela dos direitos do homem perpetradas pelos organismos internacionais podem ser divididas em: atividades de promoção (aquelas voltadas à indução da introdução ou do aperfeiçoamento de meios de tutela de direitos humanos), atividades de controle (verificação do grau de observância às recomendações e convenções) e atividades de garantia (estruturação de um sistema de jurisdição internacional que substitua o nacional).

Contudo, em que pese a importância já aventada da consideração de indivíduos como sujeitos de direito internacional, sua consequente responsabilização por atos atentatórios aos direitos humanos e o papel relevante na punição destes agentes exercido pelo TPI, insta salientar que, para a análise proposta no presente estudo, as atenções devem estar voltadas ao papel dos Estados na garantia de acesso dos refugiados aos seus territórios e não aos crimes de competência do TPI, cometidos por indivíduos.

Assevere-se que, no panorama global, a doutrina, a exemplo de Piovesan, (2015, p. 107), reconhece a carência de um Tribunal Internacional de direitos Humanos, vez que as instâncias existentes, afora os já citados Tribunais *Ad hoc* e o TPI, resumem-se à Corte Internacional de Justiça (CIJ), principal órgão de jurisdicional da ONU, que, por sua vez, só pode ser acionada por Estados, dificultando sobremaneira o acesso dos sujeitos mais afetados pelas afrontas aos direitos humanos. Não por outra razão, a autora defende que a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, na estrutura da ONU, revela-se imperiosa providência no robustecimento da proteção aos direitos humanos.

Em virtude desta carência, adiante serão analisados alguns *cases* selecionados da jurisprudência das Cortes Europeias e Americanas, tanto no âmbito regional/comunitário¹⁷⁸, quanto no âmbito interno das nações localizadas nestes continentes, que estão na rota da crise migratória de refugiados, já destacada anteriormente.

Deste modo, ter-se-á uma visão panorâmica de como o tema está sendo gerido no cenário internacional e também no Brasil. Além disso, poder-se-á aprofundar nos pontos específicos do direito de acesso dos refugiados em face da soberania dos Estados.

5.1 JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA: CEDH E SUPREMA CORTE ESPANHOLA

Acentue-se que o Sistema de Proteção Europeu dos Direitos Humanos serviu de molde para os outros dois sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, os sistemas africano e americano.

Como leciona Heyns, Padilla e Zwaak (2006, p. 162), foram estabelecidos mecanismos de monitoramento em suas convenções, a ser realizado por uma comissão de direitos humanos que, posteriormente à análise do caso, dará um parecer (não vinculante)

¹⁷⁸ Faz-se mister pontuar que, segundo apregoam Heyns, Padilla e Zwaak, (2006, p. 161), não obstante os questionamentos sofridos pelos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, especialmente da ONU e sua concepção de universalidade, é inegável perceber os benefícios que os sistemas regionais agregaram à salvaguarda dos direitos humanos. Isto porque, os autores explicam que Estados de determinada região, não raro, compartilham do mesmo interesse em proteger os direitos humanos naquela parte do mundo, sendo a proximidade entre eles fator benéfico à reciprocidade de comportamentos e à definição de padrões mais adequados a cada cenário. Esta última constatação também serve de alerta a um claro risco ao ideal universal dos direitos humanos.

sobre a ocorrência ou não de violação de direitos humanos, enviando os autos a uma corte regional que, após apreciar a questão, decidirá se a carta regional de direitos humanos foi ou não aviltada na situação em exame.

Contudo, da observação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, pode-se observar que, o protocolo nº 11, de 1998, introduziu uma importante modificação nesta sistemática, suprimindo sua comissão e concentrando na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) a atribuição de monitoramento e a competência jurisdicional sobre os casos levados à tutela do Sistema Europeu. Até então, segundo explica Piovesan (2015, p. 123), apenas Estados-parte e a Comissão poderiam submeter casos à Corte Europeia.

Assim, as petições feitas à CEDH são recebidas diretamente, sem passar por órgão intermediário, senão vejamos:

ARTIGO 34º Petições individuais O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

Muito embora o meio de acesso a esta instância seja feito por via mais direta, a Convenção Europeia também estabelece requisitos de admissibilidade que incluem uma característica comum a este tipo de sistema regional, a subsidiariedade em relação às instâncias jurisdicionais internas, dos Estados-membro.

No seu art. 35, item 1, este requisito é bastante explícito:

ARTIGO 35º Condições de admissibilidade

4.3 O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

4.4 O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição:

a) For anónima;

b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.

4.5 O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que:

a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou

b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.

4.6 O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.

Assim, verifica-se que é essencial que o requerente tenha tentado se valer do sistema protetivo do próprio Estado e este não tenha atuado à contento. Ademais, condições como anonimato da petição, litispendência, carência de fundamentação ou abuso do exercício do direito, resultará a rejeição da exordial, perfazendo-se, portanto, uma série de barreiras que visam não só a regularidade formal do processo, como também a limitação do acesso aos casos que não obtiveram resolução em âmbito nacional.

Cabe informar que a CEDH tem como base legal a já citada Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus 13 protocolos adicionais. Sua estrutura está vinculada ao Conselho da Europa, fundado em 1949, composto por 47 países membros.

Ainda dentro deste Sistema Europeu de Direitos Humanos, vejamos mais detidamente como está concebido a Corte Europeia de Direitos Humanos e, através da análise de um recente caso, vejamos como este Tribunal tem decidido questões afeitas à recepção de refugiados nos territórios dos Estados-membro.

5.1.1 Corte Europeia de Direitos Humanos

Sabe-se que o Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos representou um grande avanço na efetivação dos direitos, ora apenas insculpidos em Tratados Internacionais. Em particular, a criação da CEDH perfaz um valoroso instrumento de concretização dos direitos sob sua tutela.

Com efeito, o desafio entre a efetivação dos direitos humanos e a preservação da soberania, o qual tem como pano de fundo a prevalência do direito da força ou da força do direito, alcançou um novo estágio.

Na concepção de Harris, *et alli*, “o modo pelo qual os direitos humanos são protegidos por um Estado-parte da Convenção não é mais questão exclusiva de soberania e pode ser contestado por petições individuais ou comunicações interestatais”. Os autores esclarecem que ao assinar a Convenção e acatar a criação do Tribunal tal, como concebido neste documento, “os Estados estão preparados para aceitar a competência de um Tribunal internacional para examinar questões atinentes ao seu próprio direito interno e práticas internas”. (HARRIS, *et. alli*, 2014, p. VII).

Esta importante instância jurisdicional possui competência consultiva e contenciosa, sendo composta por um número de juizes equivalente aos seus Estados-parte, consoante dispõe o art. 20 da Convenção Europeia:

ARTIGO 20º Número de juizes O Tribunal compõe-se de um número de juizes igual ao número de Altas Partes Contratantes.

Não obstante esta previsão de paridade possa indicar um papel de representação de interesses dos seus respectivos Estados, nem a doutrina¹⁷⁹, tampouco o texto normativo¹⁸⁰, deixam margem para dúvidas sobre o dever de independência e imparcialidade dos magistrados da Corte Regional.

Findando esta breve apresentação da Corte Europeia¹⁸¹, vale mencionar ainda dois pontos importantes, também introduzidos por modificações supervenientes à concepção do texto original. Estas alterações deram um importante contributo para a celeridade do processo, bem como para a filtragem das demandas levadas à apreciação da corte e também trataram de reforçar a blindagem do mister judicante das intervenções políticas dos Estados-parte.

Nesta linha, o primeiro ponto refere-se ao contributo à celeridade e a filtragem dos processos em exame de admissibilidade. Como retrata Piovesan, (2015, p. 124), a Corte acabou sendo vítima do seu próprio sucesso, ao introduzir benfazejas mudanças que, através do protocolo nº 11, propiciaram um amplo acesso do cidadão à CEDH. Com isso, a autora destaca que o volume de demandas da Corte subiu vertiginosamente, passando dos 38.389 julgamentos realizados nos seus 45 anos de existência (até 1998, quando entra em vigor o protocolo 11), para 39.000 processos novos, somente no ano de 2003. Como consequência, Piovesan aponta ainda que o protocolo 14, em vigor a partir de 1 de junho de 2010, teve como objetivo introduzir novos critérios de admissibilidade, proporcionando maior seletividade e incremento na eficiência decisória.

Por sua vez, Ramos, (2013, p. 172), assevera que esta eficiência deu-se ante a introdução da figura do juiz singular, com poder de indeferir demandas, sem a necessidade da decisão ser submetida às Seções (*Chamber*) ou mesmo ao Plenário (*Grand Chamber*). Além disso, como vimos no item 3 do art. 35, foram previstos dois novos fundamentos de indeferimento sumário, nos casos de demandas manifestamente infundadas, ou de falta de

¹⁷⁹ No âmbito doutrinário, destaca-se a explicação de Flávia Piovesan, pela qual os juízes da Corte Europeia de Direitos Humanos devem “atuar com independência, à título pessoal e não a título governamental”(PIOVESAN, 2015, p. 125).

¹⁸⁰ Traduzindo a posição expressa na doutrina, o art. 21 da Convenção Europeia de Direitos Humanos testifica este dever de independência, senão vejamos: “**ARTIGO 21º Condições para o exercício de funções 1. Os juízes deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de reconhecida competência. 2. Os juízes exercem as suas funções a título individual. 3. Durante o respectivo mandato, os juízes não poderão exercer qualquer actividade incompatível com as exigências de independência, imparcialidade ou disponibilidade exigidas por uma actividade exercida a tempo inteiro. Qualquer questão relativa à aplicação do disposto no presente número é decidida pelo Tribunal**”.

¹⁸¹ Destaque-se que não é objetivo deste trabalho tecer um panorama minudente da estrutura das Cortes, bem como das prerrogativas de seus membros. Estes aspectos podem ser estudados em obras com tal ênfase. Para tanto confira-se: RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.157 a 275.

comprovação de efetivo prejuízo, ressalvada esta última causa se o respeito aos Direitos Humanos no caso concreto exigir uma apreciação da questão de fundo, bem como se, neste contexto, não houve apreciação satisfatória pelos Tribunais internos.

Todavia, para este trabalho, onde discute-se a intervenção de fatores políticos derivados da soberania estatal sobre o direito de acolhida outorgado aos refugiados, interessa particularmente a alteração que marcou a perda do poder suplementar de decisão do Comitê de Ministros do Conselho Europeu.

Já foi dito que a CEDH está vinculada ao Conselho da Europa e seus signatários. Antes da reforma promovida pelo notório protocolo 11, o Comitê de Ministros, principal órgão do Conselho da Europa, previsto em seu estatuto datado de 1949, detinha a competência decisória residual e automática em casos de violação de direitos humanos em casos nos quais a CEDH não fosse acionada pela Comissão de Direitos Humanos¹⁸².

Este Comitê de Ministros é composto pelos representantes de cada um dos 47 Estados-membro do Conselho da Europa, em regra o Ministro das relações Exteriores de cada país.

Ante esta estrutura, Ramos, (2015, p. 165), com precisão, afirma que os Estados envolvidos em violações e submetidos ao crivo do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, tal qual concebido à época, tinha, em tese, mais condições de ser bem sucedido nas demandas propostas contra si, tendo em vista que a constatação de ofensa aos direitos humanos deveria ser aprovada por votação qualificada de dois terços dos membros do Comitê de Ministros. O autor prossegue relatando que muitas vezes, pela discricionariedade da Comissão em submeter ou não os casos à Corte, os casos mais delicados, sob os quais pairavam grande controvérsia política, eram maciçamente enviados ao Comitê de Ministros (órgão político por natureza), fragilizando o processo de responsabilização do Estado, frente às normas protetivas internacionais.

Destarte, Ramos, (2015, p. 166) conclui que, frente àquelas situações de “não decisão” (porquanto havia tremenda dificuldade de alcançar o *quorum* de 2/3 reconhecendo a violação e a submissão ao órgão jurisdicional), havia clara denegação de acesso à justiça, em detrimento de uma hipertrofia do fator político no processo de averiguação da responsabilidade internacional do Estado em casos de violação aos direitos humanos.

Logo, a modificação introduzida pelo protocolo 11, retirando do Comitê de Ministros a sua função contenciosa veio em excelente hora, acompanhando a abertura da Corte ao direito

¹⁸² É cediço que antes do Protocolo 11 e da consequente unificação da Comissão de Direitos Humanos e da CEDH, em um tribunal de direitos humanos único e permanente, os casos de violações eram apreciados, *prima facie*, pela Comissão que, discricionariamente, resolvia se submeteria a questão à Corte ou não.

acionamento pelos cidadãos individualmente ou em grupos organizados. Atualmente, cabe a Comitê apenas a supervisão da fiel execução das decisões da CEDH pelos Estados condenados pelas violações de direitos humanos, nos termos do art. 46 da Convenção Europeia:

ARTIGO 46º Força vinculativa e execução das sentenças

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.
2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução.
3. Sempre que o Comitê de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares.
4. Sempre que o Comitê de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o nº 1.
5. Se o Tribunal constatar que houve violação do nº 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do nº 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros, o qual decidirá-se-á pela conclusão da sua apreciação.

Convém analisar adiante, como esta Corte Constitucional decide quando o assunto diz respeito aos direitos humanos dos refugiados no que tange a sua recepção e as condições de abrigo a que são submetidos.

5.1.2 Caso: M.S.S vs. Bélgica e Grécia

5.1.2.1 Contextualização fática

A Demanda 30.696/09, submetida ao plenário da CEDH, em face da Bélgica e da Grécia, retratava o caso de um cidadão afegão (Sr. M.S.S.), cuja alegação era de violação do seu direito à vida e a vedação à tortura ou tratamento degradante (arts. 2 e 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

Segundo o relatório da decisão, após escapar de uma tentativa de homicídio no Afeganistão, por conta de sua atuação como intérprete das tropas internacionais que estavam em missão no país, o demandante fugiu de Kabul em 2008, com o auxílio de um contrabandista a quem entregou seus documentos. Nesta fuga, pegou uma rota que o fez passar por Iran e Turquia, tendo chegado a Grécia em dezembro de 2008. Na Grécia,

permaneceu detido por uma semana, até que, ao ser posto em liberdade, recebeu ordem de deixar o país. Por sua vez, não apresentou pedido de asilo.

Após passar pela França, em fevereiro de 2009, o demandante chegou na Bélgica, aonde solicitou asilo e onde, de fato, gostaria de permanecer. Em um primeiro momento, foi alocado em um alojamento para solicitantes de asilo, no município de Lanaken.

Sabendo, através da coleta de suas digitais, que o demandante havia sido registrado na Grécia, as autoridades de imigração da Bélgica solicitaram informações sobre um eventual procedimento de asilo junto às autoridades Gregas, sem, no entanto, obter resposta. Por consequência, seguindo o Regulamento 343/2003 do Conselho da Europa (Regramento de Dublin), art. 10, item 1¹⁸³, acabou considerando que a responsabilidade pelo processo de acolhida e concessão de asilo era da Grécia.

Em seguida, nos idos de abril de 2009, o ACNUR fez chegar ao conhecimento do governo belga, bem como às suas autoridades de imigração, uma carta de denúncia dos erros de procedimento para concessão de asilo e das condições de acolhida dos solicitantes na Grécia, recomendando a suspensão de todas as transferências de refugiados para aquele país.

No entanto, em maio deste mesmo ano, o departamento de imigração da Bélgica negou o pedido de autorização para residência no país e expediu a ordem para que o demandante deixasse o território, pois, no entendimento do governo belga, eles não eram responsáveis pela avaliação do pedido de asilo, sendo esta análise de competência da Grécia (Estado-membro por onde o autor da demanda tinha entrado). Ademais, segundo a decisão, nada fazia supor que a Grécia descumpriria suas obrigações de asilo, assumidas perante a legislação comunitária, sendo lícito que o demandante solicitasse a concessão de asilo assim que chegasse em território grego.

No mesmo dia 19 de maio, quando a negativa fora proferida, o demandante foi detido e levado ao centro fechado de imigrantes ilegais em Steenokkerzeel. Na data programada para sua saída, o advogado do demandante, concedido pela ACNUR, apresentou recurso perante o Conselho de Contencioso de Estrangeiros, visando anular a comentada decisão, com fulcro no art. 3º da Convenção Europeia, por receio de prisão arbitrária e submissão a tratamento degradante, além de invocar deficiências no procedimento de concessão de asilo na Grécia, a

¹⁸³ Artigo 10º, 1. Caso se comprove, com base nos elementos de prova ou nos indícios descritos nas duas listas referidas no n.º 3 do artigo 19.º, incluindo os dados referidos no capítulo III do Regulamento (CE) n.º 2725/2000, que o requerente de asilo atravessou irregularmente a fronteira de um Estado-Membro, por via terrestre, marítima ou aérea, e que entrou nesse Estado-Membro a partir de um país terceiro, esse Estado-Membro é responsável pela análise do pedido de asilo. Esta responsabilidade cessa 12 meses após a data em que teve lugar a passagem irregular da fronteira.

dificuldade de acesso a instrumentos judiciais de proteção e o medo de ser devolvido ao Afeganistão sem o Estado Grego analisar as razões que o levaram a fugir do país.

A seu turno, o Conselho de Contencioso de Estrangeiros não deu provimento ao recurso e, em 29 de maio de 2009, negando-se a embarcar para Grécia, foi expedida nova ordem de detenção contra o demandante.

Ainda de acordo com o relatório da decisão, em 4 de junho de 2009, o governo Grego expediu um ofício declarando que o demandante poderia, se desejar, ingressar com o pedido de asilo naquele país assim que chegasse ao seu território. Um segundo recurso pedindo a anulação da decisão do departamento de imigração foi interposto, ressaltando mais uma vez os riscos envolvidos no regresso do demandante ao Afeganistão, bem como as poucas possibilidades de concessão de asilo na Grécia, contudo, assim como o primeiro, foi denegado.

Após estas tentativas frustradas de reverter a decisão de envio para a Grécia, o demandante foi trasladado, chegando em território grego em 15 de junho de 2009, onde ficou detido em um local anexo ao aeroporto, com outras vinte pessoas. Segundo relatou a seu advogado, nesta pequena área não havia espaço para circulação ao ar livre, a comida era escassa e houve apenas a disponibilização de um colchão sujo para ele descansar.

Três dias depois, no dia 18 de junho, o demandante foi liberado, recebendo um cartão de solicitante de asilo, mediante o compromisso de comparecer regularmente ao departamento de asilo para informar seu paradeiro e ser informado do desenrolar de sua solicitação pelas autoridades gregas. A partir de então, devido as precárias condições de alojamento e a falta de oportunidades de subsistência na Grécia, o demandante tentou fugir algumas vezes, ora em direção à Itália, ora em rumo a Bulgária.

Neste período, a CEDH passou a acompanhar de perto a situação, requerendo informações sobre eventual procedimento de expulsão e também sobre as condições de acolhida do demandante.

5.1.2.2 A decisão da CEDH

Insta salientar que, nesta decisão, a Corte Europeia utilizou como parâmetro a Convenção de Genebra (Estatuto dos Refugiados), especialmente o seu art. 33, item 1, que consagra o princípio do *non-refoulement* e o Tratado sobre a União Europeia, citando nominalmente os arts. 2 e 6, no que tange ao respeito à dignidade humana e ao reconhecimento dos direitos e liberdades insculpidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Destas normas, a Corte extrai que a União Europeia comprometeu-se a construir um ambiente de liberdade, igualdade e justiça, respeitando os direitos fundamentais e as ordens jurídicas dos Estados-membros.

De mais a mais, a CEDH frisa que a Carta de Direitos Fundamentais (art. 18), parte integrante do tratado primário da União Europeia, garante o direito de asilo previsto, por sua vez, no Estatuto dos Refugiados.

Outrossim, explica que a União Europeia está implementando um sistema unificado de acolhida com fito de uniformizar parâmetros mínimos humanitários em seus países membros, encontrando-se em operação a primeira fase desta implantação, ora chamado “Sistema de Dublin”, em referência ao já citado Regulamento 343/2003 (Regulamento de Dublin).

Analisando os fatos apresentados, em cotejo com estes parâmetros normativos, a Corte decidiu pela condenação dos países acionados.

No caso da Grécia, a condenação baseou-se na violação ao art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, reconhecendo que o demandante, durante sua estadia naquele país, foi submetido a condições desumanas de detenção.

Segundo documentação levantada pela CEDH, observou-se o seguinte cenário nos estabelecimentos de detenção de imigrantes na Grécia:

Todos los centros visitados por los organismos y organizaciones autores de los informes mencionados, presentan, con diversos grados de gravedad, el siguiente perfil: hacinamiento, suciedad, falta de ventilación, espacios confinados, ninguna o poca oportunidad de paseo, ausencia de “zona de esparcimiento”, número insuficiente de colchones, colchones sucios, no libre acceso a los baños, falta de sanitarios, falta de respeto a la privacidad, acceso limitado a la atención sanitaria..

Ademais, não são poucas as denúncias de violência física e insultos racistas proferidos pelos guardas encarregados da segurança destes estabelecimentos. Deste modo, o Tribunal, baseado em entendimentos anteriores, que consideravam degradantes condições semelhantes de detenção em locais diminutos, superlotados, com pouco ou nenhum acesso à áreas externas, tampouco com estrutura de saneamento satisfatórias, constatou a flagrante violação ao artigo supramencionado da Convenção Europeia de Direitos Humanos por parte da Grécia, nos seguintes termos:

este Tribunal considera que las condiciones de detención sufridas por el reclamante fueron inaceptables. Es de la opinión que tomado en su conjunto, el sentimiento de arbitrariedad, de inferioridad y de ansiedad que a menudo van asociados, así como una grave vulneración a la dignidad humana que sin duda provocan estas condiciones de detención, constituyen un trato degradante contrario al artículo 3 del Convenio.

Outro problema reconhecido pela CEDH foi a constatação da insuficiência dos instrumentos disponibilizados pelo Estado grego para a acolhida dos refugiados. Com base em relatório do Observatório dos Direitos Humanos, de novembro de 2008, ficou comprovada a falta de alojamentos, bem como o a falta de incentivos públicos para que estas pessoas possam sobreviver no novo país, enquanto buscam oportunidades de trabalho que lhes garanta a subsistência própria e da família. Nestes termos, o relatório conclui que:

“la inmensa mayoría de los solicitantes de asilo permanecía desprovisto de cualquier asistencia social en materia de acogida y/o en otras áreas” y que “en la práctica, Grecia es un país donde los refugiados y solicitantes de asilo solo se tienen a si mismos”.

Restou patente que o Estado grego, não obstante ter alegado a ausência de expressa disposição convencional que obrigue a disponibilização de habitação e assistência social aos requerentes de asilo, deixou de cumprir a Diretiva Europeia de Acolhida, ao omitir-se no seu papel de facilitadora no processo de inserção social do demandante. O art. 13 desta diretiva revela, inequivocamente, as obrigações do Estado-membro para com a garantia de condições materiais mínimas para a subsistência do requerente de asilo:

art. 13 Los Estados miembros velarán por que los solicitantes de asilo puedan disponer de las condiciones de acogida cuando presenten su solicitud de asilo.

No atinente às condições de alojamento, a diretiva ainda é mais específica, indicando os locais nos quais os solicitantes deverão ser alojados, vejamos:

Art. 14 1. En caso de que se conceda alojamiento en especie, se facilitará en alguna de las siguientes formas, o en una combinación de ellas: a) en locales empleados para alojar a los solicitantes de asilo durante el examen de una solicitud presentada en frontera; b) en centros de acogida que garanticen un nivel de vida adecuado; c) en casas privadas, apartamentos, hoteles u otros locales adaptados para alojar a los solicitantes.

Ao contrário do que apregoa esta norma, o caso sob análise da CEDH retratou o completo abandono do demandante, já vulnerável frente a sua posição de refugiado em um país estranho, tendo sua situação agravada pela ausência de apoio do estado, especialmente na não disponibilização de alojamento no período pós detenção e também pela falta de iniciativas de inserção do requerente no mercado de trabalho, de modo a inviabilizar sua própria subsistência.

Ressalte-se que, apesar deste ter conseguido a chamada carteira rosa, documento que dá direito ao imigrante de conseguir trabalho no país, somente esta medida não foi suficiente para transpor os obstáculos culturais, de linguagem e de compreensão dos meios burocráticos necessários para o postulante a uma vaga de emprego na Grécia.

Assim, diante do total desamparo a que foi submetido o demandante, pelo qual padeceu de angústia e incerteza sobre seu futuro, o Tribunal Europeu reconheceu nova afronta ao art. 3º da Convenção, conquanto aquela também deve ser considerada a exposição à situação degradante.

Além disso, associando-se o art. 3º ao art. 13, ambos da sobredita Convenção, a Corte apontou afronta decorrente de falhas no trâmite do procedimento de asilo, em vista das dificuldades impostas pela falta de informação clara sobre as ferramentas postas à disposição dos requerentes pelo ordenamento grego, as notificações da ACNUR e de outras organizações de defesa de direitos humanos sobre a debilidade dos órgãos competentes deste país em analisar a documentação e os argumentos dos postulantes à concessão de asilo, bem como, no caso do demandante, a falta de prazo razoável para providenciar a documentação requerida.

De mais a mais, resta verificar também a condenação pertinente a Bélgica, uma vez que este país sucumbiu diante da decisão da CEDH por conta das deficiências na apreciação do pedido de asilo do demandante, que culminou no reenvio do mesmo à Grécia, não obstante os riscos que haviam sido noticiados como iminentes em relação a esta conduta.

Um dos argumentos apresentados pela Bélgica foi que, pelo regulamento de Dublin, o país-membro responsável por analisar o pedido de asilo é aquele no qual o requerente ingressou primeiro, neste caso a Grécia.

Contudo, nada impedia que, conhecendo os riscos inerentes ao retorno do demandante à Grécia, bem como a tramitação do pedido de asilo naquele país, a Bélgica avocasse a competência para deliberar sobre a postulação, como autoriza o art. 3, item 2 do Regulamento de Dublin:

art.3 - 2. Em derrogação do n.o 1, cada Estado-Membro tem o direito de analisar um pedido de asilo que lhe seja apresentado por um nacional de um país terceiro, mesmo que essa análise não seja da sua competência por força dos critérios definidos no presente regulamento. Nesse caso, este Estado torna-se o Estado responsável, na acepção do presente regulamento, e assume as obrigações inerentes a essa responsabilidade. Se for caso disso, informará o Estado-Membro anteriormente responsável, aquele que conduz o processo de determinação do Estado responsável ou aquele que foi requerido para efeitos de tomada ou retomada a cargo.

Por sua vez, a Bélgica omitiu-se, negando-se a utilizar esta cláusula, conhecida como cláusula de soberania e, conseqüentemente, expondo o indivíduo ao iminente risco de devolução ao seu país de origem que, como é notório, passa, já há algum tempo, por uma grave crise humanitária, em decorrência dos conflitos armados que até hoje perduram.

Assim, como sabido, o Tribunal considerou que a deportação do demandante pela Bélgica violou o art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mesmo porque, ao

fazê-lo, as autoridades belgas tinham ciência que estariam expondo o demandante não apenas ao risco de ser devolvido ao Afeganistão, mas também estavam enviando-o para um país onde as condições degradantes de detenção também haviam sido comunicadas através da ACNUR.

Basándose en estas conclusiones y las obligaciones que pesan sobre los Estados en virtud del artículo 3 del Convenio en materia de expulsión, el Tribunal considera que al expulsar al demandante hacia Grecia, las autoridades belgas le expusieron, con pleno conocimiento de causa a unas condiciones de detención y de vida que constituyen un trato degradante.

Dessa forma, a Corte condenou a Bélgica e a Grécia por violações aos artigos 3º que reafirma o princípio do *non-refoulement* (proibição de expulsão ou deportação face a possibilidade de tratamento cruel ou degradante no país de origem) e 13º (direito às medidas efetivas, inclua-se aí o acesso à justiça) da Convenção Europeia, em uma quantia indenizatória de aproximadamente 40.000 euros.

Este julgado mostra que a Corte Europeia de Direitos Humanos transpõe para suas decisões todo aparato protetivo em prol dos refugiados solicitantes de asilo. Além de toda atenção com a estrutura de alojamento e eventual detenção destes indivíduos, o Tribunal de Estrasburgo demonstrou clara sensibilidade às circunstâncias políticas envolvendo a acolhida e expulsão do solicitante.

Isto fica claro na apreciação do papel da Bélgica, no caso em tela, quando a própria regra de competência na análise do pedido de asilo estava dando guarita à conduta daquele país e a CEDH, fugindo de uma interpretação puramente legalista, optou por punir o governo belga em razão da omissão no tratamento do pedido de asilo do demandante, considerando as informações que dispunha sobre as condições precárias de atendimento na Grécia, seja em termos estruturais, seja no âmbito da falta de instrumentos jurídicos disponíveis a garantir a escoreita análise da pretensão do demandante.

Nesta esfera regional, considera-se que a CEDH tem adotado uma posição progressista na defesa do direitos dos refugiados, não obstante a falta de uma previsão específica sobre o direito ao refúgio na Convenção Europeia de Direitos Humanos, como mencionado em capítulo anterior. Essa omissão acarreta grandes dificuldades da Corte Europeia de se manifestar diretamente sobre a matéria, porém tem se utilizado de outras previsões correlatas da Convenção, a partir, por exemplo, dos artigos 3º (que remonta ao *non-refoulement*); 6º e 13º (acesso à justiça); 8º (reunificação familiar); 5º §§ 1 e 4 (direito à liberdade e a segurança), 2º (direito a vida).

Porém, ainda não satisfaz, a omissão normativa não soluciona o problema sobre o direito ao *status* de refugiado quando claramente demonstrado como foi o caso do afegão, o

Sr. M.S.S, a Corte não garantiu o direito ao refúgio. Essa postura, bem como a lacuna da Convenção, abre possibilidade dos Estados atuarem de forma discricionária nas políticas de refúgio, essas contradições só corroboram com a afirmação de que os mecanismos políticos migratórios dos Estados Europeus estão mais voltados à preconização dos seus interesses em detrimento dos direitos humanos.

Nessa senda, a crítica também diz respeito a falta de decisões com fito de recompor situações extra patrimoniais, como o próprio direito ao asilo.

Com efeito, por mais que a vida em outro país possa trazer oportunidades de desenvolvimento àqueles que buscam asilo, os benefícios escapam de uma valoração puramente patrimonial, razão pela qual o verso desta situação (a negativa de permissão do acesso e permanência no território) não poderá ser remediada com a simples estipulação de uma quantia indenizatória.

Cumprido salientar que a busca de dignidade de vida, compreendendo aí o acesso a saúde, integridade física e psicológica, proteção contra perseguições, não é passível de conversão monetária, fazendo-se mister que as decisões da CEDH estejam associadas também a um comando de obrigação de fazer, no sentido de aceitar o refugiado, proporcionando a ele as condições necessárias para começar uma vida nova.

Saliente-se que, este tipo de decisão não é tão simples quanto parece, à primeira vista. Conforme exposto no capítulo anterior, muitos são os obstáculos a serem enfrentados para compelir um Estado agir de acordo com um comando de uma corte internacional, mormente aqueles associados à soberania. No entanto, decisões racionais, fundamentadas e precedidas de um processo com amplo direito de defesa das partes, auxiliam na formação de um dispositivo mais razoável e proporcional à solução da lide.

No exercício de ponderação das razões dos estados, também mencionada no capítulo 3 deste trabalho, abre-se um caminho para a formação de uma decisão equilibrada, levando-se em conta, dentre outros aspectos, a capacidade estrutural do Estado receber o grande contingente de refugiados.

A propósito de analisar casos envolvendo este contingente, coletivamente considerado, vejamos como a Corte Suprema da Espanha, país diretamente envolvido no fluxo migratório de refugiados no continente europeu¹⁸⁴, tem resolvido estas questões.

¹⁸⁴ A Espanha é, atualmente, a principal porta de entrada de refugiados no continente europeu. Cf. *“Espanha supera Itália se transforma em principal porta de entrada na Europa para imigrantes”*. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,espanha-supera-italia-se-transforma-em-principal-porta-de-entrada-na-europa-para-imigrantes,70002428743>>. Acessado em 12.09.2018.

5.1.3 Caso: Associação *Stop Mare Mortum* vs. Espanha

5.1.3.1 Contextualização fática

No presente caso, a associação autora acionou o Estado espanhol em virtude do descumprimento da decisão 2015/1523 do Conselho da Europa que estabeleceu metas de acolhimento de refugiados, visando a melhor distribuição do contingente de pessoas que buscavam ajuda humanitária no continente europeu, advindo de zonas de conflito de países terceiros.

Esta decisão, objetivou, no seu art. 4º, realocar 40.000 refugiados que solicitaram acolhimento na Itália e na Grécia, de modo a poder auxiliar estes dois países e equilibrar a responsabilidade dos outros membros da UE na recepção deste grupo de vulneráveis. Senão vejamos:

Art. 4 Na sequência do acordo alcançado entre os Estados-Membros através da Resolução de 20 de julho de 2015, dos representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, relativa à recolocação a partir da Itália e da Grécia de 40.000 pessoas com clara necessidade de proteção internacional:

- a) 24.000 requerentes são recolocados a partir de Itália para o território de outros Estados-Membros;
- b) 16.000 requerentes são recolocados a partir da Grécia para o território de outros Estados-Membros.

Neste contexto, segundo a Decisão 2015/1601, art. 4, que atualizou o número de recolocados para 120.000 refugiados e estabeleceu medidas provisórias de auxílio à Itália e Grécia, a Espanha havia se comprometido a acolher 1.896 advindos da Itália, 6.127 provenientes da Grécia, totalizando o acolhimento a 8.023 refugiados. Além desses, ficou acordado, pelo item c) do mesmo artigo, que outras 6.564 pessoas deveriam ser realocadas para a Espanha, 1.551 vindas da Itália e 5.013 transferidas da Grécia.

Art. 4 1. São recolocados nos outros Estados-Membros 120.000 requerentes, do seguinte modo:

- a) 15.600 requerentes que se encontram em Itália são recolocados no território de outros Estados-Membros nos termos do quadro constante do anexo I;
- b) 50.400 requerentes que se encontram na Grécia são recolocados no território de outros Estados-Membros nos termos do quadro constante do anexo II;
- c) 54.000 requerentes são recolocados no território de Estados-Membros proporcionalmente aos valores estabelecidos nos anexos I e II, quer nos termos do n.º2 do presente artigo, quer através da alteração da presente decisão, conforme referido no artigo 1.º, n.º2, e no n.º3 do presente artigo. A Comissão apresenta uma proposta ao Conselho relativa aos valores a atribuir por Estado-Membro.

Em que pese estas exigências, segundo a parte autora, a Espanha só disponibilizou 12,85% das vagas que comprometera-se e apenas efetivou 6,46% das realocações.

Insta asseverar que, o art. 5º da Decisão 2015/1601 determina que em, um intervalo trimestral, os Estados-membros deverão comunicar o número de solicitantes que poderão realocar rapidamente em seu território. Prestadas estas informações, Itália e Grécia deverão determinar concretamente quais requerentes serão trasladados, recolhendo e enviando ao Estado-membro as informações sobre aqueles que efetivamente serão levados ao seu território, priorizando os indivíduos mais vulneráveis.

À seu turno, a citada decisão pondera que:

Los Estados miembros solo podrán ejercer el derecho a rehusar la reubicación de un solicitante en su territorio cuando existan motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad nacional o el orden público.

5.1.3.2 A decisão da Suprema Corte Espanhola

Na *ratio decidendi*, a Corte Suprema afirmou que as decisões do Conselho da União Europeia são vinculantes e de aplicação imediata, sendo possível o controle de seu cumprimento pelos tribunais nacionais, através de ações provocadas pelos legitimados ativos.

A partir de los anteriores razonamientos debemos concluir que, dada la eficacia directa de las Decisiones objeto de la presente controversia, resulta posible que el control de su cumplimiento pueda realizarse por los tribunales nacionales, atendiendo a la acción ejercitada por personas o entidades legitimadas, posibilidad que no contradice los poderes y competencias de la Comisión para plantear, si lo considera oportuno y de forma potestativa, un procedimiento por incumplimiento frente al Estado miembro.

Assim também, ressaltou o caráter de temporariedade da Decisão 2015/1601, do Conselho da UE, ao estabelecer em seu art. 13, item 4, que suas disposições seriam aplicadas aos solicitantes que chegaram nos territórios de Itália e Grécia entre os dias 25 de setembro de 2015 e 26 de setembro de 2017, ou seja, permanece eficaz por 24 meses, período no qual os Estados-membros ficam obrigados a cumprir as metas de acolhimento do contingente realocado.

Segundo entendeu a o Tribunal Supremo espanhol, este prazo revelou-se plenamente razoável para que a complexa operação de redistribuição de solicitantes de proteção, tanto no atinente às medidas de preparação, quanto à fase de execução propriamente dita¹⁸⁵.

¹⁸⁵ *La elección de un período de aplicación de 24 meses resulta justificada habida cuenta de que la reubicación de un número importante de personas, como la prevista por la Decisión impugnada, es una operación inédita y*

Ademais, a própria União Europeia, em abril de 2017, manifestou-se preocupada com o ritmo das realocações de refugiados, no sentido de fazer valer a decisão supracitada, inclusive admitindo, para fins do cumprimento das metas estabelecidas, os traslados após setembro de 2017.

Não obstante a Espanha ter ressaltado que estava envidando todos os esforços possíveis para proceder a análise dos pedidos de proteção, de modo a averiguar aqueles que reúnem as condições para fazer jus ao asilo, apenas conseguiu disponibilizar 1.675 vagas para realocação de refugiados advindos da Grécia e 625 vindos da Itália.

Destes números, até o dia em que o caso foi julgado da Corte Suprema, haviam sido efetivados apenas 1.096 transferências de pessoas que entraram pela Grécia e 205 que encontravam-se na Itália, totalizando 1.301 indivíduos.

Tenha-se presente ainda que, segundo o comentado julgado, a Espanha deixou de exercer a prerrogativa de requerer uma redução de 30% da cota de realocados pré-estabelecida, consoante autorizava o art. 4, item 5 da decisão 2015/1601¹⁸⁶.

Por fim, a Suprema Corte concluiu que:

Consecuentemente, se concluye que España ha incumplido sus obligaciones de ofertar plazas y de hacer efectivas las reubicaciones a las que estaba obligada: transcurrido más de medio año del vencimiento del término, el informe de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) reconoce que el balance actual de cumplimiento de las obligaciones finales es inferior al 13%.

Nestes termos, foi reconhecido também que as razões apresentadas pelo Procurador do Estado espanhol, ressaltando as dificuldades administrativas para cumprir com as metas estabelecidas não subsistem, tendo em vista que o Estado sequer recorreu ao pedido de redução de 30% das cotas, previsto na norma regional descumprida¹⁸⁷.

Por consequência disto, declarado o descumprimento da decisão do Conselho Europeu pela Espanha, o judiciário deste país, reconhecendo as dificuldades de implantação imediata e instantânea dos realocamentos restantes, determinou que fossem adotadas as medidas

compleja que requiere de un cierto tiempo de preparación y de ejecución, en particular en lo que se refiere a la coordinación entre las administraciones de los Estados miembros, para que produzca efectos concretos.

¹⁸⁶ Art. 4, 5. Um Estado-Membro pode, em circunstâncias excepcionais, até 26 de dezembro de 2015, notificar o Conselho e a Comissão de que se encontra temporariamente impedido de participar na recolocação de, no máximo, 30 % dos requerentes do contingente que lhe tenha sido atribuído nos termos do n.º 1, apresentando razões devidamente justificadas e compatíveis com os valores fundamentais da União, consagrados no artigo 2.º do Tratado da União Europeia.

¹⁸⁷ La existencia de graves dificultades administrativas para el cumplimiento de tales obligaciones, que en el fondo parece plantear el Sr. Abogado del Estado al detallar pormenorizadamente el procedimiento llevado a cabo por las autoridades españolas, no puede constituir causa de exención de las mismas, dado que la citada Decisión, recoge medidas flexibilizadoras, que no han sido alegadas ni utilizadas por el Gobierno español.

necessárias ao cumprimento das metas estabelecidas na referida norma comunitária, bem como das normas que dela poderão advir.

Observe-se que, em relação ao julgado da Corte Europeia, a Suprema Corte Espanhola exarou um comando muito mais agudo no sentido de compelir o Estado a prover os meios de acolhida do contingente do qual se comprometeu, por meio da decisão do Conselho da União Europeia.

Isto pode ser explicado em virtude da ausência do obstáculo imposto pela soberania estatal. Explica-se: o judiciário espanhol, inserto na estrutura republicana de separação dos poderes, precisa estar atento apenas ao limite de ingerência de suas decisões sobre as esferas executiva e legislativa. Todavia, a decisão da Corte Europeia, em que pese a Espanha ter aderido ao bloco e se sujeitado à jurisdição comunitária, tem que observar a cautela necessária com a não intervenção em assuntos de política interna, limitação que, apesar de mitigada, ainda persiste.

Pode-se constatar, então, que a busca de uma solução efetiva para o problema da abertura de fronteiras, ao menos no cenário europeu, ainda parte do controle judicial interno, mesmo que decidido com base nos princípios que regem o direito comunitário.

Adiante, vejamos como o cenário se desenha no plano interamericano, onde também convive-se com o “problema” dos fluxos migratórios, ante a dificuldade de países desta região, em sua maioria mais pobres do que os europeus, na acolhida de refugiados.

5.2 JURISPRUDÊNCIA AMERICANA: CORTE IDH E STF

Diferentemente do sistema europeu, o sistema americano de proteção dos direitos humanos ainda convive com a repartição de funções entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com o advento da Carta da OEA (Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem), editada em Bogotá em 1948, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi concebida em 1959 com a missão de promover e dar efetividade à Convenção de Bogotá e, posteriormente, à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), vigente deste 1978.

Acentue-se que, segundo Piovesan, (2015, pp.143-144), a Comissão tem como atribuições a conciliação entre governos e grupos sociais que acusem violação de direitos humanos, o assessoramento de governos no que tange a medidas adequadas à promoção de direitos humanos, o acompanhamento e o fornecimento de informações à OEA sobre a situação dos direitos humanos em seus Estados-membro, a chancela nos procedimentos de

governo para reparar falhas reportadas, a promoção da pesquisa e do estudo em direitos humanos e a proteção direta em casos que demandem urgência, incluindo a possibilidade de solicitar aos governos a suspensão de determinado ato violador. Para tanto, sua competência abrange não só os signatários do Pacto de San José da Costa Rica, mas todos os Estados-parte da OEA.

Apesar de ser um órgão com efetiva contribuição para o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, podendo inclusive apurar notícias de afronta, expedir recomendações a Estados violadores, bem como acompanhar o seu cumprimento, a Comissão pouco pode fazer para além disto.

No magistério de Mahlke (2017, pp. 99-100), na hipótese do Estado-parte não atender à recomendação, a comissão terá dois caminhos, levar o caso ao conhecimento da Assembléia Geral da OEA, aonde a questão ganhará publicidade através de menção no relatório anual, desencadeando, por vezes sanções políticas, como também poderá encaminhar para julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta segunda via revela que a Comissão funciona como um filtro dos casos a serem apreciados pela Corte. Segundo a Mahkle, os critérios desta seleção são por vezes questionáveis, em virtude da baixa clareza e do alto grau de discricionariedade política envolvido.

À propósito, a inexistência do direito de petição diretamente à corte, pelo cidadão comum é uma das críticas mais frequentes ao sistema interamericano que, neste particular, não acompanhou o avanço do sistema europeu, após a atualização perpetrada pelo Protocolo 11. Não por outra razão, Ramos, (2008, p.424) afirma que os casos levados pela Comissão à Corte são raros, tendo sido processados menos de 200 desde a sua criação em 1978.

Em entrevista recente, Trindade (2017, p. 12) traçou um comparativo da evolução desta função intermediadora da Comissão de Direitos Humanos na Europa e na América, ressaltando que o bloco do velho continente levou quase meio século para extinguir a etapa de análise pela comissão e promover o acesso direto à CEDH. No caso do sistema interamericano, a proposta do autor é diferente, veja-se:

Eu avancei em termos diferentes a minha proposta, no sentido de que não deveriam extinguir a Comissão Interamericana, ela deveria ser mantida, porque nem todos os Estados do sistema Interamericano eram partes da Convenção ou são, mesmo hoje partes da Convenção Americana. Então a Comissão teria que continuar existindo. Mas deveria haver um momento, uma vez que a Comissão terminasse de examinar um caso e decidisse um caso, que o indivíduo deveria ser consultado se ele considerava que ele teve a justiça na decisão da Comissão, ou se ele poderia continuar e ter o caso

examinado pela Corte, mas deveria ser a decisão do justiciável. (TRINDADE, 2017, p.12¹⁸⁸).

Mesmo com esta visão intermediária, a proposta que acabou passando, na atualização da Convenção e do Regulamento da Comissão, de 2001, foi a manutenção do papel intermediador da Comissão, com a sensível diferença de que a regra passou a ser a submissão dos casos à Corte e a excepcional não apresentação deverá ser fundamentada¹⁸⁹, além da possibilidade das partes peticionantes poderem participar ativamente do processo em todas as suas etapas.

Outro ponto relativo a Comissão que merece críticas é a falta de paridade entre os seus componentes e os Estados-membros. Formada por 7 membros de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos, a Comissão deixa a desejar quanto a pluralidade de seus componentes.

Diferentemente do que ocorre na Europa, onde a CEDH ostenta um membro por cada país integrante do bloco, ainda que estes componentes tenham o dever de atuar com imparcialidade, sem exercerem função de representantes do interesse de seus respectivos Estados, a diversidade de concepções lograda com a presença equitativa de membros, seja na Corte, seja na Comissão é um dado relevante à formação de uma decisão colegiada que abrace diferentes visões dos direitos humanos, a partir da experiência de cada país que compõe aquela região.

Afora estas críticas, não se pode negar que a Comissão desempenha um relevante papel na proteção dos direitos humanos no sistema interamericano e, como não poderia deixar de ser, no combate às violações relativas ao direito dos refugiados e migrantes, merecendo, segundo informa Mahkle (2017, p. 100-101), uma relatoria específica sobre direito dos migrantes, cujo objetivo é salvaguardar os direitos deste grupo de vulneráveis e suas famílias, das vítimas de tráfico de pessoas, dos deslocados internos e dos apátridas, através da elaboração de relatórios, trabalhos de conscientização dos Estados e expedição de recomendações em virtude de violações dos direitos em foco.

O segundo órgão de proteção do sistema interamericano é a já citada Corte Interamericana de Direitos Humanos, fundada em 1978 e, assim como a Comissão, composta

¹⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Entrevista para o canal Debates Virtuais: A Corte Interamericana de Direitos Humanos. In Revista de Direito Constitucional Internacional. v. 1, nº1, ano 2017. Disponível em: <<https://www.debatesvirtuais.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Entrevista-Can%C3%A7ado-Trindade.pdf>>. Acessado em 29 de setembro de 2017.

¹⁸⁹ Art. 45, 1. Se o Estado de que se trate houver aceito a jurisdição da Corte Interamericana em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do citado instrumento, a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros.

de 7 membros, juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos à título pessoal pelos integrantes da Convenção.

Ao contrário do que ocorre com a Comissão, cuja submissão é automaticamente aceita pelos signatários da Convenção, a jurisdição da Corte deve ser acatada de modo específico por cada integrante, o que, nas palavras de Piovesan (2015, p. 155) trata-se de um anacronismo histórico que deve ser superado.

No campo de suas competências, pontue-se que a CIDH atua tanto no âmbito consultivo, como intérprete do verdadeiro sentido e alcance das normas insculpidas pela Convenção, quanto no contencioso.

Como cediço, nas demandas contenciosas, a legitimidade para provocação da Corte está restrita aos Estados-membros que reconheceram a sua jurisdição, bem como a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Se no campo do acesso à Corte e da paridade dos seus membros o sistema interamericano parece ainda não ter logrado o mesmo nível de avanço do seu par europeu, no terreno dos efeitos de suas decisões vê-se que a proteção aos direitos humanos na América deu um passo à frente.

Repise-se que, ao visitar o case julgado pela CEDH, viu-se que aquele tribunal pecou ao limitar sua decisão ao reconhecimento da violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Bélgica e pela Grécia, bem como a estabelecer um montante indenizatório a ser pago por estes dois países.

Na Corte Interamericana o que se observa é uma busca por meios de tutela específica, no caso das obrigações de fazer e não fazer, contribuindo essencialmente para a efetivação do direito aviltado.

Obedecendo a mesma linha, Andre de Carvalho Ramos acentua que:

No sistema europeu, é possível a fixação de uma satisfação equitativa pecuniária pela Corte Europeia de Direitos Humanos, como alternativa à existência de impedimentos internos à plena execução da sentença internacional. Assim, admite-se que uma decisão internacional, no caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, não possa ser cumprida em sua integralidade pelo Estado e isso não acarretará nova responsabilização internacional.

Já no sistema judicial interamericano há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte, como visto acima. Aliás, na literalidade do artigo 63.1, preocupa-se a Convenção com a *restitutio in integrum* em primeiro lugar, estipulando ser dever do Estado restaurar o gozo do direito ou liberdade violados. (RAMOS, 2008, p. 423).

Esta característica das decisões da Corte IDH é fundamental para a efetivação de direitos humanos, que, em sua maioria, envolvem questões extra patrimoniais, especialmente

direitos envolvendo refugiados, aqui em particular do provimento das prestações adequadas à acolhida deste contingente de pessoas.

No contexto deste sistema interamericano, vejamos adiante dois casos concretos, um julgado pela Corte IDH e outro no âmbito do direito interno de um de seus principais Estados-membro, o Brasil.

5.2.1 Caso: Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia

5.2.1.1 Contextualização fática

A demanda examinada foi a primeira vez que a Corte IDH analisou um caso envolvendo o princípio do *non-refoulement*.

O caso é relativo a uma família peruana, Pacheco Tineo, em desfavor do Estado Plurinacional da Bolívia. Como cidadãos naturais do Peru, Rumaldo Pacheco e Fredesvinda Tineo, foram injustamente indiciados e presos no seu país de origem, pela prática de atividades consideradas terroristas, no início da década de 1990, época do governo Fujimori.

Em outubro de 1995, após serem liberados e absolvidos, os acionantes, juntamente com seus dois filhos, rumaram para a Bolívia, com fito de escapar das perseguições que ainda sofriam, consubstanciadas em dois mandados de prisão expedidos pouco antes de sua partida, em razão da anulação da decisão absolutória pela Suprema Corte Peruana.

Chegando em território boliviano, providenciaram junto ao órgão competente daquele país o reconhecimento do seu *status* de refugiado.

Por sua vez, em 1998, ingressou em um programa de repatriação voluntária, que daria direito de regressar diretamente a seu país de origem, juntamente com sua família. Contudo, este retorno não veio a se concretizar e os demandantes atravessaram a fronteira rumo ao Chile, onde ingressaram com o novo pedido de refúgio, logrado com auxílio do escritório da ACNUR nesse país.

Visando renegociar seu retorno ao país de origem, bem como proceder a atualização de alguns documentos profissionais, checar alguns investimentos que ainda tinham no Peru e verificar a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho de sua terra natal, no dia 3 de fevereiro de 2001 os demandantes regressaram ao território peruano.

No entanto, ao chegar ao Peru, os acionantes tiveram ciência que sua situação ainda era arriscada, pois a ordem de prisão expedida contra eles permanecia válida, pois a decisão não fora anulada e o processo não encontrava-se arquivado.

Nestas circunstâncias, em 19 de fevereiro de 2001, resolveram retornar à Bolívia clandestinamente, dirigindo-se, após entrada no território boliviano, ao escritório do serviço

nacional de imigração de La Paz com fito de regularizar sua documentação, informar a intenção de cruzar o território em direção ao Chile e requerer apoio para o traslado.

Saliente-se que, no dia 23 de fevereiro daquele mesmo ano, foi apresentado o requerimento de expulsão dos acionantes da Bolívia em virtude da transgressão das normas migratórias vigentes. Não obstante o Consulado Chileno ter ressaltado a condição de refugiados daqueles indivíduos, conferida pelo próprio Chile, no dia 24 de fevereiro, após procedimento sumário que desconsiderou a aplicação do estatuto dos refugiados às vítimas, a expulsão foi executada.

Após a sua devolução ao Peru, o casal Pacheco Tineo ficou detido até julho de 2001, período no qual foram separados dos filhos. Sobrevinda a sua libertação, todos regressaram ao Chile, local onde vivem até os dias de hoje e onde apresentaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, a seu turno, levou a questão à apreciação da Corte IDH.

5.2.1.2 A decisão da Corte IDH

A seu turno, a Corte IDH analisou o caso à luz do princípio do *non-refoulement*. Para tanto, invocou a norma consubstanciada no arts. 22.7 e 22.8 da Convenção IDH, cujo teor enuncia o seguinte:

art. 22,7. 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 os convênios 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.

Restou patente que, não é lícito promover a expulsão de migrantes de suas fronteiras sem uma análise individualizada de seus pedidos. Ao aderir à Convenção, os países, incluindo a Bolívia, se comprometeram a assegurar uma proteção apropriada, por via de um devido processo legal onde estejam garantidos o contraditório e a assistência através de uma defesa técnica.

Ademais, em uma interpretação conjunta com o próprio Estatuto dos Refugiados de 1951, impende observar a vedação expressa à devolução de refugiados para locais onde sua integridade estará em risco, seja no seu país de origem ou em um país terceiro.

Seguindo este passo, a Corte observou que houve clara violação dos artigos 8¹⁹⁰, 22 (itens 7 e 8) e 25¹⁹¹ da Convenção por parte do Estado boliviano ao ignorar o pedido de reconhecimento da condição de refugiados dos demandantes e decidir pela sua expulsão para o Peru, sem oportunizar corretamente o exercício do contraditório, nem tampouco fazer uma análise individualizada das razões de fundo que levaram estas pessoas a terem ingressado em seu território de maneira irregular. Além disso, o Estado acionado deixou de sopesar os riscos envolvidos no processo de devolução dos autores ao seu país de origem.

Acentue-se que, após apuração das provas apresentadas, a Corte concluiu que desde o momento em que os demandantes se apresentaram ao setor de controle de migrações boliviano, foi iniciado o procedimento de expulsão dos mesmos. Cumpre salientar que, cientes do risco que implicava a devolução dos requerentes ao país de origem, o Estado Boliviano conduziu o procedimento de expulsão sem qualquer análise do pedido de refúgio apresentado, nem tampouco sem oportunizar a exposição das razões do pleito em entrevistas individuais que pudessem auxiliar na formação de um juízo prévio, tal qual recomendam as normas internacionais.

Esta conduta afrontou diretamente o escopo protetivo aos refugiados, com lastro na Convenção IDH, bem como o próprio direito fundamental de liberdade pessoal e integridade física e psíquica dos demandantes.

Acerca desta integridade psicológica a Corte IDH foi explícita ao reconhecer que:

El Tribunal consideró que, en circunstancias en que no encontraron el apoyo que buscaban de las autoridades bolivianas, es lógico que la retención de su documentación, así como la detención ilegal y arbitraria a que fue sometida la señora Fredesvinda Tineo Godos por orden de las autoridades migratorias, generaron sentimientos de zozobra, frustración y ansiedad en los miembros de su familia, quienes estuvieron en una situación de grave incertidumbre y preocupación por lo que les podría suceder. Además, las víctimas no recibieron información alguna por parte de las autoridades respecto de sus trámites, por lo que debieron enfrentar las referidas violaciones del debido proceso.

Torna-se ainda mais evidente a desídia do Estado-réu quando se constata que antes de consumir a expulsão dos demandantes, o governo chileno entrou em contato com as autoridades bolivianas informando que fora autorizado o traslado da família para o Chile, em

¹⁹⁰ Art. 8, 1. *Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

¹⁹¹ Art. 25, 1. *Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.*

virtude da concessão de refúgio deferida outrora e que haveria, por parte deste país, todo apoio relativo a logística da transferência. Todavia, ignorando mais esta circunstância, no dia seguinte, os requerentes foram enviados de volta ao Peru.

Por fim, a Corte também considerou que a decisão das autoridades bolivianas violou o direito dos menores, filhos do casal Pacheco Tineo ao não oportunizarem a sua participação no processo de expulsão por meio de seus representantes e tampouco serem ouvidos pelas autoridades, sendo tratados como objeto e não como sujeitos de direitos.

Considerando estes fundamentos, bem como o fato dos requerentes já terem sido acolhidos pelo Chile e atualmente residirem neste país na condição de refugiados, a Corte IDH estabeleceu que a Bolívia terá que submeter os seus funcionários de imigração a programas de capacitação, como forma de prevenir que os erros cometidos no caso Pacheco-Tineo sejam repetidos futuramente, bem como arbitrou uma indenização à título de danos morais.

Vê-se que, as sanções estabelecidas ultrapassam a simples cominação de condenação indenizatória e estabelece medidas a serem tomadas pelo Estado violador tanto em caráter corretivo quanto preventivo, representando a decisão, ora em comento, um importante consolidação jurisprudencial no que diz respeito ao procedimento adequado face às solicitações de refúgio. Neste ponto, como já frisado, a Corte IDH possui um modelo decisório aparentemente mais eficaz do que o apresentado pela CEDH,

Por outro lado, é passível de crítica parte da decisão da referida Corte que não deixou claro estar o direito subjetivo ao refúgio amparado pelo o art. 22, § 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos ou ainda sob o alvedrio do Estado, sobre tal posicionamento os §§ 170 e 197 da sentença estipula:

170. No corresponde a la Corte entrar a considerar si la familia Pacheco Tineo se encontraba, en efecto, en riesgo de violación a los derechos a la vida o libertad personal en el Estado peruano a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, en los términos del artículo 1.A de la Convención de 1951. Esa evaluación correspondía a la CONARE y no consta que este órgano la haya realizado, ni fue el fundamento de su decisión.

(...)

197. La Corte reitera que el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías.

Ademais, deve-se atentar que as sanções que visam compelir o cumprimento de comandos judiciais como este ainda carecem de um incremento. Isto porque, enquanto o sistema europeu admite, em última instância até a expulsão do Estado que descumprir as

deliberações da CEDH, o sistema interamericano não traz soluções tão drásticas, limitando-se a dar publicidade à desobediência, através da publicação no relatório anual da OEA, bem como outras sanções políticas menos gravosas.

Assim, para que toda a força cogente das profícuas decisões exaradas pela Corte IDH seja consolidada, é preciso haver um respaldo do sistema interamericano ao seu próprio órgão julgante, além das já comentadas medidas necessárias ao acesso direto do indivíduo à Corte.

Ultrapassada esta análise, veja-se aquele que é o caso mais próximo da realidade nacional, a questão do fechamento de fronteiras requerido pelo Estado de Roraima, recentemente analisado em decisão monocrática pelo STF, na lavra da Ministra Rosa Weber.

5.2.2 Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Cumprido esclarecer, de saída, que o caso doravante analisado ainda está pendente de julgamento de mérito pelo Colegiado da Alta Corte, contudo, em vista da relevância do problema de gerenciamento do fluxo de Venezuelanos para o Brasil, já debatido no capítulo anterior, bem como frente a força da decisão liminar ora examinada, no sentido de pacificar a controvérsia judicial que pairava sobre a possibilidade do fechamento da fronteira do Estado de Roraima com a Venezuela, pode-se afirmar que, a míngua de tratar-se de uma decisão sem a estabilidade da coisa julgada, ou sequer da análise profunda do mérito, este julgado reveste-se de singular importância por representar uma primeira posição jurisdicional emanada de um Ministro do STF acerca do tema de controle de migrações em fronteiras brasileiras na atual crise.

5.2.2.1 Contextualização fática

Destarte, o caso em exame desenvolveu-se a partir da já caracterizada crise migratória envolvendo a Venezuela e os países circunvizinhos, em particular, devido ao interesse deste trabalho, o Brasil.

Tenha-se presente que o Estado de Roraima, em virtude deste fluxo migratório, ingressou com uma ação civil ordinária (ACO 3121, Rel. Min. Rosa Weber, j. 06/08/2018, DJE 08/08/2018), em face da União, pugnando que o Supremo determinasse o incremento do repasse de recursos adicionais destinado ao Estado-autor, a tomada de medidas administrativas, pelo Governo Federal, nas áreas de vigilância sanitária, saúde, controle policial na região afetada e, por fim, que ordenasse o fechamento temporário da fronteira com a Venezuela, de forma imediata.

A parte autora justifica o pleito sob o argumento de que o fluxo migratório desordenado por parte dos venezuelanos produza efeitos mais devastadores a sociedade brasileira, sobretudo no Estado de Roraima, uma vez que o número de venezuelanos instalados precariamente na cidade de Boa Vista gerou um impacto significativo no aumento da criminalidade, sobrecarga das unidades de saúde e do ensino público, além dos riscos de epidemias. Alega-se ainda, que nenhum recurso adicional foi efetivamente transferido pela União e que as medidas adotadas pela parte Ré são de natureza paliativa, posto que “o requerente vem suportando incalculável impacto econômico decorrente da entrada desordenada de imigrantes venezuelanos em território roraimense” e que a continuidade do intenso fluxo migratório pode gerar um colapso nos serviços básicos do Estado e, portanto, deve a União cumprir com o seu papel administrativo na proteção, controle e fiscalização de suas fronteiras para que seja resguardada a soberania do Estado e o bem estar da população residente em Roraima.

5.2.2.2 A decisão monocrática da Min. Rosa Weber

Por sua vez, a Corte Suprema, examinando a questão em caráter liminar, resolveu indeferir a medida antecipatória de fechamento de fronteiras sob os argumentos que esta providência violaria os princípios de prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, insculpidos no art. 4, II e IX da CRFB, bem como a lei de migração (Lei nº 13.445/2017, que proíbe o impedimento de entrada no país em função de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política. Outrossim, a decisão apontou afronta ao Acordo de Cooperação Sanitária e Fronteiriça celebrado entre Brasil e Venezuela¹⁹².

Nas palavras da Relatora, Min. Rosa Weber, ainda que a gestão das fronteiras seja outorgada ao executivo, por força da distribuição constitucional de competências, a autoridade governamental deve observar certas limitações, senão vejamos:

Sem dúvida, no Estado democrático de direito, mesmo os atos ditos soberanos não são absolutamente livres de constrangimentos, estando sujeitos ao império da lei. Isso significa que a discricionariedade assegurada ao Chefe do Poder Executivo para exercer a sua competência privativa há de ser exercida dentro do espaço demarcado pelo conjunto formado pelos tratados internacionais adotados pelo Brasil sobre o tema e a legislação de

¹⁹² Segundo o art. XVIII do mencionado acordo, é vedado o fechamento total da fronteira entre os dois países, senão vejamos: “art. XVIII Os Governos do Brasil e da Venezuela comprometem-se a não adotar medidas de profilaxia internacional que impliquem o fechamento total de suas respectivas fronteiras e limitarão as medidas, quando for indispensável, à zona afetada. As medidas em tela só poderão ser dispostas pelas autoridades sanitárias nacionais de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional, e serão notificadas imediatamente à Organização Pan-Americana da Saúde”.

regência emanada do Congresso Nacional, tudo sob a égide da Constituição Federal, a conformar a política migratória brasileira.

Assinale-se que no terreno da abertura e fechamento de fronteiras o espaço discricionário é particularmente reduzido. Isto porque, como já visto no capítulo 3, o Estatuto dos Refugiados, do qual o Brasil é signatário, traça como regra geral a vedação do bloqueio fronteiro para aqueles que dirigem-se ao país em busca de refúgio. Veja-se, novamente, a referida norma:

Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.
2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

De pronto, pode-se inferir que as condições excepcionais que justificariam o fechamento de fronteiras estão pautadas por argumentos de segurança nacional ou da condição pessoal do refugiado quanto a presença de condenação criminal antecedente por delito que possa representar ameaça à sociedade do país de refúgio.

Atentando à textura normativa utilizada, não obstante a utilização da cláusula aberta “segurança do país”, é lícito afirmar que a execução deste comando legal que permite o fechamento total ou parcial das fronteiras será satisfeito em hipóteses bastante restritas, sendo imperiosa a especificação dos motivos que levam a crer que o fluxo migratório seria responsável por um abalo significativo na segurança e ordem social.

Repise-se que, o já citado Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça Brasil-Venezuela também pode ser invocado como um limitador do arbítrio do governo na gestão da fronteira entre os dois países.

Neste passo, a Ministra Relatora arrematou este raciocínio, enfatizando que:

Quando aderem, voluntariamente, no exercício da própria soberania, aos sistemas internacionais de proteção de refugiados previstos em tratados multilaterais, os Estados-parte assumem determinadas obrigações, limitando, assim, a própria soberania. Resguardada, todavia, a observância dos instrumentos internacionais de proteção dos refugiados, permanecem os Estados livres, do ponto de vista do direito internacional, para escolher manter suas fronteiras abertas ou fechadas.

Enfatize-se mais uma vez que a liberdade dos Estados em fechar ou não as fronteiras é condicionada à observância dos instrumentos internacionais de proteção dos refugiados. De mais a mais, a própria decisão considera que em meio a uma realidade onde diversos países vem endurecendo o combate às migrações irregulares, o próprio sistema de proteção aos refugiados perde força ao não poder ser acessado por que dele mais necessita.

No plano interno, ainda nas palavras da Ministra Rose Weber, há “uma estrutura institucional voltada ao acolhimento e à proteção de refugiados no país”. Importante se faz lembrar que, dentre as ferramentas jurídicas disponíveis, a novel Lei de Migração (Lei 13.445/2017) revogou o estatuto do estrangeiro e previu em seu art. 14, I, *c*) e §3º a acolhida humanitária por meio da concessão de visto temporário¹⁹³.

Assevere-se que toda esta plêiade normativa voltada à proteção dos refugiados deve ser vista à luz do princípio da máxima efetividade e do próprio resguardo à dignidade humana, tal como celebrado pela Constituição de 1988.

De maneira inequívoca, a decisão analisada sintetiza a vedação ao fechamento de fronteiras nos termos solicitados pelo Estado de Roraima quando apregoa que:

Ainda que, à míngua de previsão legal ou convencional, não seja possível falar em direito subjetivo de entrada no país, o já citado princípio do non-refoulement, incorporado ao art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.474/1997, impõe, como limite normativo à soberania dos Estado, a obrigação de, uma vez o estrangeiro no território nacional, abster-se de devolvê-lo compulsoriamente ao país onde sua vida ou liberdade estariam em risco. In verbis: “Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. § 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.”

Como foi analisado na decisão da Suprema Corte Espanhola, vê-se que no âmbito interno, retirada a barreira de intervenção na soberania de Estados-membro, a utilização de comandos jurisdicionais que buscam a tutela específica do direito é feita de forma muito mais direta e eficaz.

¹⁹³ Lei 13.445/2017 - Art. 14. *O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - o visto temporário tenha como finalidade: a) pesquisa, ensino ou extensão acadêmica; b) tratamento de saúde; c) acolhida humanitária; [...] § 3o O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.*

Por certo, não se pode negar que o próprio pacto Republicano tem mais força do que qualquer tratado internacional no sentido de fazer respeitar as decisões das cortes internas, sob pena de incidência em ilícitos de desobediência e da quebra da própria estrutura do Estado e seu sistema de freios e contrapesos.

Ressalte-se ainda que aqueles estrangeiros que ingressaram de maneira irregular no país não devem ser impedidos de solicitar e ver acolhido o seu pedido de refúgio, por força do art. 8º da Lei 9.474/1997 (regulamento do Estatuto dos Refugiados no território nacional):

Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

Enfim, seja pela salvaguarda dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ou pelas normas de direito interno do país, não há retaguarda jurídica para o pedido de fechamento de fronteiras deduzido pelo Estado de Roraima.

Convém reforçar que, não obstante este julgado seja uma decisão monocrática, ainda pendente de julgamento pelo colegiado do STF, o primeiro entendimento esposado em relação a esta matéria pela Ministra Relatora já indica, pela robustez do voto, as barreiras que quaisquer razões contrárias à tese desta decisão terão de ultrapassar para reverter o resultado apresentado diante dos demais ministros da Suprema Corte.

5.3 O PAPEL DAS CORTES NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Pode-se afirmar que as Cortes internacionais, regionais e nacionais, no que lhes competem, são intérpretes legítimos do Direito Internacional e, mais especificamente, do Direito Internacional dos Refugiados, corroborando para a devida aplicação dessas normas jurídicas e para o fortalecimento da conexão inevitável das três vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No que diz respeito ao Direito Internacional dos Refugiados e a ausência de um órgão específico de controle sobre o tema, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos vêm atuando na defesa desses direitos coibindo interpretações pautadas nos interesses nacionais soberanos. Tal atuação potencializa o sentido e alcance das normas sobre refúgio, harmonizando-as entre os Estados que as ratificam.

Mahlke salienta, que essa jurisprudência produz um “*standard* de interpretação”, sendo que, os países que ratificam as Convenções relativas aos direitos humanos dos refugiados e reconhecem a plena jurisdição dessas Cortes estão submetidos a esses *standards* produzidos. (MAHLKE, 2017, p.2)

Em outras palavras, as jurisprudências representam um instrumento limitador da discricionariedade estatal e da imposição soberana no tratamento hostil dispensado aos refugiados e migrantes¹⁹⁴, uma vez que, a reiteração da defesa dos direitos dos refugiados pelas decisões das Cortes faz surgir, ainda que a passos lentos, um conceito de soberania alicerçada na responsabilidade internacional do Estado perante toda a comunidade da qual faz parte.

Afinada à este ponto de vista é a ponderação de Helisane Mahlke:

(...) a judicialização das relações internacionais é fundamental não apenas pela paz entre os Estados, mas pela justiça, que deve ser compreendida, principalmente, pela realização dos direitos humanos (...) A atuação dos órgãos internacionais de interpretação trouxe uma expansão qualitativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por essa razão, mais do que qualquer outro conjunto de direitos, os Direitos Humanos tem causado um efeito transformador no Direito Internacional como um todo, desafiando a arcaica perspectiva voluntarista, ao estabelecer normas cogentes que ultrapassam a necessidade de consentimento do Estado. (MAHLKE, 2017, p. 206)

No entanto, da análise do tópico anterior, critica-se a persistência de certa inibição por parte dos Tribunais de enfrentar, na medida do possível, a soberania dos Estados no que tange à concessão do refúgio, visto que, muitas vezes a única imposição é indenizatória através da constatação de violações de direitos humanos, do princípio do *non-refoulement* e da falha procedimental no reconhecimento dos indivíduos como refugiados.

Assim, o que se observou foi a necessidade em avançar nos dispositivos decisórios derivados dos julgamentos de causas referentes a refugiados, em especial, recordando-se o caso julgado pela CEDH (M.S.S vs. Bélgica e Grécia), restou comprovada a carência de um provimento jurisdicional tendente a tutelar de modo específico o pleito dos demandantes e não apenas garantir-lhes uma justa indenização¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Ao questionar as razões que levam os governos a aceitarem a autoridade de órgãos judiciais independentes a ponto de constringer suas soberanias, Mahlke aponta alguns motivos, como a possibilidade dos Estados participarem de um processo jurídico transnacional capaz de reconstruir interesses e identidades nacionais ao interpretar e internalizar as normas externas no ordenamento doméstico. Além disso, por receio de perderem o *status* de membro da sociedade internacional, ou porque os benefícios de participarem dessa sociedade são maiores que os custos, e, por último, mas não menos importante, porque os Estados consideram legítimas as regras e decisões, nas palavras da autora: “Os tribunais internacionais são instrumentos para aumentar a credibilidade dos compromissos internacionais em contextos multilaterais, ao possibilitar que a violação destes compromissos possa ser sancionada e gerar um custo político para o Estado faltoso em sua relação à comunidade de estados. Esse movimento fortalece a *compliance* futura, consolidando o acordo entre as partes em um regime multilateral. Além disso, as decisões das Cortes Internacionais têm impacto significativo sobre a política doméstica, mobilizando grupos internos a pressionarem seus governos a cumprir as normas internacionais” (MAHLKE, 2017, p. 204-205)

¹⁹⁵ Nesse mesmo sentido, Caçado Trindade clarifica o sentido de reparações devidas, que vão além do viés indenizatório: “(...) Da mesma forma, há que desenvolver a jurisprudência internacional – ainda em seus primórdios – sobre as reparações devidas às vítimas de violações comprovadas de direitos humanos. O termo

O mesmo pode-se observar na Corte IDH, pois não trata do direito à concessão ou não do refúgio, apenas garante os devidos trâmites legais, não obstante ter a Corte avançado no sentido de uma tutela mais específica, pois além da indenização houve a obrigação de fazer ao estabelecer que a Bolívia deveria aprimorar os procedimentos no reconhecimento do *status* de refugiado, submetendo o seu pessoal a programas de capacitação, de forma a prevenir que os erros cometidos no caso Pacheco-Tineo sejam replicados.

Ademais, salienta-se, por oportuno, que não existe ainda consolidado nas jurisprudências o reconhecimento do direito ao refúgio como ato declaratório e não constitutivo por parte dos Estados. Inexorável é, portanto, um claro posicionamento jurisprudencial quanto a este tema.

Nas Cortes nacionais a judicialização do refugio é de imperiosa necessidade. De acordo ao que foi examinado, tanto na Suprema Corte Espanhola quanto no Supremo Tribunal Federal brasileiro, depreendeu-se que os comandos exarados são significativos e eficazes, na medida em que, não obstante os interesses nacionais estarem em voga nos casos, foram invocadas normas constitucionais e internacionais que fazem parte do arcabouço jurídico dos países para que tais direitos fossem tutelados.

Contudo, mesmo que a decisão exarada pela Ministra Relatora, no caso supra exposto, seja indicativo de uma importante evolução quanto ao direito dos refugiados, a judicialização do refúgio no Brasil é ainda exordial. Como foi visto, a Lei específica brasileira (nº 9.474/1997) lega à esfera administrativa (na figura do Ministro da Justiça) a palavra final sobre a concessão ou não do *status* solicitado pelo indivíduo estrangeiro que aqui chega¹⁹⁶.

Logo, defende-se à guisa do quanto exposto, o importante papel dos Tribunais nacionais no tocante ao julgamento das violações dos direitos dos refugiados pois possibilitam uma vinculação dos Estados transgressores aos paradigmas jurisdicionais construídos com base tanto nos valores emanados da Constituinte quanto nos insculpidos nas Cartas de direitos humanos.

“reparações” não é juridicamente sinônimo de “indenizações”: o primeiro é gênero, o segundo a espécie. No presente domínio de proteção, as reparações abarcam, a par das indenizações devidas às vítimas – à luz do princípio geral do *neminem laedere*, – a *restitutio in integrum* (restabelecimento da situação anterior da vítima, sempre que possível), a reabilitação, a satisfação e, significativamente, a garantia da não-repetição dos atos ou omissões violatórios (o dever de prevenção). (TRINDADE, 1997, p. 173-174)

¹⁹⁶ A questão do *judicial review* da decisão do CONARE no Brasil sobre a concessão ou não do *status* de refugiado ainda não está pacificada pelo STF. Para maiores detalhes sobre o processo de reconhecimento dos refugiados e a possibilidade da judicialização no Brasil, conferir obra “AFONSECA, Débora Achy. “A tutela constitucional dos direitos dos refugiados no Brasil sob a ótica do acesso à justiça. In. SOUZA, Wilson Alves de e SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Processo e efetividade dos direitos*. Salvador: Ed. Dois de Julho, 2017, pp. 81 – 114.

Por fim, frisa-se, todavia, que os mecanismos jurídicos e políticos de proteção da pessoa humana são complementares. Assim, reconhece-se que a judicialização é apenas uma porção importantíssima na salvaguarda dos direitos dos refugiados, sendo, contudo, fundamental a implementação de políticas públicas por parte dos Estados, não só voltadas à abertura de fronteiras físicas ou concessão do *status* pleiteado pelos solicitantes, mas também na consolidação de direitos sociais correlatos, como saúde, educação, moradia, seguridade social e trabalho.

Pois conforme foi salientado, a garantia dos direitos dos refugiados encontra dificuldade não só em obstáculos físicos, mas políticos, sociais, culturais e religiosos. Enquanto a tendência dos Estados soberanos forem amesquinhar tais direitos, os refugiados devem buscar o Poder Judiciário para sua concretização, a própria Convenção de 1951 em seu art. 16¹⁹⁷ reconhece esse recurso.

No entanto, não se pode olvidar, que a atuação de judiciário em demandas que competiriam a outros órgãos, sobretudo o Legislativo e Executivo, não fere o princípio da separação dos poderes, pois como sustentando no tópico sobre o processo de concessão de refúgio no Brasil, “é da competência das Cortes zelar pelos direitos fundamentais, mesmo que tenha que atuar contra as maiorias políticas, como elemento essencial do constitucionalismo democrático”(MAHLKE, 2017, p. 258)

Portanto, diante de um Estado faltoso em garantir a dignidade da pessoa humana, o judiciário tem o dever de agir com total legitimidade no escopo de dar concretude aos preceitos constitucionais violados.

Em harmonia com o pensamento de Bobbio, os direitos do homem não mais deverão ser apenas proclamados ou reconhecidos, mas efetivamente protegidos:

(...) a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. (BOBBIO, 2004, p. 29-30)

¹⁹⁷ Convenção de 1951: “Art. 16 - Direito de estar em juízo - 1. Qualquer refugiado terá, no território dos Estados Contratantes, livre e fácil acesso aos tribunais. 2. No Estado Contratante em que tem sua residência habitual, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional, no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive a assistência judiciária e a isenção da *cautio judicatum solvi*.”

Tenha-se presente, então, que a busca pela transformação do entendimento jurisprudencial emanado pelas Cortes na proteção dos direitos humanos dos refugiados em políticas públicas é urgente¹⁹⁸, sem dúvidas essa premência deverá fomentar e nortear as futuras pesquisas neste campo de estudo diante das ameaças do porvir.

¹⁹⁸ Alinhada à essa urgência é a orientação de Helisane Mahlke, ao refletir que: “Após tantos conflitos, desde a formação do regime internacional dos refugiados, no pós Segunda Guerra, permanece a mesma busca por transformar o senso de humanidade em norma; a norma em jurisprudência e a jurisprudência em políticas públicas de integração e proteção. A arquitetura da proteção internacional dos refugiados é uma construção difícil, intercalando avanços e retrocessos, sendo permeada pela complexidade política (doméstica e da internacional), mas inequivocamente urgente e necessária. As recorrentes crises humanitárias que impulsionam o deslocamento forçado de milhares de indivíduos escancaram a insuficiência do atual modelo de proteção.” (MAHLKE, 2017, p. 209-210)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou refletir de forma crítica sobre as limitações do poder soberano estatal em face do direito dos refugiados, sinalizando os avanços, mas denunciando os desafios a serem perpetrados pelo Direito Internacional dos Refugiados e pelas instituições e órgãos responsáveis, imbuídos na devida proteção desses direitos.

À vista da crise humanitária de deslocamentos forçados que assola várias regiões do mundo, mais intensamente a partir de 2015, passou-se a examinar como o instituto do refúgio tem se desvelado nos dias atuais, tanto em seu bojo institucional, normativo, político e jurisdicional, mais especificamente, na Europa e no Brasil.

Viu-se que o Direito Internacional dos Refugiados faz parte de um todo maior do Direito Internacional dos Direitos Humanos, este caracterizado por ser *lex generalis*, e aquele, *lex specialis*, ou seja, há uma verdadeira relação de complementaridade entre essas duas vertentes do Direito (DIR e DIDH) que amplia o alcance de proteção aos seus titulares.

Não obstante o papel desempenhado pelos institutos de proteção, mormente os ligados à ONU, ter se mostrado indispensável para apequenar os atentados aos direitos humanos, assim como, a normativa vigente ser considerada avançada, principalmente no Brasil, estas duas ferramentas não se mostraram suficientes, o grande empecilho para a concretização dos direitos dos refugiados consagrados nos diplomas internacionais e domésticos ainda tem sido o subterfúgio da soberania estatal.

Na Europa a politização do refúgio se expressa pelo atravancamento da entrada dos migrantes e refugiados, antes mesmo de chegarem em suas fronteiras, através de acordos de cooperação com países terceiros que não fazem parte do bloco europeu e são reconhecidamente Estados descomprometidos com um regime democrático de direito e praticantes das maiores atrocidades contra as pessoas que buscam refúgio, através de prisões ilegais, tratamentos degradantes, expulsões coletivas, trabalho forçado, por exemplo. Tal política fomenta ainda mais o tráfico ilegal de pessoas e a construção de campos de refugiados, além de outras violências.

Noutro giro, notou-se que a política de refúgio adotada pelo Brasil se mostrou ineficiente, retardatária, paliativa, e principalmente faltosa na integração dialógica entres os três entes federativos, município, estado e governo, havendo uma verdadeira desarticulação administrativa. Como o início da tomada de providências foi retardatária acumulou-se mais de 86 mil solicitações de refúgio, com um número exíguo de pessoal trabalhando no CONARE. Toda essa deficiência reverbera nos refugiados, com predominância de venezuelanos

indígenas e não indígenas, que hoje tem chegado à fronteira norte brasileira em situação de calamidade pública, como o aumento de pessoas em situações de rua, prostituição, criminalidade, violências, sobrecarga dos serviços de saúde, educação, dentre outros.

Depreende-se, desse modo, que além de uma execução descentralizada das políticas públicas, estas são de curto prazo e não acompanham a legislação que ora vige no país, Lei 9.474/1997 e Lei 13.445/2017, comprometidas com a preconização dos direitos humanos, configurando-se um nítido anacronismo entre a legislação brasileira, considerada progressista, e as ações políticas adotadas, marcadas pela predominância dos interesses locais.

Outrossim, assentou-se que o fechamento de fronteiras não diz respeito apenas aquelas físicas, mas compreende uma acepção tridimensional: além das barreiras territoriais, têm-se as de natureza político-social e cultural-religioso. As primeiras tolhem o direito de entrada, aviltando frontalmente o princípio que constitui a espinha dorsal de todo Direito Internacional dos Refugiados, o *non-refoulement*, nomeadamente àqueles refugiados indocumentados. A segunda barreira político-social diz respeito a uma verdadeira “nacionalização do refúgio”, na medida em que os Estados constroem sua própria política de acolhimento baseada nos interesses nacionais, com medidas seletivas de acolhimento, de preconização da segurança nacional, em uma visão distorcida ao tratar os refugiados como verdadeiras ameaças, comprometendo todo o respeito às normas internacionais, mesmo tendo as ratificado, e além disso, amesquinham todos os direitos de natureza social à esses refugiados que se encontram sob seu território, quer pela supressão do direito à moradia, saúde, educação, emprego, dentre outros. Por fim, o fechar de fronteiras abrange, também, mas de forma mais sutil, os estorvos culturais e religiosos, atravancando deveras a integração no seio da comunidade em que o refugiado se encontra, são hostilidades e perseguições em decorrência dos costumes, princípios, crenças, etnias, comportamentos e percepções totalmente diversos, fazendo gerar os movimentos xenofóbicos.

À vista da realidade acima constatada, em contraposição às razões dos Estados, apontou-se, razões outras que impõe limites à soberania daqueles entes violadores dos direitos humanos dos refugiados. Tais razões estão assentadas na base principiológica da universalidade, solidariedade e hospitalidade, além de mais dois pressupostos indispensáveis: a natureza imperativa das normas *jus cogens*, sobretudo do *non-refoulement* e a essência do Estado Democrático de Direito que, segundo se defende, é indissociável da proteção da dignidade humana de quem outorgou-lhe soberania, o povo.

Arremata-se que não se chegou em um patamar satisfatório, não obstante a universalização dos direitos humanos na tentativa de transformar o senso humanitário em

norma e a norma em políticas públicas, essas não se concretizam na maioria das questões envolvendo a política de acolhimento aos refugiados e migrantes. Como alternativa ao talante dos Estados na concretização do que lhes é devido e pelo fato de que o Direito Internacional dos Refugiados não possui um mecanismo próprio de apuração das responsabilidades por violações de suas regras, entendeu-se ser de fundamental importância discutir o papel das Cortes (internacionais e nacionais) como proteção subsidiária, no caso da falta do Estado na proteção dos direitos dos refugiados.

Observou-se que o posicionamento da jurisprudência da CEDH ainda é tímido no sentido de que muitas vezes a única imposição é indenizatória, não alcançando uma reparação ampla que vai além do caráter patrimonial. Em paralelo, analisou-se a jurisprudência da Corte IDH que, apesar de ter avançado no teor das decisões que constam certa obrigação de fazer além da obrigação indenizatória, criticou-se a fixação de garantias apenas de caráter processual, não se tratando diretamente sobre o direito à concessão ou não do refúgio. Frisou-se que, não existe ainda consolidado nas jurisprudências das Cortes o reconhecimento do direito ao refúgio como ato declaratório e não constitutivo por parte dos Estados. Inexorável é, portanto, um claro posicionamento jurisprudencial quanto a este tema.

Nas Cortes nacionais o que se pode concluir é que há uma fluidez maior na imposição de obrigações específicas por parte dos Estados. A jurisprudência nacional é dotada de certa autonomia ao desenvolver o seu papel dentro das competências que lhes são asseguradas pelas Cartas constitucionais. Restou patente que tanto na Suprema Corte Espanhola quanto no Supremo Tribunal Federal brasileiro, os comandos exarados foram significativos na coibição dos interesses nacionais expostos nos casos estudados.

Ademais, asseverou-se que os mecanismos jurídicos e políticos de proteção da pessoa humana são complementares, dessa forma, reconhece-se que o papel das Cortes na proteção dos refugiados é apenas uma porção importantíssima na salvaguarda desses direitos, entendendo-se que a dicotomia entre valores humanos de natureza universal e soberania dos Estados encontra o seu deslinde em uma lógica de aplicação/ponderação dos princípios humanísticos “que obriga uma interpretação teleológica baseada na primazia da pessoa humana” (ANUNCIAÇÃO, 2018, p. 589).

À luz de tudo quanto exposto, conclui-se que a atuação do Judiciário é capaz de coibir interpretações normativas pautadas nos interesses nacionais soberanos, o que potencializa o sentido e alcance das normas do Direito Internacional dos Refugiados. Dessa forma, acredita-se que as jurisprudências representam um instrumento limitador da discricionariedade estatal e da imposição soberana no tratamento hostil dispensado aos refugiados e migrantes, tendo

em vista que, mesmo que a passos lentos, a reiterada defesa de tais direitos pelas decisões das Cortes faz surgir uma acepção de poder soberano estatal alicerçado na sua responsabilidade internacional perante toda a comunidade da qual faz parte.

Vislumbra-se, através dessas reflexões aqui esposadas, a vindoura evolução dos mecanismos de um verdadeiro acolhimento consentâneo ao senso humanitário de aceitação das diferenças inspirado pelos ideais da hospitalidade defendido por Kant, afinal, somos todos cidadãos, não apenas de um país recortado por fronteiras, mas sobretudo, do mundo.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado*: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, Dezembro de 2011.

_____. *Declaración de Nueva York sobre refugiados y migrantes*: Por qué es importante. ACNUR, 2016. Disponível em:

<<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10902>>. Acessado em: 11/10/2016.

_____. *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. ACNUR, 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/Protegendo_Refugiados_no_Brasil_e_no_Mundo_2016>. Acessado em: 10/10/2016.

_____. *Com apoio da ONU Brasil, centro governamental em Pacaraima recebe venezuelanos*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/07/18/com-apoio-da-onu-brasil-centro-governamental-em-pacaraima-recebe-venezuelanos/>>. Acessado em: 15.09.2018.

_____. *Maioria de venezuelanos em Roraima é jovem, possui boa escolaridade e está trabalhando*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2017/09/15/maioria-de-venezuelanos-em-roraima-e-jovem-possui-boa-escolaridade-e-esta-trabalhando/>>. Acessado em: 18.09.2018.

_____. *Conare realiza força-tarefa para resolução de processos de refúgio anteriores a 2015*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/06/11/conare-realiza-forca-tarefa-para-resolucao-de-processos-de-refugio-antiores-a-2015/>>. Acessado em: 20.09.2018.

_____. *Resposta humanitária no Brasil se intensifica diante a crescente chegada de venezuelanos*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/04/06/resposta-humanitaria-no-brasil-se-intensifica-diante-a-crescente-chegada-de-venezuelanos/>>. Acessado em: 20.09.2018.

_____. *ACNUR: DESPERATE JOURNEYS: Refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders - JANUARY – AUGUST 2018*. Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/65373#_ga=2.230872089.721167238.1539393105-1280610732.1538696361&_gac=1.220528940.1539140542.EAIaIQobChMI5umf58363QIVi4ORCh3U5QJrEAAYASAAEgJbB_D_BwE>. Acessado em: 23.09.2018

_____. *ACNUR intensifica assistência a venezuelanos na Colômbia*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/10/11/acnur-intensifica-assistencia-a-venezuelanos-na-colombia/>>. Acessado em: 23.10.2018.

_____. *Residência temporária salva vidas de venezuelanos no Peru*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/10/16/residencia-temporaria-salva-vidas-de-venezuelanos-no-peru/>>. Acessado em: 20.10.2018.

_____. *Novo abrigo expande acolhimento de venezuelanos em Boa Vista*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/10/23/novo-abrigo-expande-acolhimento-de-venezuelanos-em-boa-vista/>>. Acessado em: 23.10.2018.

_____. *Refúgio em números*. CONARE, 2017. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf> Acessado em 10/09/2018.

_____. *2 mil vidas perdidas: veja as taxas de mortalidade no Mediterrâneo em 2018*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2018/11/09/2-mil-vidas-perdidas-as-taxas-de-mortalidade-no-mediterraneo-em-2018/>>. Acessado em: 10.11.2018.

_____. *La cifra de personas refugiadas y migrantes venezolanas alcanza los 3 millones*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/noticias/press/2018/11/5be443b54/la-cifra-de-personas-refugiadas-e-inmigrantes-venezolanas-alcanza-los-3.html>>. Acessado em: 09.11.2018.

AFONSECA, Débora Achy. A tutela constitucional dos direitos dos refugiados no Brasil sob a ótica do acesso à justiça. In. SOUZA, Wilson Alves de e SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Processo e efetividade dos direitos*. Salvador: Ed. Dois de Julho, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLAIN, Jean. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*. Oxford Journals. Volume 13, Issue 4, 1 October 2001, Pages 533-558.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANDRADE, José H. Fischel de. Non-refoulement. CAVALCANTI, L. *et al.* (eds). *Dicionário Crítico de Migrações Internacionais*. Brasília, Editora da UnB, 2017, pp. 530-533.

_____. Regionalización y armonización del derecho de refugiados: una perspectiva Latinoamericana. In. *Derechos humanos y refugiados em las américas: lecturas seleccionadas*. San José: UNHCR/IIDH, 2001, pp. 75-104.

ANUNCIÇÃO, Clodoaldo Silva da. Blindagem nas fronteiras: reflexos jurídicos na soberania dos Estados e nos direitos humanos. In. BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo, 3ª Reimpressão. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1ª ed. – Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. A soberania contra o Direito? *Diké - Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*. Ano VI, anual, 2004.

BAUMAN, Zigmund. *Estranhos à nossa porta*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 21ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. In. *Viente años de evolución de los derechos humano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

CASTRO, Maria da Consolação Gomes de; FERNANDES, Duval e GALVÃO, Jonnathan Martins. Fluxos migratórios na fronteira e os desafios para a assistência social: instrumentos e políticas. In. BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

CIDH. *Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. 2003. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acessado em 18 de agosto de 2018.

CNDH. *Relatório sobre as violações de direitos contra imigrantes venezuelanos no Brasil, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos*. Maio de 2018. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatriosobreViolaesdeDireitosHumanoscontraImigrantesVenezuelanos.pdf>>. Acessado em: 21 de agosto de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado [Editor]. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2ª ed. San José, Costa Rica/ Brasília: IIDH [et al.], 1996.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOMINGEZ, Juliana Arantes e BAENINGER, Rosana. Programa de Reassentamento de Refugiados no Brasil. 2006. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/programa-reassentamento-refugiados.pdf>>. Acessado em: 15.08.2018.

EDWARDS, Adrian. *Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto*. ACNUR, 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>> Acessado em: 05/10/2016.

EURONEWS. *Argélia abandona migrantes no deserto do Sahara*. Disponível em <<https://pt.euronews.com/2018/06/25/argelia-abandona-migrantes-no-deserto-do-sahara>>. Acessado em: 30.09.2018.

FIGUEIRA, Rickson Rios. “Desde que fora das minhas fronteiras!” Controle mediterrâneo e externalização europeia das demandas de refúgio. In: BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O futuro do Estado, In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura – Associação Paulista dos magistrados*, Ano 2, n.4, nov./jun.1998.

FLEMING, Melissa. *Cumbre de las Naciones Unidas sobre Refugiados y Migrantes*. ACNUR, 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/noticias/noticia/cumbre-de-las-naciones-unidas-sobre-refugiados-y-migrantes/>>. Acessado em: 11/10/2016.

FRAGA, Mirto. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FREITAS FILHO, Floriano. *Nada mais prático que uma boa teoria*. 1988. *Revista Serviço Público*. Brasília, jan/fev, 1988.

FRIEDRICH Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito Internacional Público Jus cogens*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. *De jure – Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. nº 8, Janeiro/Junho de 2007, 2007, pp. 137-162.

_____. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *De jure – Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. nº 11, Julho/Dezembro de 2008, 2008, pp. 390-414. 2008.

GÓES, Pedro. Do ruir do muro de Berlim a uma Europa com fronteiras. In: BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

GONÇALVES, Alfredo J. Emergência e desafios da fronteira. In: BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012.

HARRIS, David, *et alli*, *Law of the European Convention on Human Rights*. 3ª ed. Oxford University Press: Oxford, 2014.

HATHAWAY, James C. *The rights of refugees under international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HENKIN, Louis. *International law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2013.

HEYNS, Christof, PADILLA, David e ZWAAK, Leo. Comparação esquematizados sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. In. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Nº 4, ano 3, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/09.pdf>>. Acessado em: 17 de setembro de 2018.

IMDH. *Refugiados e Refugiadas: Quem são*. 2014. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-e-refugiadas-quem-sao>>. Acessado em: 10/10/2016.

IOM – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Understanding migrant vulnerabilities: A solution-based approach towards a global compact that reduces vulnerabilities and empowers migrants*. Geneva, 2017.

_____. *Understanding migrant vulnerabilities and capacities*. Thailand, 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo : Método, 2007

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

_____. A soberania e os direitos humanos. *Lua nova – Revista de Cultura e Política*, nº35, 1995, pp. 137-148.

_____. Prefácio ao livro de José Augusto Lindgren Alves. In. ALVES, Lindgren José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo: Perspectiva, 1994.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* São Paulo. Edições e publicações Brasil, 1933.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, Direito comunitário e soberania: algumas reflexões. In. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito comunitário e jurisdição supranacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Trad. Artur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

MAHLKE, Helisane. *Direito internacional dos refugiados: novo paradigma jurídico*. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2017.

MAHLKE, Helisane e YAMAMOTO, Lilian. El desplazamiento venezolano: un desafío para Brasil. *Revista Migraciones Forzadas*. nº 56, octubre de 2017, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. In. BAPTISTA, Luiz Olavo e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.) *Doutrinas essenciais - Direito Internacional: Direito internacional dos direitos humanos – temas diversos*. Vol III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed, 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A (necessária) proteção dos direitos humanos dos migrantes venezuelanos pela jurisdição brasileira. In. BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

NYTIMES. *Thriving in Texas Amid Appeals to Reject Syrian Refugees*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/12/26/us/thriving-in-texas-amid-appeals-to-reject-syrian-refugees.html>>. Acessado em: 22.09.2018.

ONU. *Equador declara emergência com a chegada de 30 mil venezuelanos em agosto*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/equador-declara-emergencia-com-a-chegada-de-30-mil-venezuelanos-em-agosto/>>. Acessado em: 15.09.2018.

_____. *ONU elogia decreto da Colômbia para regularizar situação de 442 mil venezuelanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-elogia-decreto-da-colombia-para-regularizar-situacao-de-442-mil-venezuelanos/>>. Acessado em: 22.09.2018.

_____. *ESPECIAL: ONU Brasil apoia governo federal na recepção de refugiados e migrantes venezuelanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/especial-onu-brasil-apoia-governo-federal-na-recepcao-de-refugiados-e-migrantes-venezuelanos/>>. Acessado em: 27.20.2018.

_____. *Comentando retirada da Áustria, Assembleia Geral diz esperar ‘conferência forte’ sobre pacto para migração*. ONU NEWS, 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/11/1645752>>. Acessado em: 02.11.2018.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*, 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª Ed., rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européa e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de Direitos Humanos*. 2.ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. In. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em 29.09.2018.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

REUTERS. *Grécia é ameaçada de expulsão da zona de Schengen em meio a crise imigratória*. Disponível em < <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN0V329X>>. Acessado em: 19.09.2018.

_____. *Hungria aprova projeto para deter imigrantes em campos de fronteira e alarma ONU*. Disponível em <<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN16E1PD>>. Acessado em: 20.09.2018.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do MERCOSUL*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROBERTSON, A. H. The Helsinki agreement and human rights. In CLAUDE, Richard Pierre e WESTON, Burns H. (eds.). *Human rights in the world community: issues and action*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político* Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALGADO, Maria Hylma Alcaraz. Los flujos migratorios y el control de las fronteras exteriores de la Unión Europea. In. BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, João Carlos Jarochinski; MALHEIROS, Jorge Silva Macaista e CARVALHO, Daniel Campos de. As ações europeias na mediterrâneo no sentido da construção de novas fronteiras para os migrantes e refugiados. In. BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

SIMÕES, Gustavo da Frota. A mudança do perfil do imigrante venezuelano em Roraima e o aumento da xenofobia. In. BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

TAIAR, Rogerio. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*. n. 40, p. 167-177. 1997.

_____. Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados: Aproximações ou Convergências. In. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*. San José, Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comité Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

_____. Apresentação ao livro de José Augusto Lindgren Alves. In. ALVES, Lindgren José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo: Perspectiva, 1994.

_____. Entrevista para o canal Debates Virtuais: A Corte Interamericana de Direitos Humanos. In *Revista de Direito Constitucional Internacional*. v. 1, nº1, ano 2017. Disponível em: <<https://www.debatesvirtuais.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Entrevista-Can%C3%A7ado-Trindade.pdf>>. Acessado em 29 de setembro de 2017.

UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. Dinâmicas migratórias e transfronteirizações na Bacia do Prata: um olhar sobre a migração transnacional de haitianos e senegaleses. In. *Migrações Sul-Sul*. Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População - Elza Berquó, UNICAMP, 2018 (2a edição).

VIEIRA DE PAULA, Bruna. O princípio do non-refoulement, sua natureza jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 51-68, jul. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. Segurança transfronteiriça e Direitos Humanos: Desafios das migrações da Tríplice fronteira de foz do Iguaçu. In. BAENINGER, Rosana e CANALES, Alejandro (coord.) *Migrações fronteiriças*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” UNICAMP, 2018.

ZAMUR, Andrea e JUBILUT, Liliana Lyra. Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos. In. JUBILUT, Liliana Lyra et.al. (org.). *Refúgio no Brasil: comentários à lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, pp. 439-460.