

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ – FADIC
CURSO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

DÉBORA BUARQUE CORDEIRO

**DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS FACE À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO
(Lei nº 13.445/17):
uma análise prospectiva das Relações Internacionais**

**RECIFE
2018**

DÉBORA BUARQUE CORDEIRO

**DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS FACE À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO
(Lei nº 13.445/17):
uma análise prospectiva das Relações Internacionais**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Relações Internacionais.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Thales Cavalcanti Castro.

**RECIFE
2018**

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

C794d Cordeiro, Débora Buarque.
Direitos humanos dos refugiados face à nova lei de imigração (Lei nº 13.445/17): uma análise prospectiva das Relações Internacionais / Débora Buarque Cordeiro. – Recife, 2018.
129 f.

Orientador: Prof. Dr. Thales Cavalcanti Castro .
Trabalho de conclusão de curso (Monografia – Relações Internacionais) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Relações internacionais. 2. Interdependência complexa. 3. Refugiados. 4. Política externa. I. Castro, Thales Cavalcanti II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

327 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-098)

DÉBORA BUARQUE CORDEIRO

DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS FACE À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

(Lei nº 13.445/17):

uma análise prospectiva das Relações Internacionais

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Relações Internacionais.

Aprovado em: ____/____/____

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

**Orientador Prof. Dr. Thales Cavalcanti Castro
FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ – FADIC**

**Prof. Me. Maurício de Albuquerque Wanderley
FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ – FADIC**

**Prof. Me. Artur Henrique Farias dos Santos
FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ – FADIC**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que em sua infinita misericórdia e bondade permitiu que eu realizasse o sonho de concluir a graduação em Relações Internacionais. Agradeço pela capacitação, por me fazer quem sou, pois com Ele, tudo sem Ele, não sou nada.

A Nossa Senhora de Lourdes, pela intercessão junto ao seu amado filho Jesus, para que eu conseguisse alcançar esta graça.

Agradeço ao meu pai, *in memoriam*, que sempre acreditou em mim e do seu leito de morte já me apresentava como internacionalista.

À minha mãe, que deu o primeiro passo ao apoiar a loucura de fazer duas graduações e que não me deixou esquecer dos esforços dispendidos para que eu chegasse ao fim dessa jornada.

À minha tia Teresinha, que me cedeu seu tempo para ouvir minhas ideias, o espaço e todas as condições para que eu pudesse concluir este trabalho com conforto e tranquilidade.

Ao meu orientador Dr. Thales Castro, que não desistiu de mim mesmo depois de várias tentativas de concluir a graduação e me orientou brilhantemente, guiando e direcionando o conhecimento adquirido nos últimos anos.

Ao meu noivo e sócio Pedro, que tanto me incentivou e me aguentou durante a elaboração deste trabalho, dando suporte em tudo que foi preciso e assumindo muitas vezes a minha função quando não pude cumprir meus compromissos.

À minha irmã Rebeca, que sempre nos momentos obscuros esteve ao meu lado, sendo minha companheira de vida.

Por fim, agradeço a todos os professores e colegas que caminharam comigo e me ensinaram tanto sobre as Relações Internacionais, mas, sobretudo sobre a vida.

Se um estrangeiro vier habitar convosco na vossa terra, não o oprimireis, mas esteja ele entre vós como um compatriota, e tu o amarás como a ti mesmo, porque fostes já estrangeiros no Egito. Eu sou o Senhor, vosso Deus.

(Lv 19:33,34)

RESUMO

O atual cenário internacional regido pela complexidade e assimetria da interdependência nos apresenta como questões a serem discutidas multilateralmente como o caso dos direitos humanos dos refugiados. O aumento significativo das solicitações de refúgio no Brasil nos faz refletir sobre como vêm sendo tratados os direitos humanos destes indivíduos que cruzam a nossa fronteira em busca de proteção. Somos signatários de diversos tratados internacionais sobre a matéria e temos uma legislação bastante avançada no sentido de proteger os refugiados. Contudo, nem sempre o discurso de proteção dos direitos humanos corresponde à prática do governo, o que coloca em risco a dignidade dos migrantes forçados imagem do Brasil no exterior.

Palavras-chave: interdependência complexa; refugiados; política externa; legislação.

ABSTRACT

The current international stage, governed by the interdependence's complexity and asymmetry, presents us issues to be discussed multilaterally, such as the refugees' human rights. The significant increase in requests for refuge in Brazil makes us reflect on how the human rights of these individuals who cross our border searching for protection are being treated. We are subscribers of several international treaties on the subject and we have a very advanced law to protect the refugees. However, not always the speech of protection of human rights corresponds to the practice of government, which puts at risk the dignity of forced migrants and Brazil's image abroad.

Keywords: complex interdependence; refugees; foreign policy; law.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|---------|---|
| ACNUR | Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados |
| ANEIB | Associação Nacional dos Estrangeiros |
| ANURPOM | Agência das Nações Unidas para Refugiados Palestinos no Oriente Médio |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CELS | Centro de Estudios Legales y Sociales |
| CNIg | Conselho Nacional de Imigração |
| CONARE | Comitê Nacional para os Refugiados |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| DHESC | Direitos humanos econômicos, sociais e culturais |
| DSN | Doutrina da Segurança Nacional |
| EUA | Estados Unidos da América |
| ESG | Escola Superior de Guerra |
| FHC | Fernando Henrique Cardoso |
| ITTC | Instituto Terra, Trabalho e Cidadania |
| OACI | Organização da Aviação Civil Internacional |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| OIR | Organização das Nações Unidas para Refugiados |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PLS | Projeto de Lei do Senado |
| PNDH I | Programa Nacional de Direitos Humanos |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TPC | Transferência de Pessoa Condenada |
| URSS | União das Repúblicas Socialistas Soviéticas |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| Introdução..... | 10 |
| Capítulo 1: Direitos humanos e sociedade global..... | 12 |
| 1.1. Conceito e evolução dos direitos humanos..... | 12 |
| 1.2. Internacionalização dos direitos humanos e sociedade de governança global..... | 21 |
| 1.3. A internacionalização após o fim da Guerra Fria: a busca por uma comunidade cooperativa global..... | 28 |
| 1.4. Direitos humanos, direitos fundamentais e suas dimensões..... | 33 |
| Capítulo 2: O Brasil e a eficácia dos direitos humanos diante dos compromissos assumidos internacionalmente..... | 38 |
| 2.1. Aplicabilidade dos direitos fundamentais: proteção jurídica além da nacionalidade..... | 38 |
| 2.1.1. A proibição do retrocesso da concretização dos direitos fundamentais..... | 41 |
| 2.1.2. Direitos sociais e princípio da reserva do possível..... | 44 |
| 2.2. O Brasil e os tratados internacionais sobre direitos humanos..... | 49 |
| 2.3. O <i>status</i> de norma constitucional das regras provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos e a sua incorporação no ordenamento interno brasileiro..... | 51 |
| 2.4. A Convenção da ONU sobre Refugiados de 1951 e Estatuto dos Refugiados (Lei 9.474/97)..... | 56 |
| Capítulo 3: A questão dos refugiados e a política externa brasileira..... | 65 |
| 3.1. Breve evolução histórica da temática dos refugiados até a contemporaneidade..... | 65 |
| 3.2. Conceito, elementos e diferenciação entre asilo e refúgio..... | 74 |
| 3.3. Limites à concessão e aplicação do Instituto jurídico do refúgio..... | 78 |
| 3.4. Refugiados, teoria da interdependência, o problema da segurança interna e marco teórico..... | 83 |
| 3.5. Política externa brasileira referente aos refugiados: o discurso e a prática quanto aos refugiados no Brasil..... | 93 |

| | |
|--|------------|
| Capítulo 4: Nova Lei de Migração (Lei 13.445/17) e refugiados no Brasil..... | 100 |
| 4.1. Estatuto do Estrangeiro e Lei de Migração quanto à garantia dos direitos humanos..... | 100 |
| 4.2. Os direitos humanos dos refugiados na nova Lei de Migração (Lei 13.445/17)..... | 114 |
| Conclusão: uma análise prospectiva das Relações Internacionais..... | 120 |
| Referências bibliográficas..... | 124 |

INTRODUÇÃO

No cenário atual de mundo globalizado, onde é crescente a inter-relação e a cooperação entre os atores internacionais assimétricos sobre temas de interesse de toda a humanidade, a discussão sobre direitos humanos e refugiados ocupa lugar de destaque diante da importância que vem ganhando os indivíduos no cenário internacional.

O Brasil vem buscando assumir a posição de liderança regional em direitos humanos com o objetivo de obter mais visibilidade no cenário internacional e participar de instituições relevantes como o Conselho de Segurança da ONU. Para tanto, vem se fazendo presente nos foros internacionais sobre direitos humanos e ratificando os principais tratados internacionais sobre a matéria.

Permanecemos ocupando o lugar histórico de país de imigração e, portanto, passamos a atrair também o grande fluxo de refugiados componentes da atual crise mundial de deslocados forçados. Esse intenso deslocamento de pessoas entre os países impõe a necessidade de proteção da pessoa humana independentemente da nacionalidade, especialmente proteção àqueles que deixaram seus países de origem em busca da proteção internacional.

No caso brasileiro, a nossa Constituição prevê a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros. Da mesma forma, a nova Lei de Migração (Lei 13.445/17) modifica a antiga visão de estrangeiro, trazida pelo revogado Estatuto do Estrangeiro, se propondo a realizar maior integração dos migrantes em nosso território. Ainda, possuímos uma específica legislação sobre refugiados, a qual se propõe a garantir dignidade aos migrantes forçados no Brasil.

No presente trabalho pretendemos estudar como os direitos humanos dos refugiados no Brasil vêm sendo tratados na legislação e na prática, especialmente diante da inovação legislativa (Lei 13.445/17), a qual menciona os refugiados em diversas oportunidades.

A escolha do tema deu-se em função da sua atual importância no âmbito interno, sendo de interesse de brasileiros, estrangeiros residentes e refugiados no Brasil ou no exterior. Ademais, o aumento significativo das solicitações de refúgio em nosso país nos faz questionar sobre as políticas públicas que estão sendo ou não aplicadas para o recebimento e proteção dos refugiados no Brasil, se são eficazes ou não para garantir os direitos humanos desses indivíduos.

Contudo, face ao pouco tempo de vigência da Lei de Migrações (Lei 13.445/17), essa temática foi tratada apenas por poucos autores, a partir dos quais nos orientamos para a elaboração do trabalho. Trata-se então de uma abordagem inicial ao assunto sem a profundidade que o mesmo requer e sem a intenção de esgotar o tema.

Nosso trabalho foi dividido em quatro capítulos nos quais ressaltamos diversos aspectos do tema proposto.

No primeiro capítulo, cuidamos de fixar o que se entende por direitos humanos, descrever sua evolução histórica e justificar sua divisão em dimensões. Ainda abordamos o processo de internacionalização dos direitos humanos, pelo qual esses direitos transcendem as fronteiras estatais por uma maior proteção dos indivíduos.

No segundo capítulo tratamos da questão da eficácia dos direitos humanos e da sua extensão e titularidade para além da nacionalidade. Além disso, discorremos sobre a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, pelo ordenamento interno brasileiro. Observamos especialmente os que tratam sobre direitos sociais.

No terceiro capítulo abordamos a questão dos refugiados na política externa brasileira, fizemos a conceituação, evolução história e limitações ao instituto do refúgio. Ademais fixamos nosso marco teórico na teoria da interdependência complexa, enfrentando a questão da segurança interna. Por fim, falamos sobre o discurso e a prática sobre refugiados na política externa brasileira.

Em nosso quarto e último capítulo fazemos um comparativo entre o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80, e a Nova Lei de Migração (Lei 13.445/17). Finalmente analisamos a situação dos refugiados face à Nova Lei de Migração (Lei 13.445/17), verificando as contribuições, os avanços e retrocessos trazidos pela mesma em seu texto definitivo e em seus vetos.

Desta maneira organizamos este trabalho, com o qual esperamos contribuir de alguma forma no sentido de elucidar o conhecimento a respeito.

Para tanto utilizamos o método de pesquisa dedutivo, partindo de fontes bibliográficas, legislativas e jornalísticas de acordo com as normas da ABNT e objetivando elaborar um posicionamento sobre o assunto.

1. Direitos humanos e sociedade global

1.1. Conceito e evolução dos direitos humanos

Definir o que são direitos humanos não é tarefa fácil. Para alguns filósofos e juristas, os direitos humanos equivalem a direitos naturais, ou seja, aqueles que são inerentes ao ser humano. Outros pensadores preferem tratar os direitos humanos como sinônimo de direitos fundamentais, conjunto normativo que resguarda os direitos dos cidadãos.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), “Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição”.¹

Os direitos humanos são considerados por Hannah Arendt uma construção humana, que evolui assim como a sociedade, sendo desconstruídos e reconstruídos de acordo com a evolução histórica². Bobbio, nesse sentido, ressalva que os direitos do homem constituem uma classe variável. O elenco dos direitos humanos se modificou e se modifica com a alteração das condições históricas, das necessidades, dos interesses, das classes no poder, das transformações técnicas e dos meios para a efetivação de tais direitos.³

Para Bobbio⁴, a definição de direitos humanos não é mais importante que o seu fundamento. O fundamento dos direitos humanos está ligado à questão da sua desejabilidade, apesar de acreditar que não há um fundamento absoluto para eles. O autor parte da premissa de que tais direitos são desejáveis, que merecem ser perseguidos, mas que apesar disso, até o presente momento não foram reconhecidos, pelo menos por toda parte e em igual medida.

A temática dos direitos humanos nos remete a questão da existência de direitos naturais inerentes aos seres humanos e que devem ser oponíveis inclusive à vontade do Estado.

Há uma evolução histórica dos direitos humanos e fundamentais, iniciando-se pelo pensamento dos antigos gregos, passando pela constitucionalização dos direitos tidos como inerentes à pessoa humana e chegando, atualmente, à problemática da efetivação desses direitos.

¹ ONU. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em 16/04/2018.

² ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 48.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 18.

⁴ *Ibidem*. p. 15.

Não estamos de forma alguma equiparando a categoria dos direitos humanos à dos direitos naturais. Ressalte-se neste momento a posição de Sarlet quanto à equiparação entre direitos humanos e direitos naturais:

A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de direitos naturais não nos parece correta, uma vez que a própria posituação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal.⁵

Logo, o que se pretende é apenas conferir ao nosso raciocínio uma continuidade histórica.

O jusnaturalismo foi elaborado a partir do pensamento filosófico grego, com as ideias dos estóicos, os quais acreditavam que a natureza era governada por uma lei universal e esteve presente nas ideias de Platão e Aristóteles (jusnaturalismo cosmológico).

A obra *Antígona* de Sófocles⁶ nos traz a representação do que se trata o direito natural. A personagem Antígona, enterra os restos mortais de seu irmão contra as ordens do Estado de Tebas, pois afirma que nenhuma lei dos homens pode se sobrepor às leis dos deuses (jusnaturalismo teológico).

Na Roma Antiga, Cícero⁷ defendeu a existência de uma lei verdadeira, imutável e eterna, derivada da razão humana, a qual nenhum homem pode renegar sem fazer o mesmo com a sua natureza humana (jusnaturalismo racional).

Ainda nesse período histórico cabe destacar o conceito de *jus naturale* elaborado por Ulpiano e incorporado pelo *Copus iuris civile*, destinado apenas aos cidadãos romanos.

*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio; videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censerit.*⁸

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36

⁶ SÓFOCLES. **Antígona**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

⁷ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de Política**. v.1. Brasília: UNB, 2008. p. 656.

⁸ RAMOS JR., Relton S.. **O Direito Romano Antigo e os institutos jurídicos do Jus naturale, Jus gentium e Jus civile**. In Revista do Ministério Público de Goiás. Goiânia, n. 14. pág. 25-36, jan.-mar.

A Idade Média apresentou uma doutrina de um direito natural que se identificava com a lei divina, prevista nos evangelhos cristãos, o que representou uma retomada do jusnaturalismo teológico.

O pensamento neoplatônico medieval, quanto ao direito natural, teve como maior representante natural Santo Agostinho que defendeu a existência de normas reguladoras da ordem universal. Para ele a "lei eterna" refere-se à lei moral natural que se encontra gravada no coração de todos os homens. A lei eterna serve para conservar a ordem natural e o seu desrespeito é inaceitável. As leis temporais, portanto, deveriam fundar-se nas leis eternas respeitando-as.

São Tomás de Aquino, seguindo uma concepção aristotélica afirma que o ser humano, como qualquer ser, tem certas tendências enraizadas na sua natureza. O homem distingue-se dos outros animais pela sua racionalidade, e por ser capaz de reconhecer as suas próprias tendências naturais e de procurar adequar a sua conduta às mesmas.

Santo Agostinho e São Tomás de Aquino foram os grandes representantes do justanaturalismo teológico⁹.

De acordo com o autor Fábio Konder Comparato, foi a partir da concepção medieval de pessoa que começou a elaboração do princípio da igualdade de todo ser humano (independente de todas as diferenças individuais ou coletivas, de ordem biológica ou cultural), de maneira que a igualdade, que é essência da pessoa, forma o núcleo do conceito universal dos direitos humanos.¹⁰

Do ponto de vista histórico, em que pese a grande quantidade de fatos ocorridos em que se pode observar o preâmbulo do surgimento dos direitos humanos, dá-se destaque a acontecimentos marcantes e fundamentais que precederam o processo de internacionalização desses direitos.

A Magna Carta de 1215, assinada na Inglaterra pelo rei “João Sem Terra” e pelos bispos e barões ingleses, apesar de não ser uma declaração de direitos,

2007. Disponível em <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revistamp14.pdf>> Acesso em 22 de maio de 2018.

Pela tradução livre do autor: “Direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Pois este direito não é próprio do gênero humano, mas de todos os animais que nasceram no céu, na terra e no mar. Daqui resulta a união do macho e da fêmea, a que chamam o matrimônio; daqui a procriação e a educação dos filhos; vem os, portanto, que também os outros animais estão contados no número dos com conhecimento deste direito.”

⁹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco., op. cit., p. 657.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015. p.32.

significou a primeira limitação ao poder do Estado, representando o grande marco de limitações ao poder do Estado sobre os indivíduos.

Conforme Sarlet,

Esse documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.¹¹

Além disso, a Magna Carta possuía cláusulas prevendo as liberdades eclesiásticas, apontando para uma futura separação institucional entre Igreja e Estado. Previa também limitações ao poder de tributar, que se achava restrito ao consentimento dos contribuintes, além de lançar as bases do tribunal do júri e o princípio do paralelismo entre delitos e penas, dentre outros direitos fundamentais ainda hoje consagrados.

Para Guilherme Leite Gonçalves¹², o Estado Moderno constituiu-se com base no iluminismo, fundado na construção racional da sociedade. Pretendia-se delimitar uma racionalidade igual para todos os homens. Desta razão deduziam-se leis universais, absolutas e imutáveis que atuariam como fundamento maior de justiça, legitimando a pretensão de indicar o conteúdo de agir. A concepção moderna de democracia, segundo o autor, assim como a de direito, é produto da razão universalizada.

Com a evolução do pensamento filosófico e jurídico, bem como com as Revoluções da Era Moderna, as Declarações dos Direitos do Homem, foram as primeiras a acolherem o pensamento dos filósofos dos direitos humanos, como John Locke e Rousseau.

Para Bobbio, não há ruptura entre o jusnaturalismo antigo, medieval e moderno, na verdade, há uma continuidade¹³. Contudo, o jusnaturalismo moderno ressalta o aspecto subjetivo do direito natural, deixando a norma à parte. É neste sentido que o jusnaturalismo moderno influencia as doutrinas individualista e liberal da época, orientando a autoridade política a respeitar os direitos inatos dos indivíduos.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 41.

¹² GONÇALVES, Guilherme Leite. *In* NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 56-57.

¹³ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco., op. cit., p. 658.

Por outro lado, no âmbito internacional, a questão da igualdade entre os atores internacionais, na época, considerados como tais apenas os Estados, e a máxima da não intervenção foi estabelecida pela Paz de Westfália, em 1648, numa versão hobbesiana das relações internacionais.

Desta maneira descreve Mazzuoli:

De fato, antes dos tratados de Westfália não existia uma sociedade internacional com poder político para sujeitar os Estados ao cumprimento de suas regras de conduta. Portanto, a Paz de Westfália pode ser considerada como verdadeiro divisor de águas na história do Direito Internacional Público, momento em que se desprenderam as regras fundamentais que passaram a presidir as relações entre os Estados europeus, reconhecendo ao princípio da *igualdade absoluta dos Estados* o caráter de regra internacional fundamental.¹⁴

Em meados do século XVII, sob esse novo contexto histórico, a Inglaterra passou a enfrentar constantes rebeliões.

A Revolução Puritana, em 1628, resultou na Petition of Rights, assinada por Carlos I, a qual instituiu a necessidade de aprovação parlamentar de tributos e a proibição de punição de súditos sem amparo na lei. Foi subscrito o Habeas Corpus Act, por Carlos II em 1679, em proteção à liberdade e ao devido processo legal.

Em 1689, ainda na Inglaterra, ocorreu a Revolução Gloriosa que depôs o rei Jaime II, elevando ao trono Guilherme d'Orange, ocasionou a promulgação pelo parlamento inglês da Bill of Rights, obrigatoriedade de aprovação das leis pelo parlamento e a garantia de liberdade religiosa.

Extingue-se o regime de monarquia absoluta, implantando-se um governo representativo através dos poderes atribuídos ao parlamento, o qual possuía garantias especiais de modo a preservar sua liberdade diante do chefe de Estado, gerando, inclusive, a noção de separação de poderes.

Ainda que não seja propriamente uma declaração de direitos humanos, a Bill of Rights inglesa criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁵

É como leciona Sarlet:

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49.

¹⁵ COMPARATO. Fábio Konder, op. cit., p. 88.

Importa consignar, aqui, que as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses.¹⁶

Quase um século após, no seu processo de independência, as colônias dos Estados Unidos da América do Norte elaboraram suas Declarações.

A Declaração de Virgínia, segundo Comparato, foi o “registro de nascimento dos direitos humanos na História.”¹⁷ Muitos direitos nela previstos foram reforçados na Declaração da Independência, a qual é considerada pelo mesmo autor como “uma declaração à humanidade”, dando início a legitimidade da soberania popular.¹⁸

Foi também o primeiro documento a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independente de sexo, raça, nacionalidade, religião, cultura ou posição social.

Foi na doutrina do direito natural racional que se inspirou a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a qual diz que todos os seres humanos possuem direitos inalienáveis, como direito à vida, à liberdade de à busca da felicidade.

A independência dos Estados Unidos iniciou com a revolta dos norte-americanos mediante a decisão da Inglaterra de aumentar os impostos e criar taxas que retiravam a liberdade comercial dos americanos. Para isso, criaram a Lei do Chá, a Lei do Selo e a Lei do açúcar. Todas essas leis tinham em comum a imposição de que esses produtos viessem da Inglaterra, restringindo assim o desenvolvimento comercial dos EUA nesses setores.

Além dessas leis restritivas, a Inglaterra não aceitava que os Estados Unidos mantivessem um representante dentro do parlamento inglês. Diante dessa situação, no ano de 1774, os colonos se reuniram no chamado Congresso de Filadélfia para tomarem medidas diante de tudo que estava acontecendo. No primeiro Congresso a intenção era apenas retomar a situação anterior, mas não obtiveram êxito. Dessa forma, resolveram realizar um segundo congresso no ano de 1776, mas com o objetivo de conquistar a independência dos EUA.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 42.

¹⁷ COMPARATO. Fábio Konder, op. cit., p. 48.

¹⁸ *Ibidem.* p. 49.

Foi então quando Thomas Jefferson redigiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Porém, a Inglaterra não aceitou a independência de sua colônia e declarou guerra. A Guerra de Independência, que ocorreu entre 1776 e 1783, foi vencida pelos Estados Unidos com o apoio da França e Espanha.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos ficou conhecida como “Bill of Rights” devido às dez primeiras emendas que entraram em vigor em 1791. Essas emendas tiveram grande importância para os Direitos Humanos porque limitavam o poder do governo dos Estados Unidos em prol de todos cidadãos residentes e visitantes no território americano. Assim, protegia a liberdade de expressão, de religião, de usar armas, de petição, de assembleia e ainda proibia o governo de privar qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem os devidos processos da lei.

Para Sarlet, as declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelos ingleses do século XVII. Estes direitos também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, ressaltando-se que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, oponíveis ao poder público.¹⁹

A Revolução Francesa de 1789 realçou a existência de pontos de convergência entre os processos históricos de asserção dos direitos humanos de primeira, segunda e os de terceira dimensão, através da interação entre governantes e governados e pelas exigências da burguesia pelo fim dos privilégios hereditários e pela participação nos negócios públicos, além do crescente movimento operário por melhores condições de vida.²⁰

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi um dos primeiros documentos da Revolução Francesa, na qual foram proclamados direitos naturais a liberdade, a igualdade, o direito a propriedade, entre outros.

Tal Declaração reconheceu o direito de resistir à tirania e à opressão, o direito a igualdade jurídica, o direito a propriedade, a liberdade, e a eliminação dos privilégios da nobreza, o fim da exploração dos camponeses, o confisco das propriedades pela igreja e ainda colocou fim na isenção de impostos para a nobreza.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 43.

²⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 137.

José Afonso da Silva, inspirado em Jacques Robert, refere ainda que a Declaração Francesa partiu de três caracteres fundamentais: o intelectualismo, porque a declaração era “antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal”; o mundialismo, pois os valores ali declarados ultrapassavam a esfera do país para atingir toda a universalidade de seres humanos e o individualismo, pois só consagrava as liberdades do indivíduo, preocupando-se tão somente em defendê-lo contra o Estado.²¹

Essa Revolução foi o marco da transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea.

Bobbio entende que a evolução das Declarações dos Direitos Humanos, até atingir o patamar atual de universalismo, é de um processo descontínuo. Na história da formação das declarações podem-se distinguir três fases: a fase jusnaturalista, a fase da sua concretização, até a terceira e última fase, que consiste na conquista da universalização dos direitos humanos.²²

A primeira está baseada na obra dos filósofos jusnaturalistas modernos, como John Locke. Para ele o verdadeiro estado do homem é o estado natural e não o estado civil. A liberdade e a igualdade dos homens, contudo, não são um fato, mas um ideal, um valor a ser perseguido.

Nesse sentido, as Declarações dos Direitos inglesa, norte-americanas e da Revolução Francesa, estabelecem que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Essa liberdade e igualdade são, por isso, naturais.

Deriva esse pensamento dos ideais liberais da época, do caráter individualista da sociedade burguesa. O liberalismo significou grande avanço no processo de positivação dos direitos humanos

A segunda fase é referente ao período em que ocorre a passagem da teoria à prática, com a Declaração dos Direitos do Homem francesa. Os direitos são daí por diante protegidos positivamente, mas apenas tinham validade no plano interno dos Estados que reconhecem a sua existência.

O Estado de Direito surgiu como modelo de materialização do poder controlado pela lei, a qual deve refletir a vontade do povo, de onde emana toda espécie de poder. Assim, o Estado deve cumprir suas obrigações previstas

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.158

²² *Ibidem*. p. 28.

constitucionalmente para que seja considerado legítimo, posto que cumpre o pacto estipulado entre cidadãos e soberano.

Canotilho prefere usar o termo “movimentos constitucionais”, para tratar da positivação dos direitos humanos. Ele identifica diversas formas de constitucionalismo, como o inglês, o americano e o francês. O autor define constitucionalismo como uma “teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. O Constitucionalismo é, pois, uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.²³

Ingo Sarlet esclarece o seguinte:

(...) a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem²⁴.

O constitucionalismo, para Bobbio, é a técnica da liberdade, ou seja, pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais, colocando ao Estado restrições quanto à violação desses direitos. O Constitucionalismo é entendido como a junção de duas teorias, a saber, teoria das garantias e teoria do Estado de Direito²⁵.

A teoria das garantias tem como referencial teórico Benjamin Constant, que acentua a necessidade de tutelar no plano constitucional os direitos fundamentais do indivíduo.

Bobbio²⁶ entende que esta maneira de pensar levou a uma reinterpretação do conceito de soberania, que nos sistemas representativos é exercida, na realidade, pelos deputados eleitos pelos indivíduos. Para Constant significa que ninguém pode evocar a soberania se esta não lhe for delegada.²⁷

²³ GOMES, J.J. Canotilho. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 51.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 37.

²⁵ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco, op. cit., p. 248.

²⁶ *Ibidem*. p. 656.

²⁷ CONSTANT, Benjamim. *Apud* BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco, op. cit., p. 249.

Nessa fase os direitos humanos ganham em concretude, mas perdem em universalidade. Assim, compreendia-se que a pessoa só faz jus a esses direitos se for cidadã desse determinado Estado.²⁸

A terceira fase corresponde à universalização dos direitos humanos e se inicia com a Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948. Esses direitos passam a ser, além de positivos, universais, no sentido de que não apenas se referem aos cidadãos de determinados Estados, mas a todos os homens, sem distinção.

O universalismo dessa fase reside no fato de que, nela, se passou a acreditar que todo ser humano, independente de ser cidadão ou não de um Estado, é titular desses direitos. Também existe o caráter positivista dessa Declaração. Trata-se da efetivação desses direitos estabelecidos textualmente, e, desta maneira, deixam de ser eles apenas proclamados para serem protegidos materialmente.

A Declaração de 1948, nos dizeres de Bobbio,

(...) representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*.²⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é, propriamente, esse consenso entre os povos sobre um sistema de valores, o que a torna legítima por ter sido reconhecida pela grande maioria das nações.

1.2. Internacionalização dos direitos humanos e sociedade de governança global

A tragédia da II Guerra Mundial vitimou milhões de pessoas e o mundo foi obrigado a abrir os olhos para a devastação causada ao homem pelo homem. Surge a preocupação dos Estados e dos indivíduos em salvaguardar a existência da humanidade, ameaçada pelos próprios seres humanos.

A situação dos apátridas, dos judeus, dos refugiados e das diversas minorias tidas como indesejáveis pelas nações europeias tinha que ser finalmente resolvida. Hannah Arendt chega a sua conclusão básica sobre os direitos humanos: não é verdade que “todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, conforme diz o

²⁸ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 29.

²⁹ *Ibidem*. p. 26.

texto da Declaração de 1948. O que existe é uma convenção que garante a todos os seres humanos direitos iguais.

Houve a necessidade de reconstruir a concepção anterior de direitos humanos, estabelecer como destinatários destes direitos toda humanidade e não só uma raça (como a raça ariana, no caso dos nazistas) ou aqueles considerados cidadãos de um determinado Estado.³⁰

Os direitos humanos passaram por um processo de reconstrução, em vista que tiveram de ser compreendidos de maneira diferente do que se entendia antes do desastre das Grandes Guerras.

No entendimento de Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, incorporados pelas diversas Constituições por meio das Declarações de Direitos, para finalmente encontrar sua plena realização como direitos positivos universais³¹. A preocupação central para esse autor, no entanto, como foi dito é de proteger os direitos humanos e não fundamentá-los.

Tomando os direitos humanos como um construído, a historicidade desses direitos nos permite entender como se deu o processo de sua internacionalização. Cabe, portanto, a nós nesse momento tratar dos precedentes históricos que permitiram a existência atual de um sistema internacional de proteção efetiva desses direitos.

A concepção contemporânea de direitos humanos foi introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Para Flávia Piovesan essa nova concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que é um movimento extremamente recente na história, surgindo no período pós II Guerra Mundial.

Foi nesse cenário que se manifestou a fortíssima crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente aos valores éticos, ora, o nazismo e o fascismo foram dentro do quadro da legalidade, e cometeram seus crimes no que estabelecia a lei.³²

Piovesan trata com propriedade sobre o assunto da internacionalização dos direitos humanos e aponta como os primeiros marcos desse processo o Direito

³⁰ LAFER, Celso, op. cit., p. 150.

³¹ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 30.

³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ainda, acrescenta como pressupostos dessa internacionalização a redefinição do conceito de soberania estatal e da condição do indivíduo no cenário internacional³³.

Thomas Buergenthal define o Direito Humanitário como aquele que se aplica na hipótese de guerra, no intuito de limitar a atuação do Estado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos fundamentais. Isso significa a primeira expressão de limite à soberania absoluta do Estado sobre o seu território, pois que o ente estatal deve respeitar os direitos dos seres humanos fora e dentro de seu território³⁴.

A Liga das Nações veio reforçar a concepção de relativização da soberania estatal. Os objetivos da Liga eram promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros. No que tange aos direitos humanos, a Convenção da Liga continha previsões genéricas de proteção às minorias e fixação de parâmetros internacionais do direito do trabalho e estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas aos Estados que violassem suas obrigações. Desta forma, os Estados integrantes se comprometiam a assegurar condições dignas de trabalho aos indivíduos fixados em seu território, redefinindo-se assim a noção de soberania absoluta dos Estados³⁵.

A Organização Internacional do Trabalho foi criada após a Primeira Grande Guerra e contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos na medida em que objetivava estabelecer padrões internacionais de proteção ao trabalho e bem-estar.

Piovesan afirma que o advento da OIT, da Liga das Nações e do Direito Humanitário registra o fim de uma etapa histórica em que o Direito internacional encontrava-se restrito a regular a relação entre Estados.

Por meio desses institutos não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados; visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a serem garantidas e implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações voltaram-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas do Estado.
(...)

³³ *Idem.* **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

³⁴ BUERGENTHAL *apud* PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

³⁵ *Ibidem.* p. 179.

Pronuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado, decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade. Aos poucos emerge a ideia de que o indivíduo não é apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional. A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual interacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional.³⁶

Thomas Buergenthal esclarece que o enfoque tradicional do Direito Internacional é de um direito destinado a regular exclusivamente a relação entre os Estados-nações, sendo esses seus os únicos sujeitos. Por conseguinte, os direitos humanos eram tidos como problema de jurisdição doméstica de cada Estado, o que impedia os demais Estados de interceder ou intervir quando os nacionais de um Estado tinham seus direitos violados³⁷.

Existe, pois, a tendência atualíssima de reconhecer a personalidade jurídica dos indivíduos no Direito Internacional. Ora, se são sujeitos de direitos e obrigações e podem ser responsabilizados inclusive internacionalmente por seus atos em afronta aos direitos humanos, só se pode compreender que são sujeitos de direito internacional.

Hoje em dia, é minoritária a corrente que entende que os indivíduos não têm personalidade jurídica internacional. Representante desta corrente é o publicista Francisco Rezek. Por outro lado, vasta é a doutrina que concorda com a subjetividade do indivíduo no Direito Internacional. Podemos citar como exemplos Mazzuoli, Celso Duvivier de Albuquerque Mello, Hidelbrando Accioly e o próprio Hans Kelsen.

Duvivier assevera que não se pode negar a personalidade jurídica do indivíduo no Direito Internacional. Pelo contrário, admiti-la é se enquadrar numa das mais modernas tendências do Direito internacional Público que é a democratização³⁸.

Entretanto, o processo de internacionalização dos direitos humanos veio a consolidar-se no período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando se chegou à conclusão que os horrores do nazismo poderiam ter sido prevenidos se existisse um efetivo sistema de proteção dos direitos humanos, no dizer de Buergenthal.

³⁶ *Ibidem*. p. 181.

³⁷ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 181.

³⁸ DUVIVIER *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182.

No momento em que os seres humanos tornaram-se supérfluos e descartáveis, no momento em que vigia a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.³⁹

Diante da necessidade de uma ação internacional mais eficaz em defesa dos direitos humanos houve um impulso da comunidade internacional pela criação de um sistema normativo pela responsabilização do Estado no domínio internacional pela garantia dos direitos inerentes aos indivíduos. Isso fez acelerar o processo de internacionalização dos direitos humanos. Piovesan vê, justamente, o processo de internacionalização dos direitos humanos como a etapa da humanização do Direito Internacional.⁴⁰

A soberania estatal não poderia mais continuar como valor absoluto, especificamente em face da experiência mundial das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus e outras minorias durante a II Guerra. Concluiu-se que a soberania estatal deve estar sujeita a limitações em prol da salvaguarda dos direitos humanos.

Assim, com o fim da Guerra, a criação das Nações Unidas, em 1945, e a adoção da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, os direitos humanos tornaram-se uma legítima preocupação internacional, passando a fazer parte da agenda das diversas instituições internacionais.

Além da limitação ao poder dos Estados, outra característica interessante do processo de internacionalização dos direitos humanos foi o início da efetiva responsabilização dos indivíduos independentemente do Estado pelas práticas abusivas durante a Guerra. O Tribunal de Nuremberg, criado pelo Acordo de Londres em 1945, foi o organismo responsável por julgar os alemães pela guerra e pelos abusos cometidos no período da mesma.

O Tribunal aplicou, no julgamento dos que colaboraram para o nazismo, o costume internacional, argumentando que o Direito da guerra pode ser encontrado não apenas nos tratados, mas nos costumes e nas práticas dos Estados, que

³⁹ PIOVESAN, Flávia. , op. cit., p. 184.

⁴⁰ *Idem*. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

gradualmente, adquirem reconhecimento universal. Apesar de toda a polêmica baseada na falta de anterioridade da lei penal aplicada aos nazistas, certamente Nuremberg realizou a justiça no caso concreto.

Comentou Kelsen o assunto:

A objeção mais frequentemente colocada – embora não seja a mais forte – é que as normas aplicadas no julgamento de Nuremberg constituem uma lei *post facto*. Há pouca dúvida de que o Acordo de Londres estabeleceu a punição individual para atos que, ao tempo em que foram praticados, não eram punidos, seja pelo direito internacional, seja pelo direito interno... Contudo, este princípio da irretroatividade da lei não é válido no plano do direito internacional, mas é válido apenas no plano do direito interno, com importantes exceções⁴¹

Piovesan enxerga um significado duplo do Tribunal de Nuremberg para a internacionalização dos direitos humanos: é consolidada a ideia da necessária limitação da soberania nacional, além de os indivíduos passarem a ter direitos protegidos pelo Direito Internacional. E continua:

Testemunha-se desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica. São lançados assim, os mais decisivos passos para a internacionalização dos direitos humanos.⁴²

Outro marco para a internacionalização dos direitos humanos foi a criação das Nações Unidas formada com os propósitos de manter a paz e a segurança internacional, estimular a cooperação nos campos social e econômico e promover os direitos humanos no âmbito universal.

Para a mesma autora, a Carta das Nações Unidas de 1945, com a criação da ONU “marca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação e uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.”⁴³

Nos dizeres de Cançado Trindade,

⁴¹ KELSEN *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 190.

⁴² PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 191.

⁴³ *Ibidem*. p. 192.

Em meados do século reconheceu-se a necessidade da reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloquente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional.⁴⁴

O objetivo da Declaração de 1948 foi delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, por consagrar valores básicos universais e indivisíveis.

A universalidade dos direitos humanos significa que esses direitos referem-se a todos os seres humanos, bastando, para serem atribuídos e protegidos a condição única de ser pessoa humana.

A indivisibilidade está relacionada à ideia de que se uma dimensão de direitos está sendo violada, todas as demais também estão em risco. A Declaração de 1948 combinou a proteção liberal aos direitos individuais (civis e políticos) com a preocupação com a igualdade entre os indivíduos, no intuito de proteger também os direitos sociais, econômicos e culturais. Logo, a Declaração igualou em importância os direitos de primeira e segunda dimensão e afirmou a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos.⁴⁵

Indaga-se, contudo, a respeito do valor jurídico da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração não é um tratado, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução e assim, não possui força legal. Piovesan assinala que seu propósito é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de acordo com o que diz a Carta da ONU de 1945. Desta maneira, a Declaração tem sido concebida como uma “interpretação autorizada” da Carta da ONU no que diz respeito aos direitos humanos (arts. 1º e 56), tendo, por isso, força vinculante.⁴⁶

Há ainda, os que atribuam a força jurídica da Declaração ao fato de que ela integra o direito costumeiro internacional e os princípios gerais de direito, já que suas disposições têm sido adotadas como fundamento pelos diversos países e também no âmbito das Nações Unidas.

⁴⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 110.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. , op. cit., p. 203.

⁴⁶ . PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 214.

Cançado Trindade acredita que o direito internacional passou a experimentar na segunda metade do século XX uma expansão extraordinária, incentivada pela atuação das Nações Unidas e agências especializadas, além das organizações regionais, estendida ao domínio econômico e social, a par do comércio internacional.⁴⁷

Assim, a criação de órgãos especializados em matérias diversas de direitos humanos no âmbito da ONU, de organismos como a Organização Mundial de Saúde, a Unesco, órgãos judiciais como o Tribunal Penal Internacional, os Tribunais *ad hoc* para casos específicos de violação aos direitos humanos, como o Tribunal para Ruanda e para a ex-Iugoslávia representam o sistema global de proteção dos direitos humanos.⁴⁸

Ao lado do sistema global de proteção aos direitos humanos surgem sistemas regionais como o interamericano, o europeu e o africano que trazem vantagens como a maior aproximação cultural entre os Estados membros e maior capacidade sancionatória, em vista que a proximidade geográfica entre os Estados possibilita exercer mais fortes pressões sobre os vizinhos.

Os sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos estão longe de serem dicotômicos, ao contrário, são complementares, no entendimento de Piovesan. São inspirados pelos valores da Declaração Universal e compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. A coexistência desses instrumentos jurídicos propicia ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos.⁴⁹

1.3. A internacionalização após do fim da Guerra Fria: a busca por uma comunidade cooperativa global

O período posterior ao final da Segunda Grande Guerra foi marcado pela emergência das duas grandes potências mundiais uma liderando o polo capitalista, os Estados Unidos, e a outra liderando o polo socialista, a URSS. Iniciou-se uma fase de terror de uma nova guerra mundial. Desta forma, com o objetivo de estarem prontos para se defender, aconteceu uma corrida armamentista e tecnológica entre as duas potências.

⁴⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. , op. cit., p. 110.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva 2012. p. 69.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 90.

Esse período que ficou conhecido como “Guerra Fria” não passou, contudo, de uma disputa ideológica entre os blocos capitalista e socialista. Nessa época, os direitos humanos foram utilizados como categorias estratégicas que serviam à política externa dos dois blocos, especialmente pelos Estados Unidos.

É essa atitude dos norte-americanos que Boaventura de Souza Santos chama de política de “dois pesos e duas medidas”. À época, a manipulação temática dos direitos humanos foi pautada no que Richard Falk denunciou como dualidade entre “política de supervisibilidade” e “política de invisibilidade”.⁵⁰

A invisibilidade foi direcionada às ditaduras nos países da América Latina, tidos como “nações amigas”, cujo intercâmbio comercial era interessante aos norte-americanos, cujas violações aos direitos humanos ficaram convenientemente esquecidas. O mesmo pode-se dizer acerca dos países da União Europeia sobre o silêncio em relação ao genocídio do povo maubere em nome da manutenção do comércio com a Indonésia.

Quanto à supervisibilidade vale mencionar as gravíssimas denúncias das violações aos direitos humanos contra os países adeptos do comunismo como os da URSS, ou contra países como o Irã e o Vietnã que interessavam economicamente à política externa tipicamente imperialista dos americanos, justificando inclusive a Guerra do Vietnã e o bloqueio econômico a Cuba.

O fim da Guerra Fria, com a queda do muro de Berlim, foi a inauguração de uma nova ordem internacional unimultipolar. Os Estados Unidos ascenderam como única superpotência mundial e foram acompanhados pela emergência das novas potências econômicas e políticas, pelo surgimento de novos atores como as empresas multi e transnacionais, os blocos de integração regional, as organizações internacionais, a sociedade civil reivindicando sua participação no cenário internacional.

A intensificação do processo de globalização possibilitou o surgimento de uma nova comunidade internacional onde valores foram compartilhados, mas também onde coexistem culturas diversas, cada uma com sua maneira de pensar o mundo, desejando externar sua própria concepção de direitos humanos.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In. BALDI, César Augusto. (org.). **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 252.

Esse é considerado o maior desafio atual no que tange os direitos humanos. Alguns defendem que os direitos humanos são um conceito único para todas as culturas (multiculturalismo), outros afirmam que cada cultura tem sua própria concepção de direitos humanos, os quais variam de acordo com o sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em cada sociedade (relativismo cultural).

Na crítica dos relativistas, os universalistas invocam a visão hegemônica da cultura eurocêntrica ocidental, na prática de um canibalismo cultural. Já para os universalistas, os relativistas, em nome da cultura, buscam acobertar graves violações aos direitos humanos. Ademais, complementam, as culturas não são homogêneas, tampouco compõem uma unidade coerente; mas são complexas, variáveis, múltiplas, fluidas e não estáticas. São criações humanas e não destino.⁵¹

A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1981 é um exemplo de relativismo cultural, pois parte da afirmação incontestável de que há quatorze séculos, o Islã concedeu à humanidade um código ideal de direitos humanos através do Corão. Assim, baseia-se no Corão e na Sunnah.

Outro exemplo é a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, de 1990, onde considera-se que os direitos e as liberdades fundamentais são parte da religião islâmica.

Buscando por fim às discussões sobre a questão do relativismo cultural, foi elaborada a Declaração de Viena em 1993, estabelecendo que todos os direitos humanos fossem universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A universalidade dos direitos humanos era afirmada ao passo que a comunidade internacional deveria tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e igualitária. As particularidades nacionais, regionais e bases históricas devem ser consideradas, no entanto é obrigação dos Estados, independente de seu sistema político, econômico ou cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, assim como prevê a Declaração.

Santos propõe, num posicionamento sobre este debate, a elaboração de uma concepção multicultural de direitos humanos, baseada no diálogo entre as culturas pautado no cosmopolitismo (ou localismos globalizados)⁵². Para o autor português:

⁵¹ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 47.

⁵² Sobre esses conceitos ver SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In. BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 244.

(...) os direitos humanos tem que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é precondição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo⁵³

Consolida-se, assim, com a Convenção de Viena, o movimento iniciado décadas antes com a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de 1948, passando pelo importante avanço trazido na Conferência de Teerã em 1968, de internacionalização e universalização dos direitos humanos, colocando-se, de um lado, os Estados, responsáveis internacionais pela garantia dos direitos humanos, cuja soberania não mais permite o tratamento desses direitos como assuntos internos seus, e, de outro, as pessoas, agora sujeitos de direito internacional. A esse processo, Trindade dá o nome de humanização do direito internacional.⁵⁴

A nova comunidade internacional, consolidada nas últimas três décadas foi estabelecida dentro do paradigma da interdependência, a partir da superação da dicotomia capitalismo-socialismo. Abriu-se espaço na agenda internacional para esforços no sentido de coordenar a produção, a discussão política e ideológica, a preocupação com os direitos humanos e o meio ambiente, com os recursos naturais e a questão da intensa migração, resultante da globalização cultural e econômica, temas que transcendem as fronteiras domésticas. Deu-se início a um ciclo de Conferências Mundiais sobre tais temas:

Assim, a par das incertezas e contradições que nos circundam, próprias da nova era em que nos adentramos, emerge, do diálogo universal ensejado pelo recente ciclo de Conferências Mundiais (involucrando as entidades da sociedade civil), uma conscientização da necessidade de dispensar um tratamento equânime às questões que afetam a humanidade como um todo (a proteção dos direitos humanos, a realização da justiça, a preservação ambiental, o desarmamento, a segurança humana, a erradicação da pobreza crônica e o desenvolvimento humano, a segurança humana, a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles), em meio a um sentimento de maior solidariedade e fraternidade. Esta conscientização representa o ponto de partida para a busca da superação das contradições do mundo em que vivemos.⁵⁵

⁵³ SANTOS *apud* PIOVESAN, Flávia, op. cit., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 112.

⁵⁵ *Idem*. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>> Acesso em 16/05/2018. p. 429.

A integração regional, com a formação dos blocos econômicos, intensificou a migração de trabalhadores entre os Estados. A liberdade de circulação é pressuposto de uma comunidade de países, de todo processo de integração regional.⁵⁶

Desta maneira, a essas pessoas são reconhecidas os direitos e obrigações atinentes a sua condição de trabalhadores. Segundo Jaeger Júnior, a livre circulação de trabalhadores significa a eliminação de todos os tipos de restrição a sua mobilidade, igual tratamento e garantias de não discriminação em razão da nacionalidade.⁵⁷

Surge, nesse ponto, a necessidade de regular as relações e coordenação das atividades dos sujeitos de Direito Internacional, isso incluindo estados, empresas multi e transnacionais, organizações internacionais e sociedade civil internacional, com o objetivo de alcançar a cooperação internacional para a solução dos problemas comuns.

O Professor José Soares Filho, tratando deste assunto, descreve o que entende por sociedade de governança global:

Essa realidade suscita a criação de instituições e novos regimes internacionais, alguns dos quais já se fazem presentes no cenário mundial, regulando áreas como a do comércio internacional, a aviação civil, a dos direitos humanos, a referente à exploração dos fundos marinhos. Esse sistema tem sido denominado de governança global. Esta, por conseguinte, não se limita à atividade dos Estados, mas compreende uma multiplicidade de atores, muitos deles não-estatais, com estruturas e processos de decisão próprios.⁵⁸

É nesse cenário que se desenvolvem os atuais sistemas global e regional de direitos humanos. A soberania estatal é afetada pela governança global e o que se espera é que a eficácia desses direitos transcenda as fronteiras e que eles possam ser protegidos por toda comunidade internacional.

A necessidade de implementação, efetivação e garantia desses direitos se faz possível a partir de uma sistemática internacional de monitoramento e controle, a chamada *international accountability*, com a adoção dos sistemas global e regional de proteção internacional dos direitos humanos.

⁵⁶ FILHO, José Soares. **A negociação coletiva de trabalho supranacional no âmbito do Mercosul.** Uma visão crítico-prospectiva. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 223.

⁵⁷ JAEGER JR. *apud* FILHO, José Soares, op. cit., p. 223.

⁵⁸ *Ibidem.* p. 183.

Como exemplo dos instrumentos do sistema global de proteção aos direitos humanos, temos a Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outras.

Paralelamente ao sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, que são formados por instituições e instrumentos de alcance regionalizado, especificamente na Europa, América e África.

No âmbito regional, os sistemas de proteção europeu, americano e africano apresentam, cada qual, estrutura jurídica própria, a saber: no plano europeu, apresenta-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos; no continente americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; e, por fim, no continente africano, a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981.

É a partir desses sistemas de monitoramento e proteção que, na atualidade, espera-se garantir que os direitos humanos sejam respeitados.

1.4. Direitos humanos, direitos fundamentais e suas dimensões

Até esse momento, utilizou-se o termo direitos humanos para fazer referência aos direitos inerentes a toda pessoa humana, entretanto, deve-se salientar que diversas expressões são utilizadas indistintamente para tratar dessa espécie de direitos, inclusive pela Constituição de 1988. Os termos mais comuns são: “direitos fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “liberdade fundamentais”, “direitos individuais” e “liberdades fundamentais”.

Contudo, Sarlet alerta para a diferenciação entre as duas expressões mais utilizadas, a saber, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Ambos os termos são tidos como sinônimos, pois se referem a um único destinatário: a pessoa humana.

Por conseguinte, se o critério pessoal não é suficiente, nos valem de outros meios para estabelecer a mencionada distinção. Sarlet sugere um critério espacial para distinguir os dois, concordando com o posicionamento de M. Kierle:

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 distinção é de que o

termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos 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 da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional).⁵⁹

Observa-se que o autor usou um parâmetro espacial para determinar a extensão dos direitos fundamentais e humanos. Os primeiros estão atrelados ao ordenamento interno de um Estado, limitando-se, geograficamente, à área onde há soberania estatal e dirigindo-se às pessoas que estão sob seu império. Por sua vez, os direitos humanos têm um caráter mais universal, não estão vinculados a nenhum espaço físico, por isso, são dirigidos a qualquer indivíduo, pelo simples fato de ser pessoa humana, independentemente da sua ligação com algum Estado.

Desta forma, os conceitos não podem ser usados como sinônimos: a efetividade dos direitos humanos corresponde à esfera internacional (supranacional) e os direitos fundamentais têm espaço no âmbito interno, nacional.

Além disso, há diferenciação entre essas espécies de direitos quanto à sua extensão. Deve-se notar que é no âmbito interno dos Estados onde se encontram os meios para efetivação de tais direitos. Logo, é possível compreender o fenômeno da progressiva positivação dos direitos humanos nos ordenamentos internos dos países.

Sarlet demonstra então que estas duas categorias não se excluem:

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.⁶⁰

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 classificou os direitos fundamentais em: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos, destinados, por interpretação de seu artigo 5º “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”, posto que “Todos são iguais

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 35.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 42.

perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Trata-se da máxima da igualdade.

Ainda no esteio dos direitos fundamentais, cabe tratar da evolução desses direitos, ou seja, da variação de suas dimensões.

A princípio devemos estabelecer os motivos da terminologia utilizada. A doutrina tradicional tende a classificar os direitos fundamentais em gerações. Entretanto, modernamente tem sido utilizado o termo dimensões para tratar das categorias de direitos fundamentais. Ocorre que esse último termo é considerado mais apropriado, pois, a conquista de uma nova dimensão não deixa de lado as dimensões anteriores. Ou seja, uma nova dimensão absorve as anteriores.

É o que assinala Bonavides:

Força é dirimir, a essa altura, um eventual equívoco de linguagem. O vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso esse último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.⁶¹

A primeira dimensão de direitos humanos marca a passagem de um Estado autoritário para o Estado de Direito. São alguns de seus marcos a Magna Carta de 1215, o Habeas Corpus Act, a Bill of Rights (Inglaterra) e as Declarações dos Direitos americana e a francesa.

Os direitos fundamentais de segunda geração culminaram após o término do século XIX e início do sec. XX, o qual foi marcado pela Primeira Guerra Mundial. São os direitos econômicos sociais e culturais, bem como os direitos coletivos. Surgiram durante a Revolução Industrial europeia, em decorrência das péssimas condições de trabalho e em resposta do avanço comunista. O cartismo na Inglaterra e a Comuna de Paris foram movimentos de reivindicação pelos direitos trabalhistas e por normas de assistência social.

Os documentos de maior relevância do início do século XX, os quais passaram a proteger os direitos de segunda geração foram as Constituições marxistas, Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, o Tratado de Versalhes, do mesmo ano, que previa a criação da OIT e, no Brasil, a Constituição de 1934.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 571.

Bonavides esclarece que esses direitos nas Constituições “passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude se sua própria natureza, pois exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre exequíveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.”⁶²

Continua o autor, observando a questionada juridicidade dos direitos de segunda geração, que os mesmos foram remetidos à esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização as garantias ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Posteriormente, passaram por uma crise de observância e execução, a qual parece estar no fim pela incorporação do preceito de aplicabilidade imediata formulado pelas mais recentes constituições.⁶³

Entendia-se, anteriormente, que todos os direitos fundamentais de segunda dimensão tinham aplicabilidade apenas mediata, sendo necessária a atividade do legislador.

Notadamente, as Constituições mais atuais, inclusive a do Brasil, no parágrafo 2º do seu artigo 5º, têm formulado o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Na nossa Carta Magna, os artigos 193 a 203 se referem à ordem social. Estão inscritos nestes artigos os direitos relativos à seguridade social, que englobam a saúde, previdência e a assistência social.

Seguindo neste raciocínio, é notório salientar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu como base para os dois tratados sobre direitos humanos da ONU, de força legal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (primeira dimensão, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, 1992) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (segunda dimensão, promulgado pelo Decreto nº 591/92).

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão têm por destinatária principal a humanidade como um todo. São frutos das alterações sociais ocorridas no final do século XX, com a globalização, o desenvolvimento tecnológico e científico, a preocupação com a questão da degradação ambiental, proteção dos consumidores, entre outros.

⁶² *Ibidem.* p. 564.

⁶³ *Ibidem.* p. 564.

Trata-se dos direitos da fraternidade como denominou Karel Vasake, ou da solidariedade, na perspectiva de E. Mbaya. Compreendem os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

Como exemplo de tutela atual dos direitos de terceira dimensão, citamos o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, no qual se reconhece a vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor, além de verificar e apontar instrumentos de defesa e proteção à parte hipossuficiente da relação de consumo, o consumidor (Art. 4º, I, CDC).

Conforme orientação de Norberto Bobbio, os direitos de quarta dimensão decorrem dos avanços no campo da engenharia genética, por colocarem em risco a própria existência humana. O autor questiona quais seriam os limites da manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.⁶⁴

Bonavides afirma que os direitos fundamentais de quarta dimensão (ou geração, como o mesmo denomina) correspondem à globalização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, sua universalização. Segundo o autor, são os direitos a democracia, informação e pluralismo. Assim o autor trata desse processo:

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.⁶⁵

Aos direitos fundamentais de quinta geração, dedicou Paulo Bonavides, um capítulo inteiro de seu *Curso de Direito Constitucional*. Acredita o constitucionalista que o direito à paz deve ser tratado em dimensão autônoma, diferente do que classificava Karel Vasak. Diz o constitucionalista que seu precursor o fez “de modo incompleto, teoricamente lacunoso.”⁶⁶

Desta forma, o autor o critica e reposiciona a paz como direito de quinta dimensão.

Há autores que tratam de outras dimensões de direitos fundamentais, como os direitos da internet e da dignidade no tratamento dos animais. No momento, esses são de importância menor para o nosso trabalho.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 35.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 571.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 579.

2. O Brasil e a eficácia dos direitos humanos diante dos compromissos assumidos internacionalmente

2.1. Aplicabilidade dos direitos fundamentais: proteção jurídica além da nacionalidade

Nos sistemas jurídicos democráticos, a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais é tema de grande importância. Há uma preocupação desses sistemas em conferir maior eficácia a esses direitos, que são a base dos seus ordenamentos. A noção de Estado de Direito formal deve ser superada, evitando-se que os direitos fundamentais só tenham eficácia quando regulados por lei.

Gilmar Mendes menciona os efeitos devastadores da inação do legislador infraconstitucional, provocando neutralização ou destruição dos direitos postos na Constituição. Cita o exemplo da Alemanha nazista, quando os princípios democráticos da Constituição de Weimar foram suprimidos com a implementação do regime totalitário de 1933.⁶⁷

Canotilho trata do que no direito português é conhecido como “aplicabilidade directa” dos direitos fundamentais:

Aplicação directa não significa apenas que os direitos liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. Arts. 17º e 11118º./1). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art. 18º/3)⁶⁸

A nossa Constituição filia-se à tendência pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em geral. É o que se pode extrair do texto do § 1º do seu art. 5º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Mendes explica o sentido da norma constitucional interpretando Canotilho:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de carácter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso que os direitos fundamentais se fundem na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 173.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 186.

matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas reguladoras de relações jurídicas.⁶⁹

E continua:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo a falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.⁷⁰

Para Sarlet, a previsão da norma constitucional que confere aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais atribui-se a influência exercida pelas demais ordens constitucionais sobre o nosso Poder Constituinte. O autor cita como exemplos dessa tendência o art. 18/1 da Constituição portuguesa, o art. 332 da Lei Maior uruguaia e o art. 1º, inc. III da Carta Magna alemã.

Ainda, o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 reza que os direitos contidos em seu texto não excluem outros decorrentes do regime democrático, dos princípios adotados pelo ordenamento jurídico e pactuados nos tratados internacionais. É o que se chama princípio exemplificativo dos preceitos fundamentais.

Desta forma leciona o Professor Walber de Moura Agra:

O princípio exemplificativo dos preceitos fundamentais agasalha, com *status* constitucional, os princípios implícitos, que não foram amparados pela Carta Magna, como o princípio do duplo grau de jurisdição, que permite recurso das decisões judiciais que trazem gravame para os jurisdicionados.⁷¹

Isto posto, trataremos da eficácia dos direitos fundamentais, especialmente no que cabe aos direitos sociais.

Já colocamos aqui o posicionamento de Bobbio com relação ao fundamento dos direitos fundamentais. Para esse autor, atualmente o cerne da questão dos direitos humanos está na sua efetivação. Não se trata mais de um problema filosófico, mas um problema jurídico e político.⁷²

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 174.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 174.

⁷¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 226.

⁷² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 representou a maior prova de que existe um consenso sobre os conteúdos dos direitos humanos, pois a maior parte das nações do mundo são signatárias deste pacto. Afirma Bobbio:

Os velhos jusnaturalistas desconfiavam – e não estavam inteiramente errados – do consenso geral como fundamento do direito, já que esse consenso era difícil de comprovar. Seria necessário buscar sua expressão documental através da inquieta e obscura história das nações, como queria fazê-lo Giambattista Vico. Mas agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais.⁷³

Enquanto o constitucionalismo contemporâneo visou à extensão dos direitos humanos, o neoconstitucionalismo, o constitucionalismo pós-moderno trata da verdadeira efetivação dos direitos tidos como fundamentais, podendo ser tratado como constitucionalismo social ou constitucionalismo fraternal. O fenômeno do neoconstitucionalismo trata da hierarquia, não apenas formal, mas axiológica, entre as normas.⁷⁴

O constitucionalismo clássico se diferencia do neoconstitucionalismo na medida em que o primeiro se pautava pela limitação ao poder político, tendo entrado em crise com a promulgação das Constituições do pós II Guerra Mundial. Já o neoconstitucionalismo se baseia na concretização das prestações materiais prometidas à sociedade, servindo como ferramenta à implantação do Estado Democrático Social de direito.

Walber Agra diferencia o constitucionalismo clássico do neoconstitucionalismo explicando que o caráter ideológico do primeiro era apenas o de limitar o poder, já o do segundo é concretizar os direitos fundamentais. E desta forma trata do modelo normativo neoconstitucionalista:

O seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica.⁷⁵

⁷³ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 27.

⁷⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

⁷⁵ AGRA, Walber de Moura, op. cit., p. 31.

O mesmo autor assevera sobre o duplo papel dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo:

Os direitos fundamentais passam a desempenhar um duplo papel: internamente, servindo como referência para as normas infraconstitucionais, sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade; e externamente, como fator extrajurídico de legitimação do sistema normativo.⁷⁶

Disso podemos abstrair que os valores constitucionalmente protegidos são superiores ideologicamente, e não apenas hierarquicamente, ao que trazem as demais normas infraconstitucionais. Isso significa que as normas sobre direitos fundamentais devem estar de acordo com o que reza a Constituição, sob pena de uma inconstitucionalidade material pelo conflito de valores.

Podemos concluir através da análise e interpretação sistêmica do texto constitucional brasileiro, além da simples observação do seu comprometimento internacional do nosso Estado, signatário de grande parte dos tratados em matéria de direitos humanos, que há uma preocupação em estabelecer e conferir eficácia aos direitos fundamentais.

Nosso país é historicamente um território de imigração e de emigração, muito mais na nova realidade de mundo globalizado, onde as fronteiras tendem a ser ultrapassadas. Nossa população é formada por indivíduos de diversas nacionalidades e os brasileiros também estão conquistando o mundo. É necessário, por conseguinte, que exista uma preocupação do nosso Estado com os estrangeiros que colaboram na construção de nosso país, que estão dentro do nosso território e com os brasileiros que se estabelecem em outros lugares do mundo.

2.1.1. A proibição do retrocesso da concretização dos direitos fundamentais

Entrenchment ou entrincheiramento, proibição do retrocesso ou princípio do não retorno da concretização dos direitos sociais ou princípio da desnaturação do conteúdo da Constituição é a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, no sentido de evitar retrocesso, seja por supressão normativa, seja pela diminuição de prestações à coletividade.⁷⁷

⁷⁶ *Ibidem*. p. 33.

⁷⁷ AGRA, Walber de Moura, op. cit., p. 244.

Significa a fixação de um parâmetro de direitos sociais já adquiridos pelos indivíduos como padrão mínimo de prestação por parte do Estado, impedindo a redução – por atos ou leis retroativas - a quem do que já foi efetivamente protegido.

O *entrenchment* tem como finalidade garantir eficácia ao ordenamento jurídico, conferindo-lhe segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e passem à concretude prática. A proibição do retrocesso assegura uma proteção ao conteúdo dos direitos fundamentais, estabelecendo um nível mínimo de concretude normativa.⁷⁸

Além de não impedir a evolução dos direitos sociais, pois apenas lhes garante uma intensidade mínima, o *entrenchment* reforça a legitimidade do ordenamento jurídico, na medida em que representa os valores e impede o esfacelamento dos mandamentos constitucionais no que tange o conteúdo mínimo - ou núcleo fundamental - desses direitos fundamentais.⁷⁹

Esse conteúdo mínimo não é, para Agra, um dado jusnaturalístico, mas surge das necessidades sociais e das condições materiais que a organização política pode propiciar aos seus cidadãos. Ele é demarcado primeiro pela sua essencialidade e vai evoluindo de acordo com os avanços da sociedade. O conceito de conteúdo mínimo, portanto, varia de acordo com fatores sociais, políticos, históricos, culturais e econômicos.

A necessidade da definição do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, mormente aqueles de natureza social, tem a finalidade de determinar certas prestações que o cidadão tem direito de receber do Estado, tornando sua tutela jurisdicional mais exequível. A indefinição do conteúdo de grande parte dos direitos fundamentais é uma das causas que estimulam a insegurança jurídica, acarretando, como consequência, a baixa densidade de eficácia do sistema. Ele assume feições contratualistas, superando o limite dos custos dos direitos. O mínimo existencial seria definido pela lei, pela sociedade e pela jurisprudência. Esta última, somente atuaria quando houvesse uma lacuna normativa e enquanto ela não fosse suprida.⁸⁰

Agra, parafraseando Sperling trata ainda do *entrenchment of discrimination*:

quando decisões do Judiciário servem apenas para manter privilégios, impedindo o avanço de demandas que são anseio da maioria da população. Para evitar esse perigo, a possibilidade de incidência do princípio do não-retrocesso se limita apenas aos direitos fundamentais, desde que seu conteúdo mínimo seja garantido. Se por ventura houver a proteção de

⁷⁸ *Ibidem*. p. 246.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 246.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 250.

direitos sem o respeito de seu mínimo existencial, estar-se-á praticando uma crassa inconstitucionalidade, que deve ser reprimida pelos mecanismos de supralegalidade.⁸¹

Ainda o mesmo autor estabelece como parâmetros do *entrenchment* o texto da Constituição, pois este explicita os valores imprescindíveis para o desenvolvimento da vida social, os dispositivos infraconstitucionais, pois regulam a aplicação dos direitos fundamentais, as decisões judiciais, que podem firmar o conteúdo desses direitos, até impondo de forma vinculante a sua obrigatoriedade e os posicionamentos doutrinários, pois servirão de arrimo para o surgimento de novos entrincheiramentos.⁸²

Deve-se observar que a determinação da densidade suficiente dos direitos fundamentais é muitíssimo relevante para os direitos sociais, visto que eles dependem da intervenção estatal para sua concretização, seja por meio da elaboração normativa, seja pelas prestações fáticas. Agra ressalta, então o papel do Supremo Tribunal Federal na determinação desse núcleo dos direitos de segunda dimensão.

Na determinação do mínimo existencial ou da densidade suficiente dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal não pode agir de forma arbitrária, já que se as suas decisões se distanciarem dos fatores sócio-políticos-econômicos, dificulta-se a sua concretude normativa.

Um direito fundamental é composto de duas partes: o seu núcleo duro e sua zona periférica. O núcleo duro ou conteúdo essencial configura-se como um limite que deve ser respeitado pelo Supremo Tribunal Federal ao determinar a densidade de um direito, que, de maneira nenhuma, pode ser desrespeitado pelas decisões judiciais, proibindo-se o seu esvaziamento ou que ele se transforme em uma exceção. Esse núcleo duro é definido como a própria essência do direito, que deve ser concretizado independente de conjecturas fáticas. A outra parte que compõe o direito fundamental é a zona periférica, que será concretizada consoante a conjuntura fática, mas que o STF deve estipular um desenvolvimento para que a densidade do direito possa ser aumentada.⁸³

Assim, segundo o autor, o núcleo duro dos direitos fundamentais é aquele que não pode ser desprezado pelos órgãos estatais. A zona periférica é relativa a extensão desses direitos que deve evoluir paulatinamente de acordo com os fatores sociais, políticos e econômicos. Portanto, esse engessamento evolutivo dos direitos fundamentais nunca acompanhará a evolução social de maneira paritária. Logo, sempre haverá uma zona periférica na definição dos direitos fundamentais e caberá

⁸¹ *Ibidem*. p. 247.

⁸² *Ibidem*. p. 248.

⁸³ AGRA, Walber de Moura, op. cit., p. 253.

ao Poder Executivo, por meio de políticas públicas direcionadas aos estrangeiros e, especialmente aos tribunais brasileiros velar pelo seu desenvolvimento sintonizado com as demandas sociais.⁸⁴

2.1.2. Direitos sociais e reserva do possível

A cláusula ou princípio da reserva do possível surgiu na jurisprudência alemã com a decisão de um caso que ficou conhecido como *numerus clausus*, numa ação onde se pleiteava acesso irrestrito a cursos de elevada procura. A sentença de improcedência foi justificada com a evocação da reserva do possível, pois o atendimento da demanda traria gastos excessivos aos cofres estatais, já abalados com o final da primeira grande guerra, o que prejudicaria a prestação de outros serviços públicos.

Para Dworkin, princípios são padrões que devem ser observados por questão de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade⁸⁵. Alexy entende que são normas imperativas da realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, significando assim, mandamentos de otimização⁸⁶.

Além de sua função interpretativa e integrativa do sistema jurídico com a finalidade de suprir lacunas deixadas pelas normas, os princípios têm também o condão de estabelecer objetivos a serem alcançados pelo ordenamento jurídico, sem, contudo, especificar os meios para atingi-los. É o que se chama de função normativa autônoma dos princípios, o que dá origem a situações jurídicas subjetivas ou abstratas⁸⁷.

Desta forma, devido à abstração da reserva do possível, esta categoria tem sido entendida como princípio.

Ocorre que, entendendo os direitos fundamentais como princípios, como propõe Galdino⁸⁸, a reserva do possível se mostra como limitadora desses direitos, tendo, portanto um fim em si mesmo, não podendo ser considerada como elemento de ponderação. A reserva do possível então, não cria direitos subjetivos, ao

⁸⁴ *Ibidem*. p. 253.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁸⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 27.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 26.

contrário, age como empecilho ao cumprimento das normas de direitos fundamentais, não se encaixando dessa maneira na categoria de princípio.

Outros entendem a reserva do possível como cláusula geral.

Nery define cláusulas gerais como normas de caráter orientador, sob forma de diretrizes destinadas ao juiz para que ao mesmo tempo que vinculam-no dão-lhe liberdade para decidir. São então formulações contidas na lei com caráter genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo julgador, que é autorizado pela própria natureza da cláusula⁸⁹.

Para o mencionado autor, as cláusulas gerais tornam mais concreto o conteúdo dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, dando mobilidade ou mitigando as regras mais rígidas, delimitando-o e tornando possível a sua aplicação, tendo assim natureza instrumentalizadora⁹⁰.

Olsen entende que o termo cláusula se aplica melhor à definição do instituto da reserva do possível⁹¹, pois estaria a instrumentalizar o princípio da igualdade e da proporcionalidade.

Ao passo que Nery destaca as qualidades das cláusulas gerais de vivificar e atualizar o sistema jurídico, o autor alerta para as desvantagens de tais instrumentos. A cláusula geral confere certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar a norma pela determinação dos conceitos, preenchendo seu conteúdo com valores.

Pode servir de pretexto para o recrudescimento de ideias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia capitalista extremada. Essas desvantagens foram apontadas por Wieacker, que, a um só tempo elogiou a jurisprudência alemã, pela forma adulta e responsável com que enfrentou os períodos pós primeira guerra mundial, do nacional-socialismo, e pós-segunda guerra mundial, ao aplicar as cláusulas gerais do BGB (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, § 25, III, 3, p.476).⁹²

No caso brasileiro, a reserva do possível tem sido invocada no sentido de estabelecer uma barreira à interferência do Judiciário no erário público, servindo para justificar a falta do Estado com relação às obrigações prestacionais dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais (DHESC) .

⁸⁹ NERY, Nelson. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 6.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 6.

⁹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 200.

⁹² NERY, Nelson, op. cit., p. 6.

O problema da efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais deriva do fato de que sua implementação depende de recursos financeiros, não podendo ser concretizados sem ações afirmativas por parte do Estado, da sociedade civil e da sociedade internacional. O Estado que então alega falta de recursos acaba postergando a efetivação de tais direitos.⁹³

Para Jayme Benvenuto Lima Jr.:

A excessiva importância dada aos recursos financeiros, na verdade, tem impossibilitado a realização de muitos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais, mediante a acomodação dos estados, nos seus diversos níveis, às situações de vulnerabilidade de amplos setores sociais. O argumento da mera escassez de recursos financeiros, usado com frequência pelos administradores públicos resulta da postergação da realização prática dos DHESC.⁹⁴

Vaz, levando em consideração o tempo do reconhecimento internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), acredita não ser mais razoável a alegação do Poder Público de falta de recursos financeiros para a efetivação desses direitos humanos e assevera:

A progressividade dos DHESC não significa indefinição. Nem tampouco não se pode admitir que a mera alegação de escassez de recursos possa significar escusas à concretização desses direitos. Ademais, é preciso entender que o Estado de Direito possui como pressuposto essencial à realização de um Estado Orçamentário. Significa que o equilíbrio entre receitas e despesas são normatizados pela própria Constituição, sendo o orçamento um instrumento de concretização desse balanço. Se o Estado alega falta de recursos para efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais o erro é duplo: desrespeito aos direitos humanos e desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentários. (*sic*)⁹⁵

No mesmo sentido Canotilho⁹⁶:

⁹³ VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** In Revista de direito constitucional e internacional, n. 61, pág. 25-48, out.-dez 2007. p. 39.

⁹⁴ LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos sociais e culturais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 101.

⁹⁵ VAZ, Anderson Rosa, op. cit., p. 39

⁹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1982, p. 369.

Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A Constituição de 1988 estabelece que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum⁹⁷, somente se furtando de aplicá-la quando inconstitucional ou quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.⁹⁸

Para Vaz⁹⁹ então parece muito menos razoável, por parte do Poder Judiciário, que não tem legitimidade para dar interpretação restritiva à efetivação de direitos humanos, alegar a falta de recursos financeiros por parte do Estado para efetivar os tais direitos. O Estado que alega ausência de recursos financeiros suficientes para efetivar o direito à educação, é porque desrespeitou, além dos direitos humanos, regras de planejamento orçamentário educacional de curto, médio e longo prazo. Não pode, agora, valer-se de sua própria torpeza para furtar-se à obrigação de efetivar esse direito social.

Tratando do assunto, o autor diferencia reserva do possível e reserva do financeiramente possível. A primeira expressão refere-se a todos os eventos formais ou materiais que impedem a concretização dos DHESC, enquanto reserva do financeiramente possível corresponde aos eventuais limites orçamentários do Estado, sendo a primeira o gênero do qual a segunda é espécie.

Vaz explica que uma coisa é alegar a reserva do possível diante de um pleito pela construção e funcionamento de escolas suficientes para todas as crianças em um prazo de poucos dias. Isso é faticamente impossível ao Poder Público, e a evocação da reserva do possível nesse caso é plenamente aceitável. Diferente é o caso de um pleito de um cidadão ao Poder Público por um medicamento que já existe na rede privada, mas o Estado alega falta de recursos para adquiri-lo, mesmo diante do direito à saúde. Assim, o Estado está a alegar a reserva do financeiramente possível, para escusar-se de sua responsabilidade.¹⁰⁰

⁹⁷ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁹⁸ Art. 97 da CF/88.

⁹⁹ VAZ, Anderson Rosa, op. cit., p. 40.

¹⁰⁰ VAZ, Anderson Rosa, op. cit., p. 41

E esta tem sido a infeliz tendência da jurisprudência brasileira: alegar a reserva do possível como empecilho à efetivação dos direitos sociais.

Ora, se tais direitos humanos dependem de uma ação estatal, sob pena de prática de ato de desrespeito à Constituição por omissão¹⁰¹, e são de aplicabilidade e exigibilidade imediatas, a consequência lógica é que exista previsão orçamentária para a efetivação desses direitos.

Obviamente não estamos propondo uma desconsideração do orçamento, mas apenas a previsão de verbas para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, além da demonstração por parte do Poder Público do que tem sido feito para que sejam materializados.

Claro que não se trata de exigir a prestação estatal sem desconsiderar os limites do orçamento. Seria uma hipótese absurda em um modelo econômico capitalista. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XXII, afirma que a efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais devem levar em conta a organização e os recursos de cada país.

Ocorre que a mera alegação da cláusula de reserva do possível não é motivo bastante para obstaculizar a efetivação desses direitos. O Poder Público, caso alegue essa cláusula, deve demonstrar o tratamento que o direito social lesado está recebendo no orçamento. Tanto no passado, quanto no presente, quanto no futuro. É em função dessa condicionante que a cláusula deve ser observada.

(...)

É importante repetir: não se trata de exigir do Estado a concretização instantânea de direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Mesmo que se entenda que eles sejam de exigibilidade imediata, deve-se entender que o momento de efetivação deles se dá de forma progressiva.¹⁰²

O que é imprescindível é exigir do Estado que eles sejam efetivados de maneira previsível, embora progressivamente. Se os recursos são escassos, o Poder Público tem a obrigação de planejar a efetivação progressiva desses direitos. Deve, o ente estatal, através da atividade legislativa, planejar a aplicação da verba pública por meio do orçamento.

Desta maneira, a falta de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais constitui conduta omissiva de má-fé pelos administradores, a quem se impõem penalidades cíveis, administrativas e criminais.¹⁰³

¹⁰¹ Ver RTJ 185/794-796, rel. Min. Celso de Mello, Pleno.

¹⁰² VAZ, Anderson Rosa, op. cit., p. 45.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 46.

2.2. O Brasil e a celebração de tratados internacionais sobre direitos humanos

Nesse tópico, pretendemos tratar do procedimento para celebração de tratados internacionais, previsto na Constituição de 1988, sendo necessário para tanto, serem feitas algumas considerações sobre os tratados internacionais.

Para Piovesan, os tratados internacionais são acordos realizados entre os Estados, ou entre Estados e organizações internacionais, juridicamente obrigatórios e vinculantes e constituem nos dias de hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Com o processo de positivismo internacional, tornaram-se a maior fonte de obrigação no plano internacional, papel que antes cabia ao costume internacional.¹⁰⁴

Louis Henkin adverte que o termo “tratado” é usado geralmente para identificar os acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, regulados pelo Direito Internacional, não obstante outras denominações sejam usadas para se referir a esses acordos, tais como: Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio ou Acordo Internacional.¹⁰⁵

A Convenção de Viena de 1969 foi elaborada a partir da necessidade de regular os processos de celebração dos tratados, estabelecendo padrões e dando diretrizes, as quais derivavam anteriormente do costume internacional. Contudo, não incluiu em sua definição de tratados os pactos celebrados entre estados e organizações internacionais, ou entre apenas as últimas.

De acordo com o seu artigo 2º, tratado “significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.¹⁰⁶

Ademais, a Convenção estabelece a obrigatoriedade dos tratados entre as partes e a inescusabilidade pelo não cumprimento dos tratados com base em disposições do direito interno, com base na autonomia dos Estados em celebrar tratados e no princípio do *pacta sunt servanda*.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

¹⁰⁵ HENKIN. *apud* PIOVESAN, op. cit., p. 100.

¹⁰⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 2º, 1, a.

A sistemática de celebração dos tratados depende do que dispõe o ordenamento interno de cada Estado. Piovesan descreve o procedimento geral pelo qual são celebrados esses instrumentos:

Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são de competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo.

Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o segundo passo é a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo.

Em sequência, aprovado o tratado pelo Legislativo, há o seu ato de ratificação pelo Poder Executivo. A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é o ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional.¹⁰⁷

Vale salientar, nesse momento, que a aprovação do Poder Legislativo é obrigatória para a posterior ratificação do tratado, contudo a ratificação é ato discricionário do Chefe do Executivo, que pode realizá-la ou não. No Brasil, os tratados são aprovados por meio de Decreto Legislativo publicado no Diário Oficial da União pelo Presidente do Senado. Posteriormente são promulgados por meio de Decreto Presidencial e publicados, para assim entrar em vigor no nosso ordenamento interno.

No Brasil, a Constituição de 1988 trata do nosso processo de celebração de tratados nos artigos 49, I e 84, VIII. Este último determina que é de competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, sujeitos, contudo, ao referendo do Congresso Nacional. O art. 49, I confere competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados e demais acordos internacionais. Não existe, todavia, prazo para aprovação ou para ratificação dos tratados e esse processo pode se tornar incrivelmente lento, pois deixado a cargo da discricionariedade do Executivo e do Legislativo.¹⁰⁸

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 103.

¹⁰⁸ Cita-se o exemplo da própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que foi assinada pelo Brasil em 1969, submetida à apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, aprovada por Decreto Legislativo só em julho de 2009 e finalmente publicada em dezembro do mesmo ano.

2.3 O *status* de norma constitucional das regras provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos e a sua incorporação no ordenamento interno brasileiro

Segundo o Professor Jayme Benvenuto Lima Jr., a nossa Constituição é a que melhor acolhida faz aos direitos humanos, isso tanto quantitativamente quanto qualitativamente.¹⁰⁹ Desde o preâmbulo é instituído o Estado Democrático comprometido com os direitos individuais, sociais, com a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, estabelecendo como valores supremos uma sociedade fraterna, pacífica, pluralista e sem preconceitos.

O valor da dignidade da pessoa humana é retomado no primeiro artigo de seu texto, junto com a soberania, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do respeito ao pluralismo político.

O art. 3º da nossa Lei Maior define os objetivos do Estado brasileiro, enfatizando a sua preocupação com os direitos dos indivíduos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No artigo 4º, onde são encontrados os princípios que regem as relações internacionais do nosso país, percebemos mais uma vez a prevalência dos direitos humanos expressamente colocada no inciso II. Esse artigo tem orientação notadamente internacionalista, na medida em que prevê ainda a autodeterminação dos povos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Mais uma vez e mais abrangentemente, a Constituição traz no artigo 5º uma extensa lista de direitos e garantias fundamentais, a qual é ainda ampliada pelo parágrafo 2º do mesmo artigo, que reza:

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

¹⁰⁹ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto, op. cit. p. 55.

Deste parágrafo, podemos extrair que o Brasil se compromete em incorporar as normas de direitos humanos derivadas de tratados internacionais como se fossem advindas do próprio texto constitucional. Isso é o que entende Mazzuoli:

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.¹¹⁰

Ainda, a interpretação do mesmo autor é no sentido de que se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados não excluem outros derivados de tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é porque ela própria está autorizando que esses últimos se incluam no seu ordenamento interno, passando a ser considerados como se estivessem nela escritos.

Desta maneira, três seriam as vertentes dos direitos humanos protegidos constitucionalmente: direitos e garantias expressos no texto constitucional, direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias e decorrentes dos princípios adotados pela Constituição e direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais nos quais o Brasil é parte.¹¹¹

Duas importantes inovações da Constituição de 1988 foram incluir os direitos e garantias fundamentais no rol das cláusulas pétreas e incorporar junto aos direitos humanos civis e políticos, os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Assim, transformou também esses últimos em elementos integrantes das cláusulas pétreas, proibindo retrocessos no campo das garantias dos direitos humanos.

Ainda no artigo 5º, o §1º estabeleceu o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

A promulgação da Constituição de 1988, como é possível perceber pela observação das diretrizes por ela adotadas, significou a abertura do nosso sistema jurídico para a nova ordem internacional protetiva dos direitos humanos. Essa abertura, entretanto, ocorreu concomitantemente com a cada vez mais intensa ratificação de tratados nessa matéria pelo Brasil. Nosso país, atualmente, já ratificou praticamente todos os tratados significativos em direitos humanos pertencentes ao

¹¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 764.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 765.

sistema global das Nações Unidas e fez o mesmo no que tange o sistema de proteção interamericano.¹¹²

O Brasil, pois, passou a reconhecer no seu sistema de garantias duas fontes normativas: uma advinda do direito interno, mais especificamente do que está disposto, explícita ou implicitamente, no texto da Constituição de 1988; e outra proveniente do direito internacional, dos documentos assinados pela proteção dos direitos humanos.

Quanto à interpretação do jurista diante dessa dualidade de fontes, Mazzuoli nos orienta da seguinte forma:

E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais *favorável* à pessoa protegida (princípio internacional *pro homine*), pois o que se visa é a *otimização e maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais. Poderá, inclusive, o intérprete aplicar *ambas* as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos *tradicionais* de solução de antinomias (o hierárquico, o da especialidade e o cronológico).¹¹³

Para Mazzuoli, a questão mais importante quando se trata da integração e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro é que se obtém pelo estudo conjugado dos §§ 2º e 3º do artigo 5º do nosso Texto Maior. A análise desses dois parágrafos nos permite entender qual é a hierarquia das normas de direitos humanos dos tratados internacionais ratificados pelo nosso país.¹¹⁴

Ademais, para o mencionado publicista, essas normas sempre tiveram o mesmo grau hierárquicos das normas constitucionais. Compartilha desse entendimento, Flávia Piovesan, que leciona:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos

¹¹² *Ibidem*. p. 762.

¹¹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 766.

¹¹⁴ *Ibidem*. 764.

fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.¹¹⁵

Por sua vez, há aqueles como Celso D. de Albuquerque Mello que vão além desse entendimento e defendem o caráter supraconstitucional das normas de direitos humanos justificado pela sua caracterização como normas do *jus cogens* internacional.¹¹⁶

Em sede de jurisprudência, contudo, a matéria nunca foi pacífica. O Supremo Tribunal Federal já chegou a decidir, insatisfatoriamente, pela mesma hierarquia das leis ordinárias (HC 72.131-RJ, de 22.11.1995) e até pelo *status* de norma supralegal (HC 82.424-2/RS).¹¹⁷

A inclusão do § 3º no art. 5º da CRFB/88, pela EC nº 45 de 2004, objetivava sanar essas controvérsias. Seu texto prevê que os tratados e convenções sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais se aprovados em cada um das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, pela maioria qualificada de três quintos.

O processo legislativo descrito nesse dispositivo é idêntico ao previsto no art. 60, I para as emendas constitucionais, diferente do que é previsto para o processo de aprovação dos tratados, que é por maioria simples e por meio de Decreto Legislativo. Ocorre que as fontes e os processos legislativos da aprovação dos tratados e da proposição de emendas são diversos e inconfundíveis, representando uma incongruência do legislador constitucional reformador pátrio, além de caracterizar o desconhecimento do mesmo quanto à incompatibilidade da Emenda com o sistema aberto de proteção aos direitos fundamentais adotado pelo Brasil.

A solução proposta por Mazzuoli foi a de que, pela interpretação conjugada dos §§ 2º e 3º pode-se extrair o seguinte:

a Constituição, no § 3º do art. 5º, não criou nova espécie de emenda constitucional. Apenas *autorizou* o Parlamento a aprovar os tratados de direitos humanos com a *mesma maioria* com que aprova uma Emenda Constitucional, o que não exige que essa aprovação parlamentar tenha forma de emenda. O instrumento aprobatório do tratado de direitos humanos será o *decreto legislativo* usado em todos os demais tratados referendados pelo Parlamento, mas com a diferença de poder esse mesmo *decreto* ser aprovado com a maioria de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação. Aprovado com esta maioria o tratado *ainda não integra* o acervo normativo nacional, dependendo

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 108.

¹¹⁶ MELLO *apud* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. , op. cit., p. 766.

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 767.

de ser *ratificado* pelo Chefe de Estado, quando somente então poderá ter efeitos na órbita do ordenamento jurídico interno (e, mesmo assim, caso esteja em vigor no plano internacional).¹¹⁸

Desta forma, para Mazzuoli não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado, se antes ou depois da EC nº 45, a hierarquia dessas normas é constitucional, independentemente da entrada em vigor do EC nº 45.

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República federativa do Brasil for parte”, pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria *inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional.¹¹⁹

No mesmo sentido, Piovesan:

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente de quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional, aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.¹²⁰

Conclui-se, então, que o processo descrito no § 3º do artigo 5º permite apenas uma constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos que é adicional à constitucionalização material já atribuída pelo texto do § 2º.

Desta forma, adota-se aqui a interpretação da constitucionalidade material das normas derivadas de tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil. Assim, entende-se que o Judiciário e o poder público em geral são responsáveis por implementar as normas de proteção aos direitos humanos provenientes dos tratados

¹¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 777.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 779.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 128.

ratificados e incorporados ao nosso ordenamento interno, conferindo-lhes aplicabilidade imediata, em benefício dos indivíduos.

2.4. A Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951 e Estatuto dos Refugiados (Lei 9.474/97)

A proteção dos direitos dos migrantes e refugiados é um sistema internacional que conta com mecanismos globais, regionais e do direito interno dos Estados, que atuam de maneira complementar e conjunta com o objetivo de dirimir as violações dos direitos dos seres humanos que se encontrem nessa condição. Os mecanismos globais são aqueles de proteção universal, que constitui uma rede maior de participação quantitativa de Estados em defesa do resguardo de tais direitos.

Podemos citar alguns dos instrumentos responsáveis por essa configuração universal: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Estatuto do ACNUR (1950); Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado (1951); Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954); Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961); Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966); Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967); Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial (1967); Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos (1998); e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007).

Na temática dos refugiados destaca-se a Convenção de Genebra de 1951, assinada pelo Brasil, a qual institucionalizou o refúgio, conceituando-o e definindo os direitos das pessoas que buscam proteção fora do seu território nacional.

A Convenção começou a ser elaborada logo após a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 1950, no âmbito das Nações Unidas (ONU) e teve em 1967, editado seu Protocolo Adicional.

Definiu refugiado como o indivíduo que “temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude de temor, não quer valer-se da proteção desse país”.

Segundo Pereira, tanto a Convenção, quanto seu Protocolo Adicional (1967) baseiam-se nos seguintes princípios: princípio da proteção internacional da pessoa

humana, princípios da cooperação e da solidariedade internacionais, princípio da não-devolução, princípio da boa fé, princípio da supremacia do direito de refúgio, princípio da unidade familiar e princípio da não-discriminação.¹²¹

O primeiro princípio, que se refere à proteção integral da pessoa humana, encontra suporte na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial no seu artigo 14 e no próprio preâmbulo da Convenção. Pugna pelo direito de todos os seres humanos a gozarem de direitos humanos e liberdades fundamentais. Em sendo assim, na Convenção refere-se ao direito de todo ser humano a ser protegido quando vítima de perseguição.

Os princípios da cooperação e da solidariedade internacionais complementam o princípio anterior e visam dar solução em perspectiva multilateral e mediante a comunhão de esforços dos Estados, ao problema dos refugiados. É o que se lê do preâmbulo:

Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização da Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional,
Expressando o desejo de que todos os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que esse problema se torne causa de tensão entre os Estados,¹²²

A Convenção também consagrou o princípio da não-devolução (*non refoulement*), previsto em seu artigo 33, segundo o qual nenhum país pode expulsar um refugiado, em nenhum caso, contra a sua vontade para um território onde o mesmo seja perseguido.

O princípio da boa fé manifesta-se no sentido de que todo signatário da Convenção deve cumpri-la, não agindo arbitrária ou unilateralmente no tratamento dos refugiados. Tal princípio encontra lastro na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ao dispor sobre o princípio do *pacta sunt servanda*, pelo qual todos os signatários devem cumprir os dispositivos dos tratados, demonstrando assim a sua boa fé. Outro exemplo da aplicação do princípio da boa fé está no artigo 5, I da Convenção, o qual dispõe sobre a facilitação e o auxílio do trabalho do Alto

¹²¹ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”**. Belo Horizonte, 2009. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraLD_1.pdf>. Acesso em 27/02/2018. p. 67.

¹²² Preâmbulo da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) nos respectivos territórios nacionais.

Em complementação ao princípio da boa fé está o princípio da supremacia do direito de refúgio, o qual vela pelo fato de que a concessão do asilo ou refúgio não pode ser considerado por outro Estado como ato de ofensa ou estremecimento das relações diplomáticas, mas um estrito cumprimento das normas internacionais em um ato de soberania estatal.

Quanto ao princípio da unidade familiar, o mesmo possui abrigo no artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, apesar de não estar previsto na Convenção de 1951, inspirou as tratativas da mesma pois foi resguardado na ata final da Conferência, recomendando aos governos a proteção das famílias sob dois pilares principais: a proteção dos filhos menores e a manutenção da unidade familiar.

Ainda, a prática do ACNUR prevê a hipótese de posterior rompimento da unidade familiar, por divórcio, separação ou morte, garantindo aos dependentes do chefe de família a manutenção da condição de refugiados, seja ele homem ou mulher.

A legislação brasileira (Lei 9.474/97) também adotou esse princípio em seu artigo 2º:

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Por fim, ainda cabe destacar o princípio da não discriminação, positivado no artigo 3º da Convenção da ONU sobre Refugiados. Esse princípio prevê a proteção da pessoa humana sem discriminação quanto à raça, religião ou país de origem, sendo vedado aos Estados contratantes a prática de reconhecer o *status* de refugiado apenas categorias específicas.

O Brasil, que já participava das negociações de paz após a Segunda Guerra Mundial e da criação da ONU, participou do processo de elaboração e aprovação da Convenção de 1951, buscando expandir sua atuação no exterior, alinhado ao bloco Ocidental no período da Guerra Fria.¹²³

¹²³ SALLES, Denise Mercedes Nunez Nascimento Lopes; Gonçalves, Fernanda Cristina Nanci Izidoro. **A atuação do estado brasileiro na proteção dos refugiados: a distância entre a**

A Convenção de 1951, no entanto, trazia duas reservas: uma temporal e outra geográfica. Considerava refugiados apenas aqueles advindos do continente europeu até 1º de janeiro de 1951.

Historicamente, o Brasil já era um receptor de refugiados selecionados da Europa para trabalhar no campo e na nascente indústria brasileira. Durante o processo de elaboração da Convenção, foi favorável à reserva geográfica e fez ressalvas aos artigos 15 e 17, os quais tratavam sobre o direito de associação e profissão assalariada do refugiado.¹²⁴

Para retirar as limitações temporal e geográfica foi estabelecido, em 31 de janeiro de 1967, pela própria ONU, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados com a finalidade de ampliar o alcance da definição de refugiado. Tais limitações foram suprimidas pelo artigo 1º, item II, do referido instrumento, cabendo a cada Estado-parte formular ou não reservas.

O Brasil não somente aderiu à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, como a ratificou, promulgando o Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961.

A adesão pelo Brasil à Convenção não foi absoluta, tendo sido mantidas as reservas geográfica e temporal, bem como limitações dos direitos de associação (art. 15) e de labor remunerado (art. 17).

No entanto, com o advento da Constituição brasileira de 1988, foi incorporado o direito de asilo e a progressiva ratificação de instrumentos internacionais sobre direitos humanos, inclusive sobre refugiados. O artigo 4º do nosso texto constitucional reza que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e da concessão do asilo político.

Em 1997 houve uma grande inovação legislativa no Brasil quanto aos refugiados, com o advento da Lei 9.474/97, a qual trata especificamente do reconhecimento dos refugiados.¹²⁵

Tradicionalmente, a normativa interna dos países do Cone Sul se limitava a estabelecer o órgão encarregado da proteção dos refugiados e a indicar os procedimentos para determinação de sua condição. O Brasil passou a ter uma

legislação e a garantia dos direitos humanos. *In Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*. v.1. n. 2, set-dez/2016, pp 111-132. p. 120.

¹²⁴ *Ibidem*. p. 121.

¹²⁵ *Ibidem*. p. 122.

normativa nacional mais ampla e a contar com políticas públicas para a atenção, proteção e busca de soluções duradouras para os refugiados.

A legislação brasileira é conhecida por ser pioneira e incorporar boas práticas sobre refugiados. Juan Carlos Murillo González destaca as seguintes:

1. A proteção internacional dos refugiados se assume como uma política de Estado,
2. Incorporação de uma definição de refugiado mais ampla,
3. Estabelecimento de um órgão colegiado para a determinação da condição de refugiado,
4. Participação de representantes da sociedade civil dentro do órgão nacional para a determinação da condição de refugiado,
5. Regulação dos direitos e obrigações dos refugiados, incluindo o direito ao trabalho para os solicitantes de refúgio,
6. Assistência administrativa para os refugiados,
7. Busca de soluções duradouras e a participação do Brasil como país emergente de reassentamento.¹²⁶

Tal legislação, além de eliminar as reservas temporal e geográfica, amplia o conceito de refugiados, trazendo para si o elemento “violação massiva de direitos humanos” à definição de refugiado. Esse conceito é advindo da Declaração de Cartagena de 1984, da qual elaboração e aprovação o Brasil não havia participado, mas sobre a qual a lei foi sensível. É o que se lê do seu artigo 1º da lei:

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

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

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

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

Como bem assevera González,

Com efeito, note-se que a legislação brasileira estabelece igualmente que poderão ser reconhecidos como refugiados aqueles que deixam seus países “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos”, o que é consistente com o objeto e finalidade da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, e em particular com a exortação feita pela Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados e dos Apátridas em sua ata final, que assinalou o seguinte: “Expressa-se a esperança de que a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados tenha,

¹²⁶ GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. **A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais**. In Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. p. 54.

además de seu alcance contratual, um valor de exemplo e incitação a todos os Estados a outorgar, na medida do possível, às pessoas que se encontrem em seu território como refugiados e que não estejam protegidas pelas disposições da Convenção, o trato previsto por esta Convenção". Parte-se do reconhecimento que existem outras pessoas em necessidade de proteção internacional como refugiados que poderiam não estar cobertos pela definição de refugiado contida na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. A inclusão por parte do Brasil de uma definição de refugiado mais ampla confirma seu "caráter acentuadamente humanitário".¹²⁷

A lei se coaduna com a Convenção de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967, ao estender a mesma condição de refugiado ao familiares (cônjuge, ascendentes e descendentes, demais membros do grupo familiar que dependam economicamente do mesmo, desde que encontrem-se no território nacional), prevendo assim a reunião familiar. É como diz Nadia Araújo:

Assim, pode-se dizer que no plano interno a regulamentação de origem internacional e cunho universal foi adotada plenamente pelo Brasil, que além disso, recentemente, estabeleceu esses direitos e deveres através de uma lei interna, a Lei n. 9.474/97, que implementou os mecanismos preconizados no Estatuto dos Refugiados.¹²⁸

Além do mais, a lei prevê aos refugiados no país os mesmos direitos dos estrangeiros residentes, a saber direitos civis e sociais, conforme previsto na Constituição Federal no que tange à igualdade entre nacionais e estrangeiros residentes no país.

Lei 9.474/97

Art. 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

Regulamenta a entrada no território nacional e o pedido de refúgio, cria o Comitê Nacional dos Refugiados (CONARE), órgão de deliberação coletiva no âmbito do Ministério da Justiça, o qual tem competência para:

- I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;
- II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;
- III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;
- IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;
- V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.¹²⁹

¹²⁷ *Ibidem*. p. 54.

¹²⁸ ARAÚJO, Nadia de. **A internalização dos tratados internacionais do Direito brasileiro**. In ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (coords.) O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 67.

¹²⁹ Art. 12 da Lei 9.474/97.

Cabe destacar que o CONARE é composto por representantes dos Ministérios da Justiça, Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde e da Educação, além de ter representante do Departamento de Polícia Federal e de organização não governamental que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no país. Para González, esse fato corrobora para duas boas práticas adicionais: primeiramente, contribui de maneira significativa para a formulação de verdadeiras políticas públicas articuladas, não só pelas instâncias estatais, mas também com a participação do ACNUR e de outras organizações não governamentais, conferindo, em segundo lugar, mais transparência e credibilidade ao processo de determinação da condição de refugiado, devido à participação dos atores não estatais, capazes de negociar e promover o interesse de outras dependências governamentais.¹³⁰

Descreve a lei o processo de refúgio, trata da autorização de residência provisória, dos recursos cabíveis quanto à decisão que declara a situação de refúgio, dos efeitos do Estatuto dos Refugiados sobre a extradição e a expulsão, da cessação e da perda da condição de refugiado, dos recursos nesses casos e das soluções duráveis, a saber a repatriação, integração local e do reassentamento.

No âmbito das soluções duráveis, prevê repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento. A respeito desta última solução, o Brasil e o Chile se tornaram os primeiros países emergentes da América Latina de reassentamento. O Brasil foi o primeiro a prever o reassentamento em sua normativa interna.¹³¹

Outro aspecto importante da Lei 9.474/97 diz respeito ao estabelecimento de direitos e obrigações dos refugiados, em especial o direito ao trabalho para os solicitantes de refúgio.¹³²

O refugiado também tem direito à carteira de trabalho. É importante frisar que a carteira de trabalho outorga ao refugiado o direito de exercer qualquer atividade remunerada no Brasil. O refugiado, todavia, também conta com direito à atividade autônoma. Também pode ter acesso a programas sociais do governo do país de acolhida. Pode abrir conta em banco, inscrever-se na previdência social, exercer função empresarial ou função assalariada. No que diz respeito àquelas profissões regulamentadas, no caso de médicos, advogados, contadores, psicólogos, esses refugiados terão de se inscrever nos respectivos órgãos regulamentadores do exercício da profissão. Essa inscrição deverá observar os critérios comuns aos brasileiros, com os

¹³⁰ GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo, op. cit., p. 56.

¹³¹ *Ibidem.* p. 57

¹³² “Art. 6º O refugiado terá direito, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem.”

mesmos requisitos. Não há óbice em se outorgar licenças provisórias para o exercício da profissão, já que o documento de identidade dos refugiados possui validade inicial de dois anos prorrogáveis enquanto perdurarem os fatos que motivaram o reconhecimento do refúgio.¹³³

Esse aspecto é essencial, pois o processo de reconhecimento da condição de refugiado pode demorar meses ou até anos, não precisando o solicitante aguardar esse período contando apenas com o financiamento do ACNUR e de seus parceiros.

Também, há previsão legal no sentido de auxiliar os refugiados a obter de seus países de origem documentos (assistência administrativa) como diplomas, certificados, certidões de casamento e nascimento, o que facilita a sua integração local nas comunidades que os acolhem. Nesse sentido, o exemplo da normativa brasileira tem influenciado a legislação de outros países da região, como Peru e Nicarágua.¹³⁴

Por tudo isso, é possível verificar que o Brasil assumiu a liderança regional em matéria de proteção humanitária aos refugiados, trazendo para a legislação interna os dispositivos mais avançados de proteção e promovendo o transbordamento desses avanços para a região.

Com efeito, na reunião sub-regional preparatória do processo de comemoração do 20º Aniversário da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984, realizada em Brasília nos dias 26-27 de agosto de 2004, o Brasil indicou aos países participantes que a proteção dos refugiados mais que uma responsabilidade compartilhada corresponde a um dever de solidariedade regional, pois todos os países do Cone Sul em distintos momentos de sua história foram países de origem de refugiados e em consequência, havia chegado o momento de abrir as portas a outros refugiados da região que necessitavam do reassentamento como uma solução duradoura. Esta iniciativa pioneira em matéria de reassentamento foi posteriormente estendida pelo Brasil e Chile a refugiados de outras regiões. Com este exemplo novamente o Brasil tomou a vanguarda regional em matéria de proteção de refugiados e estendeu de maneira generosa e solidária o programa de reassentamento também a 108 refugiados palestinos.

Ademais, o espírito da Lei brasileira sobre refugiados inspirou outras iniciativas importantes, como a instalação, em São Paulo e no Rio de Janeiro, dos Comitês Estaduais para Refugiados, e o Comitê Municipal para Refugiados de São Paulo. Trata-se de outras conquistas e de outros novos passos para a promoção de políticas públicas de cuidado e atenção aos refugiados no Brasil.¹³⁵

¹³³ BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Breves comentários à Lei Brasileira do Refúgio**. In Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. p. 54.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 55.

¹³⁵ *Ibidem*. p. 58.

Por fim, a lei estabelece que os preceitos da lei devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo Adicional sobre Estatuto dos Refugiados de 1967 e dispositivos pertinentes de instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos com os quais o governo brasileiro estiver comprometido, adequando-se perfeitamente à legislação internacional sobre o tema.

A lei brasileira é exemplo regional de modernidade e de boas práticas para proteção internacional dos refugiados e apresenta um modelo valorizado e reconhecido pela ONU, pelo ACNUR e pela comunidade internacional. Representa a vontade inequívoca do Brasil em oferecer proteção internacional aos refugiados, contribuindo para o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos refugiados na região.¹³⁶

¹³⁶ *Ibidem.* p. 58.

3. A questão dos refugiados e a política externa brasileira

3.1. Breve evolução histórica da temática dos refugiados até a contemporaneidade

Segundo Jubilut¹³⁷, a concessão de proteção a pessoas perseguidas por questão de raça, religião, opiniões políticas, nacionalidade ou grupo social pode ser verificada ao longo de toda a história da humanidade, sendo baseada no sentimento de altruísmo e manifestada de diferentes formas. A prática é tão antiga que pode ser compreendida como um costume internacional, posto que exercida pelas civilizações desde a Antiguidade até os dias de hoje.

Contudo, mais recentemente na história da humanidade, houve a necessidade de positivizar tal prática para que a mesma seja capaz de vincular os Estados que se submeterem aos ditames internacionais e torná-la um instituto jurídico mais eficaz na proteção dos direitos humanos.¹³⁸

A concepção atual de refúgio surgiu após a Primeira Guerra Mundial, por meio de solicitação da Cruz Vermelha à Liga das Nações e face à necessidade de instituir modelo jurídico para solução dos diversos deslocamentos causados pela guerra, especialmente as desnaturalizações advindas da remarcação de territórios após o conflito.

Ocorreu que os tratados de paz aglutinaram vários povos num só Estado, outorgaram a alguns o *status* de “povos estatais”, lhes conferindo governo, e excluindo os outros povos da cidadania e da naturalidade (como os eslovacos na Tchecoslováquia ou os croatas e eslovenos na Iugoslávia), restando a essas pessoas, compactadas ou excluídas, a necessidade de migrar.

Como exemplos dos casos de desnaturalização, citamos o caso da Rússia, contra aqueles que discordaram do regime comunista que passou a vigorar no pós-guerra e da França, para aqueles que possuíam como nacionalidade originária um país inimigo e da Bélgica, que revogou a naturalização daqueles que haviam cometido atos antinacionais durante a guerra.

Em 1921 a Liga das Nações, juntamente com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, criou a primeira organização oficial para a proteção de refugiados, o Alto

¹³⁷ JUBILUT, Lílana Lyra. **O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p.34.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 35

Comissariado para Refugiados Russos (1921-1930), com o objetivo de socorrer os quase 2 milhões de russos que foram obrigados a deixar o país após a Revolução Russa.¹³⁹ Suas atribuições eram basicamente três: definição da situação jurídica dos refugiados, organização da repatriação ou reassentamento, realização de tarefas de socorro e assistência.

A consolidação do instituto do refúgio ocorreu em prol dos russos expulsos do seu território, através do Alto Comissariado para Refugiados Russos, sob a égide do Delegado de Governo da Noruega na Liga das Nações, Fridtojf Nansen.

A maior contribuição de Nansen foi a criação do Certificado de Identidade para Refugiados Russos, que resolveu o problema daqueles que não podiam retornar aos seus lares, nem se assentar voluntariamente em outro país da Europa, tampouco buscar destinos ultramarinos.

A identificação destes e a emissão de "passaportes Nansen" possibilitou viagens sob o território dos países que participaram da ratificação.

O acordo para expedição deste documento teve apoio do Alto Comissariado para Refugiados Russos e de 52 países ratificantes, o que permitiu fornecer status jurídico de refugiado a este grupo étnico.

O acordo não conceituou o que seriam refugiados russos, porém foi o primeiro passo para permitir aos refugiados terem acesso a direitos fundamentais. Após convencer países a aderir ao "passaporte Nansen" a situação fora resolvida momentaneamente.

Em 1924 o Alto Comissariado ampliou-se para proteger, além dos russos, os armênios, vítimas do genocídio do Século XX. O plano relativo à expedição dos certificados de identidade para refugiados armênios foi ratificado por 35 nações. Russos e Armênios passaram a ser reconhecidos como Refugiados Nansen.

A necessidade de conceituar quem seriam refugiados russos e armênios para melhor identificar os que estavam em situação de refúgio levou a Liga das Nações, em 1926, a elaborar um acordo. Este acordo, assim como o anterior, possibilitou a locomoção dos armênios, mas não serviu para conceituar o instituto do refúgio.

Assim, passou a ser compreendido como refugiado qualquer pessoa de origem russa ou armênia que nunca tivesse gozado ou tivesse perdido a proteção de seus governos e não tivesse adquirido outra nacionalidade.

¹³⁹ *Ibidem.* p. 74.

Em 1928, o protocolo relativo ao *status* legal de russos e armênios instituiu pela primeira vez, no direito internacional, o princípio do *non-refoulement*.

Para Fischel de Andrade, trata-se do “embrião do princípio de *non-refoulement*”, pois recomendava que a expulsão fosse suspensa ou não realizada caso o refugiado não reunisse condições legais para adentrar no país para onde se daria a condução.¹⁴⁰

Os avanços no direito dos refugiados do pós-guerra foram de extrema importância, porém os 10 anos que sucederam a morte de Nansen, em 1930, estiveram acompanhados de pouca ou nenhuma evolução. A responsabilidade de proteger os refugiados ficou sob a égide do Secretariado da Liga das Nações e as demais assistências couberam ao Escritório Nansen.

Dando continuidade à proteção, o Escritório Nansen elaborou a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados de 1933. A convenção foi a mais ampla tentativa de definir as responsabilidades dos Estados em relação aos refugiados. Ela surgiu a partir de quatro acordos multilaterais da Liga que foram adotados entre 1922 e 1928 em resposta a problemas de refugiados causados pela Primeira Guerra Mundial e por vários conflitos que surgiram na sequência.

Como afirma Jubilut,

O Escritório Nansen teve como maior mérito a elaboração de um instrumento jurídico internacional sobre os refugiados, a *Convenção de 1933*. Apesar de ter um conteúdo limitado, essa Convenção possibilitou o início da positivação do Direito Internacional dos Refugiados, trazendo, inclusive, um dispositivo acerca do princípio do *non-refoulement* (que consiste na proibição da devolução do solicitante de refúgio e/ou do refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo), de vital importância para os refugiados. É ela até mesmo apontada, por alguns estudiosos do tema, como marco legal inicial desta vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹⁴¹

A Convenção de 1933 sobre o Estatuto Internacional dos Refugiados foi o primeiro documento de lei internacional a afirmar o princípio central da *não repulsão*, que protegia os refugiados da repatriação forçada em casos em que suas vidas pudessem estar em perigo. Houve, inclusive, disposições sobre o direito à educação, ao trabalho e a viagens. Entretanto, o benefício ainda estendia-se apenas

¹⁴⁰ FISCHEL DE ANDRADE, José Henrique. **A política de proteção ao refugiados da Organização das Nações Unidas: sua gênese no período pós-Guerra (1946-1952)**. Brasília: UNB, 2006. p. 54.

¹⁴¹ JUBILUT, Liliansa Lyra, op. cit., p.76.

a russos e armênios. Tinha o propósito de ampliar as práticas de repatriação e conceder direitos aos refugiados nos países de acolhida.

Ressalte-se que o conceito de refugiado ainda era restrito aos grupos, especificamente de russos e armênios.

Na mesma época houve a ascensão do nacional-socialismo na Alemanha, que provocou a criação de mais um grupo de perseguidos, a saber, os judeus alemães. A Liga das Nações (que ainda tinha a Alemanha como membro) achou por bem criar um mecanismo fora do Escritório Nansen para Refugiados. Foi criado então, em 1936 o Alto Comissariado para Refugiados Judeus provenientes da Alemanha, o qual teve alargada posteriormente, pelo Protocolo de 1939, sua competência para atender aos judeus provenientes da Áustria nazista.

Com a proximidade do encerramento das atividades do Escritório Nansen e do Alto Comissariado para os Refugiados Judeus, houve a criação em 1938 do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, evento que inaugurou uma nova fase no Direito Internacional dos Refugiados. O órgão passou a qualificar refugiados não apenas por critérios coletivos (grupos étnicos, políticos, religiosos), mas por critérios individuais, ou seja, na história e nas características de cada indivíduo e na perseguição sofrida por ele e não apenas em reconhecimentos coletivos.

Mantiveram-se, contudo, os fundamentos da concessão do refúgio, a saber os critérios da origem, nacionalidade ou etnia. Para a qualificação como refugiado, não bastava o pertencimento a determinada nacionalidade ou etnia, mas era preciso demonstrar o fato de ser a pessoa individualmente perseguida em função desse pertencimento. Também, foram diferenciados refugiados daqueles que migravam por escolha.

Ainda em 1938 foi criado o Comitê Intergovernamental para os Refugiados, sob a influência dos Estados Unidos, órgão complementar ao Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados. Tal órgão promoveu a Conferência de Evian, na qual se fez pela primeira vez menção às causas da fuga dos refugiados e condicionou a concessão de refúgio a uma delas.

O Comitê Intergovernamental para os Refugiados permaneceu até depois do fim do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados e do fracasso da Liga das Nações em impedir a II Grande Guerra, a saber até 1947, quando extinto no âmbito da ONU, para a criação da Comissão Preparatória da Organização Internacional para Refugiados.

Durante a Segunda Guerra Mundial, a situação dos judeus alemães e dos migrados políticos agravou-se, pois esses grupos foram desnaturalizados pelo governo nazista de Adolf Hitler. A proteção a estes grupos se fez necessária. Nesse esteio, atuou o Alto Comissariado para Refugiados da Alemanha, que defendia a não devolução dos refugiados à fronteira do Reich.

A grande movimentação de pessoas na Europa, no final da Segunda Guerra Mundial, preocupou os países. Assim, acordou-se pela criação da Administração das Nações Unidas para Auxílio e Restabelecimento. Diferentemente das convenções anteriores, este acordo foi aderido por 44 Estados, possuindo uma maior aceitação.

O intuito era de assistir e repatriar os refugiados que ainda se encontravam em deslocamento. Esta organização, embora temporária, foi pioneira em políticas de repatriação, possuía uma competência ampla e assistia não apenas aos refugiados. O auxílio foi mais abrangente.

A concepção individualista do status de refugiado baseou-se em uma preocupação humanitária de modo generalizado. Tinha a função de proteger e assistir seletivamente as pessoas cujos direitos tivessem sido violados. Sendo assim, surgiu a necessidade de criar um organismo para melhor auxiliar os refugiados que se encontravam espalhados pela Europa. Em 1945 existiam cerca de 11 milhões de deslocados pela Europa, situação parcialmente controlada através do Acordo de Criação da Administração das Nações Unidas para o Controle e Reconstrução, o qual repatriou cerca de oito milhões de pessoas. Entretanto, outros milhões ainda não tinham onde viver.

O resultado das atrocidades do holocausto ensejou uma preocupação com a dignidade humana, marcando uma nova concepção de direitos humanos.

Em resposta, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada em 1945, sob o fundamento de assegurar a paz e a segurança mundial, além de promover a cooperação internacional para o respeito aos direitos humanos.

Desde a criação da ONU é possível verificar a preocupação do organismo internacional com a temática dos refugiados.¹⁴² Duas resoluções foram emitidas pela organização em 1948. A primeira apontava as bases da atuação da ONU na problemática dos refugiados, elencando quatro fundamentos próprios: o caráter internacional do tema, necessidade da criação de um órgão internacional para cuidar

¹⁴² JUBILUT, Liliansa Lyra, op. cit., p. 78.

da proteção dos refugiados, a impossibilidade de devolução do refugiado para situações de risco e o auxílio aos refugiados até que seja possível o retorno aos países de origem. A segunda resolução iniciou os preparativos para a criação da Organização Internacional para Refugiados (OIR).

Em 1947, ainda quando o mundo se encontrava perplexo pelos horrores do Nazismo, a ONU criou a Comissão Preparatória da Organização Internacional para Refugiados. Em 1948 a Organização Internacional para Refugiados iniciou seus trabalhos. Suas atribuições, qual sejam identificação, registro e classificação dos refugiados, auxílio, assistência, repatriação, proteção jurídica e política, transporte, reassentamento e reestabelecimento de refugiados, foram facilitadas pelo bom trabalho de sua Comissão Preparatória.

A OIR em seu tratado constitutivo criou uma nova definição de refugiados, que assim deveria ser considerada:

1.[...] toda pessoa que partiu, ou que esteja fora, de seu país de nacionalidade, ou no qual tinha sua residência habitual, ou a quem, tenha ou não retido sua nacionalidade, pertença a uma das seguintes categorias:

(a) vítimas dos regimes nazista ou fascista ou de regimes que tomaram parte ao lado destes na Segunda Guerra Mundial, ou de regimes traidores ou similares que os auxiliaram contra as Nações Unidas, tenham, ou não, gozado do status internacional de refugiado;

(b) republicanos espanhóis e outras vítimas do regime falangista na Espanha tenham, ou não, gozado do status internacional de refugiado;

(c) pessoas que foram consideradas refugiadas, antes do início da Segunda Guerra Mundial, por razões de raça, religião, nacionalidade ou opinião política.

2. [...] estiverem fora de seu país de nacionalidade, ou de residência habitual, e que, como resultado de eventos subsequentes ao início da Segunda Guerra Mundial, estejam incapazes ou indesejadas de se beneficiarem da proteção do governo do seu país de nacionalidade ou nacionalidade pretérita.

3. [...] tendo residido na Alemanha ou na Áustria, e sendo de origem judia ou estrangeiros ou apátridas, foram vítimas da perseguição nazista e detidos, ou foram obrigados a fugir, e foram subsequentemente retornados a um daqueles países como resultado da ação inimiga, ou de circunstâncias de guerra, e ainda não foram definitivamente neles assentados.

4. [...] sejam órfãos de guerra ou cujos parentes desapareceram, e que estejam fora de seus países de nacionalidade.

Pela primeira vez na história do Direito Internacional dos refugiados, o tratado constitutivo da OIR colocou sob sua proteção não apenas os refugiados, mas também os deslocados internos.

A OIR foi encerrada em 1952 e substituída pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que até hoje desempenha atividades

humanitárias e tem competência para lidar, internacionalmente, com a questão dos refugiados.

As atividades do ACNUR iniciaram com o objetivo de criar uma proteção jurídica internacional aos refugiados. Em virtude disso, foi idealizada a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

A Convenção de Genebra é considerada o pilar do Direito Internacional dos Refugiados e uma representação da vontade global de resolver os problemas dos deslocamentos forçados.

Consta em seu texto a definição de refugiado, o tratamento destinado ao mesmo, bem como os ideais norteadores do Direito Internacional dos Refugiados.

Em sua estrutura preambular, a Convenção trouxe a preocupação da ONU em assegurar os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos refugiados, a necessidade de ampliar os instrumentos de proteção, a importância da cooperação internacional para concessão de refúgio (uma vez que gera encargos aos Estados), o reconhecimento de que o problema do refugiado é de caráter humanitário e social e o reconhecimento do ACNUR como o zelador da causa.

O artigo 1º, A, § 2º, da Convenção de Genebra trouxe o conceito de refugiado:

Art. 1º - Definição do termo "refugiado" A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa: 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Foram quatro os elementos definidores da condição de refugiado previstos na Convenção: estar fora do país de origem, falta de vontade ou incapacidade do Estado de origem de proporcionar proteção ou de facilitar o retorno, incapacidade ou falta de vontade de voltar fundada em um temor de perseguição que provoca o deslocamento e a perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade ou pertencimento a determinado grupo social ou político.

Deste modo, a Convenção estabeleceu o Estatuto Pessoal do Refugiado, os padrões de tratamento e instituiu direitos básicos, entre eles: emprego remunerado,

assistência social, documentos de identidade e passaporte, bem como a possibilidade de transferir seus bens para o local de assentamento. Além disso, regulou o direito à naturalização e à assimilação, ao acesso à justiça, à educação, à seguridade social, à habitação e à livre circulação.

A Convenção de 1951 garantiu boa parte dos direitos aos refugiados, todavia possuía uma limitação temporal e outra geográfica: previa a proteção apenas dos refugiados em decorrência de eventos ocorridos até 1º de janeiro de 1951 e a concessão de refúgio somente aos deslocados no continente europeu.

Na Declaração da Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948), foi positivado o instituto do asilo (em sentido amplo), o qual assegurava a qualquer pessoa perseguida, independente do pertencimento a determinado grupo social, o direito de buscar proteção em outro Estado e funcionando como base jurídica para as modalidades de proteção existentes¹⁴³:

Artigo XIV 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

Segundo Pereira¹⁴⁴, tal definição de asilo contempla tanto as hipóteses de asilo diplomático e territorial, quanto a de refúgio *stricto sensu*. Devendo, como afirma Jubilut¹⁴⁵, ser juridicamente compreendido como gênero do qual emanam os demais institutos.

Em 1967 foi elaborado o Protocolo Adicional sobre o Estatuto dos Refugiados, o qual removeu as barreiras temporal e geográfica. A exclusão das limitações foi importante para amplificação do direito ao refúgio, pois qualquer indivíduo que se enquadre nas situações previstas no protocolo deveria ser considerado refugiado.

O Protocolo de 1967, apesar de estar ligado a Convenção de 1951, é um instrumento jurídico independente, com caráter próprio. A maioria dos Estados ratificaram ambos, o que reforça o caráter universal desses textos.

Também, a Declaração da ONU sobre Direito de Asilo de 1967 contribuiu para consagração de inúmeros princípios concernentes ao direito de asilo, incluindo

¹⁴³ *Ibidem*. p. 36

¹⁴⁴ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”**. Belo Horizonte, 2009. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraLD_1.pdf>. Acesso em 27/02/2018. p. 58.

¹⁴⁵ JUBILUT, Líliliana Lyra, op. cit., p. 37.

o princípio da não devolução e o princípio de que a concessão do asilo não pode ser vista como ato ofensivo ou de inimizade por outro Estado.

A Declaração de Viena de 1993 também reforça o direito de asilo (como sinônimo de refúgio), tratando os indivíduos perseguidos, a condição de refugiados:

A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma que qualquer pessoa, sem distinção, tem o direito de procurar e obter, noutros países, asilo contra as perseguições de que seja alvo, bem como de regressar ao seu país. Neste aspecto, realça a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967, e de instrumentos regionais. Expressa o seu apreço aos Estados que continuam a aceitar e a acolher um elevado número de refugiados nos seus territórios, e ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados pela sua dedicação a tal missão. Expressa, igualmente, o seu apreço ao Organismo das Nações Unidas de Assistência e Trabalho para os Refugiados Palestinos no Próximo Oriente.

A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reconhece que as violações graves dos Direitos do Homem, incluindo em conflitos armados, se encontram entre os múltiplos e complexos fatores que conduzem à movimentação dos povos.

A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reconhece que, face às complexidades da crise global dos refugiados e em conformidade com a Carta das Nações Unidas, considerando os instrumentos internacionais relevantes e a solidariedade internacional e num espírito de partilha de responsabilidades, se torna necessária uma abordagem global pela comunidade internacional, em coordenação e cooperação com os países interessados e as organizações relevantes, tendo presente o mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. O que deverá incluir o desenvolvimento de estratégias para abordar as causas remotas e os efeitos das movimentações dos refugiados e de outras pessoas desalojadas, o fortalecimento de mecanismos de preparação e resposta em caso de emergência, a disponibilização de proteção e assistência efetivas, tendo presente as necessidades especiais das mulheres e das crianças, bem como a obtenção de soluções duradouras, começando pela solução preferível do repatriamento voluntário dignificante e seguro, incluindo as soluções adoptadas pelas conferências internacionais sobre refugiados. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem sublinha as responsabilidades dos Estados, particularmente as relacionadas com os países de origem.

Atualmente, o ACNUR é o organismo internacional que atua junto aos governos estatais para proteção dos refugiados e a busca por soluções definitivas para as situações de refúgio. Ainda, apesar de ter mandato somente para tratar das questões relativas aos refugiados, o ACNUR, hoje, trabalha com apátridas e deslocados internos.

Estima-se que em mais de cinquenta anos de existência e trabalho o ACNUR já cuidou de um número estimado de 70 milhões de pessoas, em 130 países, contando com um número aproximado de 10.966 funcionários em todo mundo, sendo que mais de 80% destes trabalha em campo, ou

seja com ações de assistência e auxílio aos refugiados. Nos dias de hoje, encontram-se sob a proteção do ACNUR 88,8 milhões de pessoas, incluindo refugiados e deslocados internos. Não estão inclusos neste número os 5,3 milhões de refugiados palestinos sob o mandato da Agência das Nações Unidas para Refugiados Palestinos no Oriente Médio (ANURPOM).¹⁴⁶

Vivemos uma crise com relação ao alto número de refugiados que solicitam permanência principalmente na Europa e muitas vezes no Brasil. Para compreender melhor como é reconhecido o status de refugiado, devemos analisar o conceito e os elementos do instituto jurídico do refúgio. É o que faremos a seguir.

3.2. Conceito e elementos do refúgio e diferenciação entre asilo e refúgio

A definição atual do instituto jurídico do refúgio encontra-se no artigo 1º da própria Convenção a Respeito do Estatuto dos Refugiados de 1951:

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Em princípio, cabe ressaltar que o refúgio é um instituto jurídico e não um estatuto. A confusão dos termos deriva da livre tradução da denominação “Convention on the Status of Refugees”. A palavra “Status” não se refere a estatuto, mas a uma qualificação especial a indivíduos. Logo, temos um instituto jurídico regulado por estatutos como as convenções internacionais sobre refúgio e a legislação interna dos Estados a respeito do tema.

Muitas vezes, por impropriedade das traduções, tende-se a confundir os institutos jurídicos asilo e refúgio.

O direito de asilo previsto nas Convenções Internacionais vigentes, na maioria das vezes, é tratado como instituto do asilo em sentido amplo. Abarca as espécies asilo e refúgio. É o que se pode inferir da leitura do artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

¹⁴⁶ ACNUR. Disponível em <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>> Acesso em 5 de abril de 2018.

1.Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar-se de asilo em outros países.

Alguns autores, como Jubilut¹⁴⁷, não diferenciam refúgio e asilo, afirmando inclusive que o asilo seria o gênero do qual se abstrai as espécies refúgio e asilo político. Para essa corrente, a diferenciação entre asilo e refúgio é irrelevante, porque ambos são mecanismos de proteção humanitária contra a perseguição de um Estado.

Para Mazzuoli,¹⁴⁸ refúgio e asilo tratam-se de institutos distintos.

Asilo, na visão do autor, tem como motivação a prática de crimes políticos ou de natureza ideológica, daí ser chamado de asilo político.

O asilo político é o recebimento de estrangeiro seja no território nacional (asilo territorial), seja fora dele (asilo extraterritorial ou diplomático), no próprio país onde o estrangeiro encontra-se perseguido, mas em local imune à jurisdição do Estado perseguidor. Tem o objetivo de não somente proteger a pessoa que supostamente cometeu crime político ou ideológico, mas contribuir para a paz social de onde vem o asilado. É instituto humanitário e não sujeito à reciprocidade.

Ainda, para o autor, o asilo diplomático é modalidade provisória e precária de asilo político, nascido do costume sulamericano no século XIX. Três acordos já foram assinados sobre o tema: Convenção de Havana de 1928, de Montevideu de 1933 e de Caracas em 1954.

Já sobre o asilo territorial, há a Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954, o que demonstra que as duas modalidades de asilo político têm regulamentação própria.

A concessão do asilo político é individual e discricionária, não estando obrigados os Estados a concederem o benefício, salvo se a sua legislação interna os obrigar.

É o caso do Brasil, que, de acordo com a Constituição de 1988, pauta suas relações internacionais na concessão de asilo político:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
II - prevalência dos direitos humanos;

¹⁴⁷ JUBILUT, Liliana Lyra, op. cit., p. 37

¹⁴⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 684.

X - concessão de asilo político.

Já o refúgio, tem origem histórica diferente e campo de regulamentação distintos. Enquanto o asilo é regulado por tratados internacionais ou convenções específicas na América Latina, as normas sobre o refúgio são elaboradas pela Organização das Nações Unidas, especificamente pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), tendo caráter universal.

É como também assevera Piovesan:

O refúgio é um instituto jurídico internacional, tendo alcance universal e o asilo é um instituto jurídico regional, tendo alcance na região da América Latina. O refúgio, como já examinado, é medida essencialmente humanitária, enquanto o asilo é medida essencialmente política. O refúgio abarca motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas, enquanto o asilo abarca apenas crimes de natureza política. Para o refúgio basta o fundado temor de perseguição, enquanto para o asilo há a necessidade da efetiva perseguição.¹⁴⁹

A atribuição do *status* de refugiado está condicionada à subsunção das situações concretas às normas da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e no seu Protocolo Adicional de 1967. Preenchendo-se os requisitos da Convenção, o Estado está obrigado a reconhecer o refúgio.

Para o Direito Internacional dos Refugiados, são elementos essenciais de refúgio à perseguição, o bem fundado temor (ou justo temor) e a extraterritorialidade.

A perseguição, apesar de ser elemento da definição de refúgio, não foi definida nas normas internacionais sobre a matéria. Esse fato, para Jubilut¹⁵⁰, pode servir de catalizador de problemas para aplicar o instituto.

O ACNUR possui um Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar a Condição de Refugiado, o qual prevê como perseguição qualquer ameaça à vida ou à liberdade, devendo ser aferida tanto por critérios objetivos, como por critérios subjetivos.

James Hathaway¹⁵¹ criou uma metodologia para aferir se o elemento perseguição está presente. Para ele, os documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos, contêm direitos inderrogáveis como o direito de

¹⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 57-58.

¹⁵⁰ JUBILUT, Liliana Lyra, op. cit., p. 45.

¹⁵¹ HATHAWAY, James. **The Rights of Refugees under International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p.79.

não ser submetido à tortura ou à escravidão, direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, garantia de não sofrer prisão arbitrária, o direito à intimidade, o direito de votar, o acesso a empregos públicos e de formar associações trabalhistas, entre outros. Ao ter violado tais direitos, o autor afirma que a pessoa está sofrendo perseguição.

Esses documentos consagram direitos cuja efetivação varia de Estado para Estado, com base nos recursos disponíveis para sua implementação. A perseguição ocorre quando o Estado, tendo recursos disponíveis, deixa de efetuar a garantia dos direitos fundamentais.

Para Jubilut:

Desse modo, pode-se dizer que há perseguição quando houver uma falha sistemática e duradoura na proteção de direitos do núcleo duro de direitos humanos, violação de direitos essenciais sem ameaça à vida do Estado, e a falta de realização de direitos programáticos havendo recursos disponíveis para tal.¹⁵²

Ainda sobre a perseguição, há outro problema no tocante ao reconhecimento da condição de refugiado: a interpretação de qual(is) entidade(s) poderia(m) cometer as violações. Alguns Estados admitem como perseguição apenas os casos em que a violação vem de outro Estado nacional. Para Jubilut,¹⁵³ tal interpretação não deve ser restritiva, em prol da proteção integral dos refugiados, devendo incluir os casos de guerra civil e guerrilha, por exemplo.

Da mesma opinião compartilha Pereira:

Quanto ao agente perseguidor, apesar do silêncio da CRER, este é compreendido como sendo, majoritariamente, o Estado. Contudo, tal interpretação limita a aplicação prática da Convenção a casos concretos e, desse modo, dificulta ou não permite a atribuição de proteção àqueles que necessitam de refúgio, vez que, na atualidade, agentes outros que não somente o Estado igualmente executam ações de cunho persecutório. Os chamados *non-state actors*, tais quais milícias, populares, movimentos beligerantes, grupos guerrilheiros e grupos étnicos rivais, por exemplo, se enquadram nessa perspectiva ampliada²⁷⁶ do agente perseguidor. Além disso, e apesar da interpretação restrita da figura do agente persecutório ainda ser adotada por diversos Estados²⁷⁷, tal entendimento vai contra os artigos 31, 32 e 33 da CVDT de 1969. Estes dispositivos claramente positivam que, no tocante ao modo de interpretação dos tratados, é válido, para a busca do sentido exato de um termo utilizado em seu texto, recorrer ao conteúdo de seu Preâmbulo. No caso específico da CRER de 1951, seu

¹⁵² JUBILUT, Liliانا Lyra, op. cit., p. 46.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 46.

Preâmbulo é o mais amplo possível, pugnando por uma interpretação humanista e expansiva da proteção aos refugiados.¹⁵⁴

O segundo elemento é o fundado temor de que a perseguição ocorra. Esse temor é analisado por critérios objetivos, sendo que mais atualmente verifica-se a condição individual do refugiado (não mais apenas pelos critérios de pertencimento a determinado grupo, raça, participante de religião, opinião política e nacionalidade).

O temor subjetivo é presumido, já que o sentimento individual sobre as circunstâncias não pode ser evidenciado em todos os casos. O temor objetivo foi a via eleita para a caracterização da situação de refúgio. Por este critério, verifica-se as condições objetivas do Estado de onde provém o refugiado e, por meio de entrevistas ao refugiado, a existência de risco, de fundado temor.

Por fim, há o critério da extraterritorialidade. Esse elemento deriva do princípio da não-intervenção estatal. Significa que um Estado só pode reconhecer a condição de refugiado se o mesmo encontrar-se dentro de suas fronteiras. Esse critério diferencia os deslocados internos dos refugiados.

Atualmente, diante do fechamento das fronteiras para refugiados, vem sendo verificada a possibilidade de diminuir a relevância desse elemento, pois sua exigência pode mitigar a proteção garantida pelo direito de refúgio

Uma vez comprovada a presença dos três critérios, o Estado é obrigado a fornecer a qualidade de refugiado ao solicitante, por meio de decisão meramente declaratória.

3.3. Limites à concessão e aplicação do Instituto jurídico do refúgio

Nos termos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, o reconhecimento do status de refugiado não é um direito ilimitado e atemporal.¹⁵⁵ Os solicitantes de refúgio, além de demonstrarem ser possuidores da qualidade de refugiados, devem comprovar a permanente necessidade de proteção, afastando as cláusulas de exclusão (vedação à concessão), de cessação, perda do seu *status* e de expulsão.

Com relação às cláusulas de exclusão, normalmente serão verificadas durante o processo de determinação do *status* de refugiado, porém poderá ocorrer que tais cláusulas de exclusão somente sejam verificadas depois de a pessoa ter

¹⁵⁴ PEREIRA, Luciana Diniz Durães, op. cit., p.72

¹⁵⁵ PEREIRA, Luciana Diniz Durães, op. cit., p.85.

sido reconhecida como refugiada. Em tais situações a cláusula exigirá a anulação da decisão inicial.¹⁵⁶

As hipóteses de exclusão estão previstas no artigo 1º, seções D, E e F da Convenção de 1951 e referem-se a condições que, existentes, obstam de maneira absoluta a concessão da qualidade de refugiados. Nesse caso fica vedada a concessão do refúgio:

D. Esta Convenção não será aplicável às pessoas que atualmente se beneficiam de uma proteção ou assistência da parte de um organismo ou de uma instituição da Nações Unidas que não o Alto Comissário da Nações Unidas para refugiados.

Quando esta proteção ou assistência houver cessado, por qualquer razão, sem que a sorte dessas pessoas tenha sido definitivamente resolvida de acordo com as resoluções a ela relativas adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, essas pessoas se beneficiarão de pleno direito do regime desta Convenção.

E. Esta Convenção não será aplicável a uma pessoa considerada pelas autoridades competentes do país no qual esta pessoa instalou sua residência como tendo os direitos e as obrigações relacionados com a posse da nacionalidade desse país.

F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

- a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes;
- b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados;
- c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

O art. 3º da Lei 9.474/97, em consonância com o art. 1º, Seções D, E e F da Convenção de 1951, também elenca as situações nas quais não será concedido o benefício da condição de refugiado:

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

¹⁵⁶ ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado**. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf>. Acesso em 10/04/2018.

A competência para decidir sobre a aplicação das cláusulas de exclusão é do Estado no qual o interessado procura o reconhecimento do seu estado de refugiado.

No Brasil, para que seja aplicada cláusula de exclusão prevista no inciso III do artigo supracitado, basta que fique demonstrado que há razões suficientemente fortes para supor que os crimes elencados foram cometidos. Não é indispensável prova formal de anterior procedimento judicial, porém tendo em vista as consequências da exclusão, essas cláusulas deverão ser interpretadas de forma restritiva, em prol da maior proteção ao refugiado. O crime cometido ou que se presume ter sido cometido pelo requerente deverá, conforme a Convenção de 1951, ter sido cometido fora do país que o acolheu e antes de neste ter sido aceito como refugiado.

As cláusulas de cessação estão previstas no artigo 1º, C, 1 a 6 da Convenção de 1951. Essas cláusulas encerram a aplicação da Convenção a alguém que obteve a condição de refugiado:

C. Esta Convenção cessará, nos casos abaixo, de ser aplicável a qualquer pessoa compreendida nos termos da seção A, acima:

- 1) se ela voltou a valer-se da proteção do país de que é nacional; ou
- 2) se havendo perdido a nacionalidade, ela a recuperou voluntariamente; ou
- 3) se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; ou
- 4) se se estabeleceu de novo, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido; ou
- 5) se, por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela não pode mais continuar a recusar valer-se da proteção do país de que é nacional; Contudo, porém, que as disposições do presente parágrafo não se apliquem a um refugiado incluído nos termos do parágrafo 1 da seção A do presente artigo que pode invocar, para recusar valer-se da proteção do país de que é nacional, razões imperiosas resultantes de perseguições anteriores;
- 6) tratando-se de pessoa que não tem nacionalidade, se, por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela está em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual;

Nas cláusulas de cessação são enunciadas as situações em que uma pessoa deixa de ser refugiada. Tais cláusulas baseiam-se no princípio de que a proteção internacional não deve ser mantida quando não é mais necessária ou justificada.

Essas cláusulas enunciam condições negativas e taxativas que são aferidas pelos Estados.

Uma vez que a condição de refugiado tenha sido atribuída a uma pessoa, ela é mantida a menos que o refugiado incorra em alguma das circunstâncias previstas nas cláusulas de cessação. Esta concepção restrita da determinação da condição de refugiado tem como objetivo assegurar aos refugiados que a sua condição não estará sujeita a constantes revisões em consequência de mudanças de caráter temporário – e não de caráter fundamental – na situação prevalecente nos seu país de origem.¹⁵⁷

No Brasil, o artigo 38 da Lei 9.474/97 também elenca as cláusulas de cessação da condição de refugiado:

Art. 38. Cessará a condição de refugiado nas hipóteses em que o estrangeiro:

I - voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional;

II - recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida;

III - adquirir nova nacionalidade e gozar da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;

IV - estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido;

V - não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado;

VI - sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado.”

As quatro primeiras cláusulas referem-se a uma mudança na situação do refugiado obtida por sua iniciativa própria. As cláusulas 5 e 6 baseiam-se no princípio de que a proteção internacional não será mais justificada devido as mudanças ocorridas no país no qual se temia a perseguição, uma vez que os motivos pelos quais uma pessoa se tornou refugiada já deixaram de existir.

Quanto às possibilidades de perda, trata o artigo 39 da Lei 9.474/97:

Art. 39. Implicará perda da condição de refugiado:

I - a renúncia;

II - a prova da falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que, se fossem conhecidos quando do reconhecimento, teriam ensejado uma decisão negativa;

III - o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública;

IV - a saída do território nacional sem prévia autorização do Governo brasileiro.

Parágrafo único. Os refugiados que perderem essa condição com fundamento nos incisos I e IV deste artigo serão enquadrados no regime geral de permanência de estrangeiros no território nacional, e os que a

¹⁵⁷ ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado**. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf>. Acesso em 10/04/2018.

perderem com fundamento nos incisos II e III estarão sujeitos às medidas compulsórias previstas na Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

Ressalte-se a prescrição para os casos de perda por renúncia ou por saída do território nacional sem a autorização do governo brasileiro. Nesses casos o refugiado passa a ser tratado como estrangeiro e a se submeter, não mais ao Estatuto do Estrangeiro, mas à Nova Lei de Migrações, que entrou em vigor em 21/11/2017, revogando o mencionado Estatuto.

A Convenção, em seus artigos 32 e 33, permite que, em casos extremos, o refugiado seja expulso ou obrigado a retornar a sua anterior residência se, tendo sido condenado definitivamente por crime de direito comum considerado como grave, constituir um perigo para a comunidade do país de acolhimento:

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.
2. A expulsão desse refugiado somente ocorrerá em virtude de decisão proferida conforme o processo previsto por lei. A não ser que a isso se oponham razões imperiosas de segurança nacional, o refugiado deverá ter permissão de fornecer provas que o justifiquem, de apresentar um recurso e de se fazer representar para esse fim perante uma autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas especialmente designadas pela autoridade competente.
3. Os Estados Contratantes concederão a tal refugiado um prazo razoável para procurar obter admissão legal em outro país. Os Estados Contratantes podem aplicar, durante esse prazo, a medida de ordem interna que julgarem oportuna.

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.

No mesmo sentido, a lei 9.474/97:

Art. 36. Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.

Art. 37. A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição.

Por fim, mesmo sem ser uma medida limitadora do instituto do refúgio, cabe ressaltar o tratamento dado pelo governo brasileiro aos casos de extradição. No Brasil, o reconhecimento da condição de refugiado impede o processo de extradição do mesmo. A solicitação de refúgio, por sua vez suspende, até decisão final, o processo de extradição. Tudo nos termos dos artigos 33 ao 35 da Lei 9.474/97:

Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 35. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 33 e 34 desta Lei, a solicitação de reconhecimento como refugiado será comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição.

Resumindo, a regra geral prevista no artigo 33 da Convenção de Genebra de 1951 é que o refugiado não pode ser extraditado. Contudo, 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, poderá ser extraditado (Art. 32, 2).

3.4. Refugiados, teoria da interdependência, o problema da segurança interna e marco teórico

Nas relações internacionais contemporâneas é fácil identificar problemas que transcendem as fronteiras nacionais e que afetam a política interna e externa dos Estados atores, como também a vida dos indivíduos. Degradação ambiental, direitos humanos, correntes migratórias, terrorismo, proliferação de armas, pandemias, instabilidade financeira e refugiados dentre outros, são só alguns desafios que se colocam para os atores internacionais.

Tais questões geram a necessidade de coordenar os esforços dos atores, seja para preveni-las, seja para enfrenta-las no cotidiano. A cooperação, com a capacidade de geração de ganhos e vantagens mútuas por meio da criação e manutenção de instituições e regimes internacionais, passa a ser elemento de análise nas Relações Internacionais.

A cada dia o processo de globalização reforça a transcendência de questões de ordem prática dos limites territoriais estatais, afetando, inclusive, a soberania. Para Beck, globalização significa os processos de interferência dos atores transnacionais na soberania, identidade, redes de comunicação, orientações e chance de poder dos Estados nacionais.¹⁵⁸ Nos dizeres do mesmo autor:

Globalidade significa o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais.¹⁵⁹

Apesar de ser o realismo o vencedor do primeiro grande debate das Relações Internacionais (realismo x idealismo), já que teve suas ideias reforçadas pela Segunda Grande Guerra e a tensão da chamada Guerra Fria, nos anos 1950, 1960 e 1970, grande parte do cenário das relações internacionais estava permeado pelo comércio e investimento, viagens, comunicações, e demais interações entre as democracias liberais do Ocidente, assim como o avanço do processo de integração regional da Europa Ocidental. Como integração, deve-se entender uma forma intensiva de cooperação internacional.¹⁶⁰

Realismo e Idealismo partem do mesmo pressuposto de que o princípio orientador do sistema internacional é a anarquia e que os Estados são egoístas e racionais. O que diferencia é a interpretação sobre as consequências e as possibilidades resultantes da ausência de um poder hierarquicamente superior e supranacional capaz de criar e manter as regras do cenário internacional. Ao passo que as relações internacionais são conflitivas, também percebe-se que as mesmas podem ser cooperativas.

Durante os anos 1950 e 60, a Europa Ocidental e o Japão desenvolveram os Estados de bem-estar com consumo de massa, assim como os Estados Unidos haviam implementado desde antes da guerra. Esse processo impulsionou um alto nível de comércio, comunicação, intercâmbio cultural e outras relações e transações através das fronteiras.¹⁶¹

¹⁵⁸ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

¹⁵⁹ *Idem. Ibidem.* p. 49.

¹⁶⁰ JACKSON, Robert H.; SØRENSEN, George. **Introdução às Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 78-79.

¹⁶¹ *Ibidem.* p. 79.

Esse cenário serviu como base para o liberalismo sociológico, tendência do pensamento neoliberal com enfoque no impacto das atividades transnacionais em expansão. Na década de 1950, Karl Deutsch e partidários levantaram a tese de que tais atividades interligadas criariam identidades e valores comuns entre pessoas de Estados diferentes e construiriam o caminho para relações cooperativas e pacíficas, o que faria com que a guerra se tornasse mais custosa e improvável.¹⁶²

Os primeiros teóricos da integração estudaram como atividades funcionais através de fronteiras ofereciam vantagens mútuas a longo prazo. Outros neoliberais, como Haas, Keohane e Nye, estudaram como a integração conseguia se autossustentar, ou seja, como uma área de transação servia como caminho para integração em outras áreas.

É nesse contexto que, na década de 1970, numa tentativa de propor uma nova análise das novas configurações mundiais que envolviam mudanças nas interações entre os Estados, os neoliberais Robert Keohane e Joseph Nye propuseram um novo debate, com a chamada “interdependência complexa”. Tais autores elaboraram modelos diferentes dos baseados nas teorias realistas, que se tornaram incapazes de compreender satisfatoriamente as mudanças ocorridas no cenário mundial, não mais baseadas no *hard power*. Merecem destaque a obra conjunta “Poder e interdependência: a política mundial em transição” a qual trata a interdependência complexa como uma nova percepção da política mundial, e também posteriormente nas obras “Cooperação e conflito nas relações internacionais”, de Nye e na obra “After Hegemony”, de Keohane.

De acordo com os acadêmicos, as relações entre os Estados Ocidentais (inclusive o Japão) se caracterizam por uma complexa interdependência: há muitas formas de conexões entre as sociedades além das relações políticas de governos, como elos transnacionais entre corporações de negócios. Também há uma “ausência de hierarquia entre questões”: isto é, a segurança militar não domina mais a agenda. A força militar não é mais usada como instrumento de política externa (Keohane e Nye 1977:25). A interdependência complexa retrata uma situação radicalmente diferente da imagem realista das relações internacionais. Nas democracias ocidentais, além dos Estados, há outros atores e o conflito violento, certamente, não está em suas agendas internacionais.¹⁶³

¹⁶² DEUTSCH; Karl. Apud JACKSON, Robert H.; SØRENSEN, George, op. cit., p. 79.

¹⁶³ *Ibidem*. p. 80

Keohane e Nye definem interdependência como um conceito analítico, considerando a perda de espaço dos Estados para outros atores nas relações internacionais:

In common parlance, *dependence* means a state of being determined or significantly affected by external forces. *Interdependence*, most simply defined, means *mutual* dependence. Interdependence in world politics refers to situations characterized by reciprocal effects among countries or among actors in different countries.

These effects often result from international transactions – flows of money, goods, people, and messages across international boundaries.¹⁶⁴

Sob a interdependência complexa procura-se compreender as condições em que as democracias desenvolvem redes de interdependência, de cooperação e favorecem o surgimento de instituições internacionais que reduzem os riscos de guerra. Nessa teoria, os autores também não fazem qualquer alusão a princípios éticos ou morais, mas apenas procuram compreender as condições em que os atores internacionais desenvolvem redes de interdependência e favorecem o surgimento de instituições internacionais que podem reduzir os riscos de guerra. Como assevera o professor Thales Castro:

Diferentemente do realismo, a escola da interdependência não advoga a força bruta militar como elemento de negociações internacionais. A lógica da insegurança, da anarquia do sistema internacional e da incerteza maquiavélica não constitui sua tônica central. Pragmaticamente, há a percepção de que os Estados renunciando residualmente a soberania, integrando-se em blocos geoeconômicos com a participação ativa de outros atores não governamentais e formando teias, redes (networks), malhas de interlocução funcionalista interdependentes, criam, assim, sinergia da governança corporativa transnacional. Os atores estatais e não estatais, especialmente de segundo setor (mercado) são atores preponderantes neste paradigma. O plano do comércio exterior e da excessiva competitividade pela vantagem competitiva dos Estados marca o pragmatismo e a interdependência dos atores estatais pela via dos retornos crescentes financeiros.¹⁶⁵

Para sustentar sua teoria, Nye e Keohane definem três pressupostos básicos que demonstram a existência da interdependência, são eles: múltiplos canais de comunicação (*multiple channels*), que implicam em novos atores internacionais que não os Estados como definidores do sistema internacional, como as organizações internacionais; ausência de hierarquia temática (*absence of hierarchy among issues*), o que significa que a segurança militar não domina mais a pauta das

¹⁶⁴ KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and interdependence**. 3ª ed. Nova Iorque: Longman, 2001. p. 7.

¹⁶⁵ CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Brasília: Funag, 2012. p. 363.

agendas internacionais que passam a ser múltiplas pela sua diversidade temática e que passa a confundir os assuntos internos com os externos e, por último, a menor importância do uso da força militar no relacionamento com os demais atores (*minor role of military force*)¹⁶⁶, dando lugar e maior importância às negociações internacionais.¹⁶⁷

Uma questão importante para a teoria da interdependência complexa é a da simetria ou assimetria de poder entre os atores, estatais ou não. A situação de simetria corresponde à dependência, a de assimetria, à interdependência. É latente que os atores internacionais possuem níveis diferentes de poder, de influência na política internacional, economia, dentre outros. Portanto, necessário explicar como a interdependência se coloca nas relações assimétricas.

We must also be careful not to define interdependence entirely in terms of situations of evenly balanced mutual dependence. It is asymmetries in dependence that are most likely to provide sources of influence for actors in their dealings with one another. Less dependent actors can often use the interdependent relationship as a source of power in bargaining over an issue and perhaps to affect other issue. At the other extreme from pure symmetry is pure dependence (sometimes disguised by calling the situation interdependence); but it too is rare. Most cases lie between these two extremes. And that is where the heart of the political bargaining process of interdependence lies.¹⁶⁸

Isso nos leva à questão dos custos recíprocos. Para todos os estados implicados na situação de interdependência, o isolamento não é uma escolha e, ao estarem interligados, todos sofrem a influência dos custos. A autonomia é reduzida, porque já não há condições de alcançar os próprios objetivos isoladamente. Não há contudo, como definir *a priori* se os benefícios vão exceder os custos, ou se o contrário, o que nos leva ao raciocínio de que nem sempre a interdependência é positiva, pois em algumas situações os custos vão ser maiores que os benefícios.

A interdependência pode gerar benefícios, mas também implica a existência de custos recíprocos elevados, não necessariamente simétricos, nas transações. Os autores avaliam os custos considerando dois fatores: sensibilidade e vulnerabilidade. Segundo Bedin,

¹⁶⁶ *Ibidem.* p. 21-25.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: Estudos de introdução**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 85 et seq.

¹⁶⁸ KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S, op. cit., p. 9.

A sensibilidade relaciona-se com interações no interior de uma armação sociopolítica, quando a ação do ator A provoca reflexos em B. (...) Já a vulnerabilidade "ocorre quando um ator continua sujeito a custos impostos por eventos externos, mesmo após ter desenvolvido um conjunto de medidas para superar os problemas causados por outrem.¹⁶⁹

Os custos envolvem a sensibilidade a curto prazo ou a vulnerabilidade a longo prazo. A sensibilidade representa o quanto os países são sensíveis no processo de interdependência no curto prazo, é o grau de implicação, do impacto sofrido por um estado imediatamente. A vulnerabilidade representa a capacidade de se adaptar a uma determinada situação, é o efeito dos custos relativos do processo de interdependência no longo prazo.

A interdependência de acordo com Oliveira implica em custos e redução da autonomia. Por isso, não se pode prever qual a relação de custo benefício, pois pode variar de acordo com os critérios utilizados entre as partes envolvidas. A interação entre os atores se refere a um jogo que comanda a ação desses atores a partir de negociações.¹⁷⁰

Outra referência importante na interdependência complexa é a de regimes. Regimes são padrões de comportamento, regras e normas comuns a uma instituição, capazes de formar um padrão de cooperação, facilitando a comunicação e reduzindo os custos das transações.

Keohane e Nye também enumeraram três processos políticos de interdependência, os quais se assemelham bastante aos pressupostos já enunciados, alertando que as relações na interdependência são muitas vezes não cooperativas, mas conflitivas. São eles: as estratégias dos eixos de conexão (*linkage strategies*), a organização da agenda (*agenda setting*) e as relações transnacionais e transgovernamentais (*transnational and transgovernmental relations*)¹⁷¹.

O primeiro processo refere-se ao fato de que os governos na interdependência complexa compreendem que o uso da força se torna uma alternativa insuficiente para resolver situações ou definir os resultados. Portanto, as nações devem buscar outros mecanismos de externar seu poder, agregando temas para serem discutidos e inclusive contar com as organizações internacionais para satisfazer seus interesses, criando estratégias como a negociação internacional.

¹⁶⁹ BEDIN, Gilmar Antonio et all. Paradigmas das Relações Internacionais. Ed. UNIJUÍ, Ijuí: 2000. p. 250.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Odete Maria de, op. cit., p. 123.

¹⁷¹ KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S, op. cit., p. 25 et seq.

O segundo processo diz respeito a que, na interdependência complexa, as agendas são influenciadas tanto por assuntos domésticos quanto por assuntos internacionais criados, tanto pelo crescimento econômico, quanto pelo aumento da sensibilidade interdependente. Nesse esteio, cresce a importância dos atores internacionais como organizações internacionais capazes de regular essas conexões. Nos dizeres de Thales Castro,

A relação política interna e externa e suas relações dizem respeito, fundamentalmente, ao conceito de fontes e de origens dos eixos temáticos.

Na atual lógica assimétrica dos processos de globalização, regionalização e interdependência complexa, as linhas que separam a esfera interna da exterior estão se tornando cada vez mais embaçadas. Os âmbitos que estão na esfera doméstica e exterior são determinadas por inter-relações densas na lógica das preferências e da agenda dos Estados.¹⁷²

O terceiro processo trata de que na interdependência complexa, os interesses dos estados tendem a se misturar, ressaltando-se a importância das organizações transnacionais, face à dificuldade de centralizar o governo e as tomadas de decisão.

Logo, percebe-se que o papel das instituições intergovernamentais na barganha política toma grande importância, ajudando a definir a agenda, agindo como catalizadores capazes de formar coalizões e servindo como arena para iniciativas políticas e como eixo de conexão para os países mais fracos.

O século XXI, com a revolução da informação, gerou um expressivo aumento nas redes de interdependência. Uma das consequências da crescente conexão são efeitos em uma região geográfica que podem ter relevantes consequências sobre outras.

A mobilidade internacional é uma das principais características do século XXI. Segundo as Nações Unidas, em 2016, o número de refugiados alcançou os 65,5 milhões, estimando-se que em 2017 seriam mais de 2 milhões a abandonar seu país de origem em busca de segurança. No mundo globalizado e interdependente, a mobilidade internacional é mais que uma tendência de futuro: é uma realidade do presente.¹⁷³

¹⁷² CASTRO, Thales, op. cit., p. 156.

¹⁷³ Organização das Nações Unidas. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/mais-de-2-milhoes-de-pessoas-deixaram-seus-paises-so-em-2017-onu-refugiados/>> Acesso em 2 de maio de 2018.

Guerras, desastres ambientais, violações massivas a direitos humanos podem levar ao deslocamento forçado de populações de uma área do globo para outras.

É assim que se insere a temática dos refugiados no âmbito da interdependência complexa: assuntos relacionados a um território acabam por influenciar a política externa e interna de outros, gerando a necessidade do trabalho conjunto entre as nações no sentido de estabelecer a cooperação em busca da solução de questões sobre as quais há valores comuns.

No caso do Brasil, o fluxo de refugiados vem aumentando exponencialmente nos últimos anos. Destaca-se, nesse contexto, a atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados, com escritório permanente em nosso país.

O ano de 2017 foi o maior em número de pedidos de refúgio, desconsiderando a chegada dos venezuelanos e dos haitianos. Foram 13.639 pedidos no ano passado, 6.287 em 2016, 13.383 em 2015 e 11.405 em 2014.

No total, 33.866 pessoas solicitaram o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017. Os venezuelanos representam mais da metade dos pedidos realizados, com 17.865 solicitações. Na sequência estão os cubanos (2.373), os haitianos (2.362) e os angolanos (2.036). Os estados com mais pedidos de refúgio são Roraima (15.955), São Paulo (9.591) e Amazonas (2.864), segundo dados da Polícia Federal.¹⁷⁴

O Brasil vem recebendo essa grande quantidade de pessoas seja com o objetivo de sobressair-se internacionalmente como líder regional, seja por questões humanitárias, seja por exigência da legislação nacional. A questão central do nosso trabalho, entretanto, não é a motivação da vinda desses indivíduos, mas o tratamento que a legislação brasileira dá a essas pessoas sob o argumento de proteção aos seus direitos humanos.

Muitos estados furtam-se de conceder a proteção aos refugiados sob o argumento da proteção à segurança interna. Em sendo assim, é necessário analisar este argumento, a sua validade e refletir sobre os seus limites. Afinal, a recusa da concessão de refúgio viola os direitos humanos mais importantes.

Além do argumento da segurança, são empecilhos para a concessão de refúgio a xenofobia, a intolerância e o racismo, pelo fato de que a opinião pública desinformada ou uma informação manipulada com objetivos populistas pode gerar

¹⁷⁴ ACNUR. Disponível em <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>> Acesso em 1º de maio de 2018.

discriminação aos refugiados com nacionalidade, etnia e religião específica. Isso atrapalha a integração do refugiado e diminui as cotas dos Estados para recebê-los e assentá-los.¹⁷⁵

Em países em desenvolvimento, como o Brasil, há aqueles que se utilizam da escassez de recursos para receber e assentar tais indivíduos. Esse argumento já foi rechaçado anteriormente quando tratamos da cláusula da reserva do possível. Não há como descumprir normas internas ou internacionais sem que haja ações programáticas de proteção aos direitos humanos. Logo, na maioria dos casos não haverá como se utilizar desse argumento.

Após os trágicos acontecimentos de 11 de setembro de 2001, houve o direcionamento de muitas políticas públicas estatais de em prol da proteção da segurança nacional. Entretanto, mesmo sabendo que é legítima a pretensão de todo Estado de garantir sua segurança e de monitorar suas fronteiras, é também necessário ter certeza de que tal pretensão seja compatível com suas obrigações internacionais em direitos humanos e que o controle migratório não afete indiscriminadamente os refugiados que necessitam de proteção internacional, respeitado, assim, o regime internacional de proteção dos refugiados.

É patente que os estados têm o direito de proteger seu território como consequência lógica de sua soberania. Ocorre que isso não os furta de cumprir as suas obrigações internacionais relativas aos direitos humanos, especialmente quando se trata de refugiados. Atualmente, contudo, há uma falta de equilíbrio no exercício dessas duas atividades (proteção interna x proteção aos direitos humanos). Como afirma González:

A segurança é certamente um interesse legítimo dos Estados. Um país tem o direito de proteger-se e de adotar políticas e medidas para a proteção de sua população, incluindo todos os habitantes sob sua jurisdição, tratem-se de nacionais ou não nacionais. Do mesmo modo, os Estados assumiram de boa fé obrigações internacionais em questões de direitos humanos, incluindo a proteção internacional dos refugiados. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inclui o direito de toda pessoa, em caso de perseguição, de solicitar asilo e desfrutar dele. Em nosso continente, esse direito humano fundamental está consagrado em termos mais generosos tanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, as quais explicitam que toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em

¹⁷⁵ GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. **Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados.** *In* Sur, Revista internacional de direitos humanos. 2009, vol.6, n.10, pp.120-137. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-4452009000100007>> Acesso em 2 de maio de 2018. p. 125 et seq.

território estrangeiro em caso de perseguição, de acordo com os convênios internacionais e a legislação nacional. Os estados invocam a segurança nacional para adotar políticas restritivas de concessão de refúgio, dando prioridade aos controles migratórios, sem estabelecer garantias de identificação e proteção aos solicitantes de refúgio.¹⁷⁶

Aliás, corrobora-se o entendimento de que a adoção de políticas públicas, a criação de normas jurídicas e a participação em instituições para a proteção internacional dos refugiados reafirmam e fortalecem a segurança dos Estados, não ocorrendo o contrário como muitas vezes é difundido por meio do senso comum, levando à instituição de práticas discriminatórias e xenófobas. A respeito disso temos o parágrafo 2º do artigo 33 da Convenção de Viena sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951:

Art. 33 Proibição de expulsão ou de rechaço

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.

Ainda que o artigo 33 verse sobre a proteção ao direito de não-expulsão dos refugiados, o seu parágrafo 2º traz uma exceção. Nos casos em que um indivíduo, valendo-se da condição de refugiado, coloque em risco a segurança dos estados ou ameace os nacionais, não se aplica a proibição de expulsão ou rechaço.

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados reflete que a segurança é um direito tanto do Estado quanto do refugiado e a aplicação dos dois é compatível. De modo que há uma proteção estatal antes e depois da concessão de refúgio.

Deve-se compreender que o argumento da segurança interna é uma exceção, servindo de justificativa apenas em casos excepcionais. Qualquer interpretação diferente, afetará a efetividade do exercício dos direitos fundamentais dos refugiados e será um empecilho na busca pela solução deste problema.

Na medida em que as cláusulas de exclusão são taxativas e de interpretação restritiva, os Estados que conjuram a “segurança nacional” para negar a condição de refugiado, como se esta encerrasse uma nova “cláusula de exclusão”, estão, na verdade, violando o objetivo e as disposições da Convenção de 1951.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo, op. cit., p. 122.

3.5. Política externa brasileira referente aos refugiados: o discurso e a prática quanto aos refugiados no Brasil

O Brasil é um país reconhecido historicamente por receber refugiados e respeitar os direitos humanos.¹⁷⁷

Como vimos, quando da instalação do regime internacional dos refugiados, o país adotava a política migratória da Era Vargas, no sentido de atrair trabalhadores europeus para a indústria e para o setor agrícola. O país participou das negociações de paz após a Segunda Guerra e da criação da ONU, não deixando de tomar parte das iniciativas da comunidade internacional para tratar do problema dos refugiados, reforçando seu alinhamento com o bloco ocidental. Contudo, o país adotava ainda a reserva geográfica, pelo que refugiados eram considerados apenas os europeus.¹⁷⁸

Entre 1947 e 1950, o Brasil chegou a receber 21.603 refugiados.

No primeiro momento, a política brasileira para refugiados era seletiva. Eram selecionados refugiados europeus por órgãos estatais brasileiros no exterior e excluídos os chamados indesejáveis. Tampouco foram estabelecidas as condições de vida após a chegada dos mesmos, seja por regras, seja por instituições. O Brasil contou com a Organização Internacional para Refugiados (OIR) a fim de viabilizá-las, fornecendo o governo acomodações, alimentação e tratamento médico nas hospedarias para imigrantes, além de transporte interno.¹⁷⁹

Com o advento da ditadura militar, o cenário interno foi marcado pela repressão, violência e pela violação aos direitos humanos, o que causou impacto negativo na imagem do país no cenário internacional. O Brasil deixou de ser receptor de refugiados, para tornar-se emissor dos mesmos, expulsando os ditos inimigos políticos e colaborando com os demais regimes ditatoriais da região, aplicando, ainda a reserva geográfica. Argentinos e chilenos, dentre outros sulamericanos, chegavam ao Brasil como refugiados mandatários pelo ACNUR e eram tratados pelo governo como turistas, tolerados apenas por um tempo, sob a condição de deixar o território nacional o mais breve possível.

¹⁷⁷ SALLES, Denise Mercedes Nunez Lopes; GONÇALVES, Fernanda Cristina Nanci Izidro. **A atuação do estado brasileiro na proteção dos refugiados: a distância entre a legislação e a garantia dos direitos humanos.** In Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais. v. 1, n. 2, set-dez/2016, pp. 111-132. Disponível em <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/rppi/article/view/31039>>. Acesso em 03 de maio de 2018. p. 116.

¹⁷⁸ MOREIRA, Julia Bertino. **Política em relação aos refugiados no Brasil.** Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/280962/1/Moreira_JuliaBertino_D.pdf> Acesso em 9 de maio de 2018. p. 287.

¹⁷⁹ *Ibidem.* p. 287-288.

A questão da segurança nacional era central nos assuntos do governo ditatorial, pelo que houve recuo na proteção aos direitos dos refugiados, a partir da ideia de que os migrantes sulamericanos eram subversivos ou inimigos do governo.

As instituições da sociedade civil, por sua vez, passaram a assistir essas pessoas, destacando-se nesse trabalho a atuação da Igreja Católica por órgãos como a Comissão Justiça e Paz e a Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e de São Paulo com recursos disponibilizados pela ONU e em acordo com o ACNUR.

Nesse período tampouco houve regulamentação das condições de vida dos refugiados, porém, houve articulação com os mencionados atores não estatais a fim de viabilizá-las.

Em 1977 o ACNUR instalou escritório ad hoc no Rio de Janeiro, não reconhecido pelo governo, para tratar do reassentamento dos refugiados sulamericanos.

A articulação entre atores estatais e não estatais (governo brasileiro, sociedade civil e ACNUR) no final da década de 1970 buscava viabilizar as condições de vida aos refugiados no país. O governo passou a tomar parte no processo de integração local de refugiados vietnamitas e cubanos.¹⁸⁰

Durante o processo de transição para a democracia, surgiram novos elementos, a saber a nova Lei de Segurança Nacional, a Lei de Anistia e o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), os quais abriram a possibilidade de retorno dos brasileiros exilados. Foram recebidos refugiados vietnamitas resgatados do mar e foi concedido asilo a sulamericanos e a outros grupos, como refugiados cubanos, minimizando assim a reserva geográfica. A autorização para residência permanente e a concessão do estatuto de asilado foram inovações jurídicas da época. Tais novidades não fizeram com que o Brasil voltasse a ser um país de imigração, o que era propagado pelo próprio governo.

A Lei 6.815/80 não alterou o estatuto do refugiado, mas permitiu a aplicação do instituto do asilo, possibilidade que ainda não havia no país.

Somente com a restauração do regime democrático, em 1988, aliado ao fim da Guerra Fria houve avanços significativos: a retirada da reserva geográfica e a ampliação da definição de refugiado dada pelo regime sulamericano. O Brasil buscava superar a imagem de violador dos direitos humanos e obter maior

¹⁸⁰ *Ibidem.* p. 291.

credibilidade e legitimidade internacional. A nova Constituição Federal contemplava os direitos humanos e resguardava a concessão de asilo político.

No início dos anos 1980 o ACNUR teve seu reconhecimento oficial no Brasil, abrindo, formalmente, um escritório no Rio de Janeiro.

Instrumentos como a Resolução de 1988 do Conselho Nacional de Imigração e a Portaria Interministerial de 1991 reconheceram os refugiados como estrangeiros temporários e garantiram direitos aos migrantes forçados no país. O escritório do ACNUR foi transferido para Brasília em 1989.

Foi em meados da década de 1990, durante o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) que foi promulgada a lei nacional sobre refugiados, Lei 9.474/97, incentivada pela ONU, contando com a sua cooperação técnica e com elaboração auxiliada pelo ACNUR. Com a lei foi instaurado o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), com representação tripartite do governo, da sociedade civil e do ACNUR.

A lei é elogiada por ter adotado parcialmente dispositivos da Declaração de Cartagena de 1984, não assinada pelo Brasil. Também conferiu direitos sociais aos solicitantes de refúgio, criou uma estrutura institucional sólida para julgar as solicitações de refúgio, incluiu o elemento “violação massiva dos direitos humanos” como elemento do refúgio, estipulou que o pedido de refúgio é gratuito e em caráter urgente, garantiu a reunião familiar e os direitos do trabalhador no país, incorporou as chamadas soluções duráveis e previu que seus dispositivos deviam ser interpretados em harmonia com a Convenção de 1951 e seu Protocolo Adicional.

Como pontos negativos da lei, destaca Salles, a burocracia administrativa, a subjetividade na avaliação dos casos, a ausência de direitos políticos, bem como a falta de uma clara política de integração dos refugiados no país. Há também a falta de indicação expressa de quais são os direitos sociais atinentes aos refugiados e a subjetividade da aplicação do conceito “violação massiva de direitos humanos”. A lei ainda é vaga com relação aos termos para concretizar a integração do refugiado.¹⁸¹

Como mencionado na seção anterior, a Declaração de Cartagena orientou os países latinos a usarem a definição de refugiado para além da abrangida pela Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, incluindo as pessoas que fugiam do seu país porque sua vida, segurança ou liberdade eram ameaçadas pela violência generalizada, por agressão

¹⁸¹ SALLES, Denise Mercedes Nunez Lopes; GONÇALVES, Fernanda Cristina Nanci Izidro, op. cit., p. 123 et seq.

estrangeira, por conflitos armados, por violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. No entanto, é válido ressaltar que o Brasil, apesar de ter implementado a definição ampliada de refugiado conforme a declaração regional, adicionou, da mesma forma que Peru, Colômbia e Paraguai, o elemento de coerção, coação ou obrigação em fugir para a concessão do refúgio, contrária à recomendação do documento, pois introduz dificuldades de mensuração e exclui mais do que inclui.¹⁸²

Para Moreira, o governo Fernando Henrique Cardoso teve uma atuação marcante em prol dos direitos humanos. O objetivo era mudar a imagem internacional do país nessa área. A política externa do país se voltou para a participação em foros multilaterais em prol dos temas globais, adesão aos regimes internacionais e atuação frente às organizações internacionais com o objetivo de se tornar membro permanente no Conselho de Segurança da ONU. Prezou-se as relações com países em desenvolvimento, priorizando-se a América do Sul, sendo as coalizões Sul-Sul destaque no seu segundo mandato. O Brasil procurou se projetar como global player, tentando ampliar sua participação na formulação de regras dos regimes internacionais. Essa ênfase com relação aos direitos humanos também foi percebida na política doméstica com a adoção do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH I) e a criação da Secretaria de Direitos Humanos, vinculada ao Ministério da Justiça, seguindo a recomendação da Conferência de Viena de 1993.¹⁸³

Com o governo FHC, houve avanços que propiciaram o fortalecimento do tema dos refugiados. Ao final do segundo mandato, em 2002, havia claramente se delineado uma política de governo para refugiados, aliada aos direitos humanos. Isso se observa pelo PNDH II, que enfocava os direitos econômicos, sociais e culturais, e estabelecia como meta de ação: “promover a capacitação das autoridades nacionais diretamente envolvidas na execução da política nacional para refugiados” (Brasil, 2002). Inaugurou-se uma política de reassentamento que coincidia com as diretrizes da política externa brasileira, voltadas para a defesa dos direitos humanos, atuação frente às organizações internacionais, solidariedade e cooperação com regimes internacionais e países em desenvolvimento.¹⁸⁴

O governo Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) promoveu alguns ajustes da política externa de seu antecessor, mantendo as diretrizes do multilateralismo,

¹⁸² *Ibidem.* p. 123.

¹⁸³ MOREIRA, Julia Bertino. **Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil.** In Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 53, n. 1, jan-jul, 2010. Pp. 11-129. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292010000100006> Acesso em 5 de maio de 2018. p 117-121.

¹⁸⁴ *Ibidem.* p. 121.

cooperação, defesa dos direitos humanos, adesão aos regimes e respeito às organizações internacionais. Deu ênfase à cooperação Sul-Sul e à aproximação com países em desenvolvimento e africanos de língua portuguesa. Também acentuou as aspirações ao Conselho de Segurança da ONU, empreendendo esforços como a missão brasileira ao Haiti.

Fez parte do Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina de 2004. Uma de suas maiores inovações foi o Programa Regional de Reassentamento, formulado por iniciativa brasileira, o que reforçou a posição do Brasil como protetor de refugiados e destacou seu papel de liderança regional. Tornou prioridade a liderança regional e incrementou a política de assentamento também no âmbito regional, chegando o Brasil a ser o 12º país que mais reassenta refugiados no ano de 2006.

Já o governo Dilma Rousseff (2011-2016) enfrentou um contexto internacional de crise, com o expressivo crescimento do número de refugiados no mundo e no Brasil. A grande quantidade de solicitantes de refúgio coincidiu com a grave crise econômica que afligiu o país, o que dificultou o trabalho do ACNUR e demais instituições parceiras.

O número de pessoas deslocadas por motivos de perseguição em diversas regiões do mundo cresceu de 42,5 milhões, em 2011, para 60 milhões de pessoas, em 2016. Neste período, cresceram as solicitações de refúgio no país. Enquanto em 2011 o Brasil recebeu 3.220 solicitações de refúgio, em 2015 foram 28.670 solicitações. O número de refugiados reconhecidos dobrou de 4.035 para 8.863 (CONARE, 2016). A maior parte dos refugiados reconhecidos no país é de origem síria, nacionalidade que teve sua entrada facilitada com a simplificação da concessão de vistos, diante da grave crise enfrentada.¹⁸⁵

Segundo Salles e Gonçalves, ao longo do mandato Rouseff, as dificuldades no processo de integração local dos refugiados tornou-se notória.

Jubilut, em pesquisa recente sobre as condições dos diversos tipos de migrantes forçados no Brasil (Migrantes, 2015), salienta os problemas da nossa legislação, bem como das nossas políticas públicas em comparação com outros países da América Latina. Em primeiro lugar, as limitações do marco jurídico brasileiro, como já salientado neste trabalho, geram dificuldades de regularização e acesso a direitos e serviços públicos. Como afirma a autora, a “ausência de documentos e a dificuldade de acesso a

¹⁸⁵ SALLES, Denise Mercedes Nunez Lopes; GONÇALVES, Fernanda Cristina Nanci Izidro, op. cit., p. 127.

eles torna o imigrante um sujeito invisível, não obtendo assim direitos básicos garantidos pelo Estado” (Migrantes, 2015, p. 35).¹⁸⁶

Para essas mesmas autoras, três problemas devem ser enfrentados: a necessidade de alterar a legislação para a adoção de políticas públicas para refugiados e solicitantes de refúgio, os problemas estruturais para providenciar moradia e trabalho, principalmente aos solicitantes e os problemas institucionais como dificuldade de idioma e falta de recursos humanos para o acolhimento, reconhecimento e integração local. Concluem que apesar dos avanços ocorridos nas duas últimas décadas, atualmente a questão dos refugiados enfrenta grandes desafios:

Assim, embora a política brasileira para refugiados tenha se desenvolvido no decorrer dos últimos governos, a vida de um refugiado no Brasil hoje é permeada de dificuldades crescentes tais como: condições de trabalho insatisfatórias, dificuldade no acesso à saúde, à moradia e, fator destacado por muitos, discriminação (Migrantes, 2015). A ausência de um debate social mais amplo faz com que associações dos refugiados com fugitivos ou migrantes econômicos, dificultem ainda mais a integração social dos mesmos. Ademais, a falta de informação generalizada (mesmo nos órgãos públicos) contribui para a dificuldade de acesso à educação e à saúde e a não inserção no mercado de trabalho de forma digna.

O governo Michel Temer, por sua vez, enfrenta mais um caso de aumento extraordinário das solicitações de refúgio, desta vez com relação aos venezuelanos que fogem das degradantes condições de vida em seu país de origem após a queda do preço do petróleo. Algumas medidas emergenciais vêm sendo tomadas para acolher os mais de 52 mil refugiados que chegaram a Roraima em 2017, 10% da população da cidade de Boa Vista, como a edição das Medidas Provisórias 820 e 823, que destinam recursos e dão providências para o atendimento dos recém-chegados.

Tais medidas, contudo, são apenas paliativas e certamente não resolvem a questão dos refugiados no Brasil, muito menos diante de uma crise de refugiados como a que vivemos no presente, especialmente quanto aos refugiados venezuelanos, na qual continuam aumentando as solicitações de refúgio em 2018.

Em sendo assim, podemos concluir que o discurso dos governos brasileiros nos últimos anos foi posto à prova com a recente crise de refugiados, que revelou

¹⁸⁶ JUBILUT *apud* SALLES, Denise Mercedes Nunez Lopes; GONÇALVES, Fernanda Cristina Nanci Izidro. , op. cit., p. 128.

que o mesmo não corresponde à prática e que o Brasil ainda não tem condições de receber com dignidade os refugiados que traspassam as nossas fronteiras.

Capítulo 4: Nova Lei de Migrações (Lei 13.445/17) e refugiados no Brasil

4.1. Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e Lei de Migrações (Lei 13.445/17) quanto à garantia dos direitos humanos

A Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, foi editada no fim do regime militar brasileiro (1964-1985). À época de sua formulação, o país vivia sob o ordenamento jurídico regido pela Constituição Federal outorgada de 1967, e sua Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

A Constituição de 1967 e suas emendas posteriores serviram para incorporar, com o especial fim de legitimar, os Atos Institucionais editados desde o início da ditadura. A legislação daquele momento também tinha como fundação teórica a Doutrina da Segurança Nacional (DSN) e esta baseava a estratégia dos governos dos generais para atingir os chamados “objetivos permanentes da nação”, pensados e redigidos por teóricos, militares e civis, ligados à Escola Superior de Guerra (ESG), no Rio de Janeiro.¹⁸⁷

Nos dizeres de Kenick:

O Estatuto do Estrangeiro fez parte dessa "estratégia" governamental - pode-se denominar, hoje, ação do governo ou mesmo política pública - que objetivava precipuamente a defesa do trabalhador nacional e a proteção dos setores industrial e de serviços, marcados pelo desenvolvimentismo e pelo modelo de substituição de importações.

(...)

O termo "segurança nacional" é anterior à doutrina porque fora editado em algumas leis, decretos e, inclusive, Constituições brasileiras, o que influenciou os atos normativos de exceção criados sob o ordenamento jurídico inaugurado pelo golpe civil-militar de 1964.

Um desses atos normativos que exemplifica o recorrente uso dessa expressão, que deve ser entendida mais como o resultado de uma construção histórica de um projeto político para o país do que apenas um standard jurídico, é o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980).¹⁸⁸

A partir da Escola Superior de Guerra o termo “segurança nacional” passou a ser definido por uma teoria baseada na defesa das ideias do Ocidente, do trabalhador nacional e da proteção interna e externa do país contra o “inimigo” (comunista, em especial). Ganhou, portanto, projeções de teoria e doutrina não somente militar porque mobilizou todos os setores da sociedade civil e instituições

¹⁸⁷ KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. **O Estatuto Do Estrangeiro e a Lei De Migrações: entre a doutrina da Segurança Nacional e o desenvolvimento humano**. Disponível em <<https://acervodigit.al.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42884/R%20-%20D%20-%20PEDRO%20HENRIQUE%20GALLOTTI%20KENICKE.pdf?sequence=1>>. Acesso em 9 de maio de 2018. p. 18.

¹⁸⁸ *Idem. Ibidem.* p. 18-19.

do Estado em busca do objetivo principal de tornar o Brasil uma potência autossuficiente, militar e economicamente.

O anteprojeto da lei foi enviado ao Congresso Nacional já em 1980, durante o governo do presidente Figueiredo. A lei que definiria a condição jurídica dos estrangeiros no Brasil, criaria o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e dirigiria juridicamente a concretização da política migratória do governo, "orientada no sentido de reduzir o afluxo de estrangeiro aos estritamente úteis e necessários ao nosso desenvolvimento, por não mais consultar aos interesses nacionais da imigração indiscriminada para o Brasil". Então, eram considerados "aceitáveis" somente aqueles que pudessem complementar a mão de obra nacional, "nos níveis de qualificação em que esta não puder atender à demanda resultante do atual processo de desenvolvimento econômico".¹⁸⁹

A lei também permitiria "a localização do alienígena em área determinada no País" e possibilitaria a expulsão do estrangeiro que atentasse contra a segurança nacional, a ordem pública ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública, a economia popular ou tivesse procedimento nocivo aos interesses nacionais, praticasse crime doloso, se entregasse à mendicância ou vadiagem dentre outros motivos aferidos por avaliação discricionária. A medida expulsória era feita por decreto, sem que o expulsando tivesse acesso ao contraditório ou ampla defesa.

Para João Marques Fonseca Neto, a lei do estrangeiro de 1980 —reflete uma época em que os fluxos migratórios não tinham tanta relevância de forma geral, e em que a política do governo brasileiro passou a buscar a autossuficiência. Essa atitude limitou a política de imigração que icentivasse a imigração espontânea, isto é, aquela em que o sujeito imigra apenas com —intuito de estabelecer-se de forma permanente no país de destino, local com o qual antes não tinha vínculo.¹⁹⁰

Assim, pode-se constatar que o Estatuto do Estrangeiro fixou uma política de imigração bastante seletiva, focada nos preceitos de segurança nacional, enxergando o estrangeiro como agente nocivo, o qual poderia ser retirado a qualquer momento do território nacional ainda que tivesse constituído família no país.¹⁹¹

¹⁸⁹ BRASIL. **Mensagem Presidencial n. 64/1980**. Brasília-DF: Congresso Nacional, 1980. p. 01.

¹⁹⁰ FONSECA NETO, *Apud* KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. **O Estatuto Do Estrangeiro e a Lei De Migrações: entre a doutrina da Segurança Nacional e o desenvolvimento humano**. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42884/R%20-%20D%20-%20PEDRO%20HENRIQUE%20GALLOTTI%20KENICKE.pdf?sequence=1>>. Acesso em 9 de maio de 2018. p. 50.

¹⁹¹ Art. 75 do Estatuto do Estrangeiro.

Já a nova Lei de Migração (Lei 13.445/17) foi proposta num cenário totalmente diverso, após a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”.

O Brasil tem ratificado os principais tratados de direitos humanos, os quais prevêm a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, assim como também reza a nossa Constituição Federal.

Foi criada sob uma perspectiva de mundo globalizado em que existe um expressivo aumento no número de migrantes e no qual o Brasil também passa a emitir emigrantes e preocupa-se com o tratamento dado aos mesmos no exterior.

Foi proposta através do Projeto de Lei do Sena (PLS) 288/2013, pelo senador Aloysio Nunes Ferreira, atual ministro das Relações Exteriores, com a participação da sociedade civil e de organizações internacionais protetoras dos direitos humanos, que pressionaram o governo a incluir preceitos de proteção aos migrantes.

Destaca-se a participação das organizações Conectas Direitos Humanos, Missão Paz, Cáritas Arquidiocesana de São Paulo, Centro de Referência de Acolhida para Imigrantes de São Paulo - CRAI/Sefras, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) elaboraram cinco pontos, que foram inicialmente apresentados em 2014 ao governo brasileiro por meio de carta conjunta com cerca de 40 adesões institucionais e individuais da sociedade civil. São os cinco pontos: a garantia dos direitos humanos das pessoas migrantes, sem discriminação de nenhum tipo e independente da situação migratória; o estabelecimento de procedimentos de regularização migratória rápidos, efetivos e acessíveis como uma obrigação do Estado e um direito do migrante; a não criminalização das migrações, incluindo o princípio de não detenção do migrante por razões vinculadas à sua situação migratória; o controle judicial e o acesso dos migrantes a recursos efetivos sobre todas as decisões do poder público que possam gerar vulneração de seus direitos; a criação de uma instituição nacional autônoma, com um corpo profissional permanente e especializado e mecanismos de supervisão e controle social, responsável pela aplicação da lei.¹⁹²

¹⁹² CONECTAS DIREITOS HUMANOS, *et all.* **Carta aberta de apoio a mudança da lei atual sobre migrações.** Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Atualizada_CARTA%20ABERTA%20DE%20APOIO%20A%20MUDAN%C3%87A%20DA%20LEI%20ATUAL%20SOBRE%20MIGRA%C3%87%C3%95ES.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2018.

A lei dispõe sobre os “direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante”.

Cabe-nos agora fazer um quadro comparativo entre o antigo Estatuto do Estrangeiro e a Atual Lei de Migração para especificar as principais mudanças no tratamento dos estrangeiros no Brasil, com o objetivo de visualizar os pontos negativos e positivos da inovação legislativa na perspectiva de proteção aos direitos humanos.

Em primeiro lugar destaca-se a mudança na visão do imigrante. Enquanto o Estatuto do Estrangeiro prevê como objetivos a segurança, o interesse e a proteção do trabalhador nacional, a lei nova enxerga com naturalidade o fenômeno da imigração e assim trata o imigrante, prevendo uma série de garantias capazes de fazer com que os indivíduos que cruzam as nossas fronteiras possam ter os mesmos direitos que os nacionais, sem discriminação.¹⁹³

Traz como princípios e diretrizes da política migratória a não criminalização da migração, a acolhida humanitária, a garantia do direito à reunião familiar e a inclusão laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas, por exemplo.¹⁹⁴

A lei define categorias como imigrante, emigrante, residente fronteiriço, visitante e apátrida e os põe como titulares dos direitos previstos em seu texto, fazendo menção várias vezes aos refugiados, que, por dedução lógica, acabam sendo também destinatários da legislação.

Confere direitos sociais como os direitos ao trabalho, à previdência e assistência social, à saúde e à educação, independente da situação migratória. O acesso a esses direitos não era previsto pelo Estatuto do Estrangeiro.

Passa a ser garantido o direito à livre associação, inclusive sindical e de circulação saída e entrada no território nacional independente de autorização.¹⁹⁵

Adiciona ao passaporte e o *laisser-passer* como documentos de viagem a autorização de retorno, o salvo conduto, a carteira de identidade de marítimo, a carteira de matrícula consular, o documento de identidade civil, quando admitidos em tratado, o certificado de membro de tripulação de transporte aéreo, além de

¹⁹³ Art. 1º da Lei nº 13.445/2017.

¹⁹⁴ Art. 3º.

¹⁹⁵ Art. 4º.

outros que vierem a ser reconhecidos pelo Brasil, facilitando a identificação para entrada do estrangeiro.¹⁹⁶

Modifica a nomenclatura dos vistos que podem ser concedidos para o ingresso para: visto de visita, temporário, diplomático, oficial e de cortesia, extinguindo o visto permanente e a transformação de vistos.¹⁹⁷

No caso do visto de visita, veda a realização de atividade remunerada no Brasil, mas permite ao visitante receber pagamento do governo, de empregador brasileiro ou de entidade privada a título de diária, ajuda de custo, cachê, pró-labore ou outras despesas de viagem, bem como concorrer a prêmios, inclusive em dinheiro, em competições desportivas ou em concursos artísticos ou culturais.¹⁹⁸

O visto temporário agora abarca algumas das antigas hipóteses do visto permanente e destina-se a migrante que deseje estabelecer residência por tempo determinado no Brasil, inclusive para trabalho, estudo, pesquisa e ensino, tratamento de saúde, acolhida humanitária, investimento, reunião familiar, atividades artísticas, desportivas, religiosas ou de serviço voluntário.¹⁹⁹ A lei elimina os critérios e normas de seleção para imigração do Estatuto do Estrangeiro.

A principal mudança para o portador de visto temporário (incluindo o visto de trabalho) é com respeito ao prazo. O registro do imigrante deverá ser realizado dentro do prazo de 90 (noventa) dias do ingresso no país, ao invés de 30 dias previstos na legislação anterior.²⁰⁰

Prevê que a identificação civil de solicitante de refúgio, asilo, de reconhecimento de apatridia e de acolhimento humanitário poderá ser feita com os documentos que os imigrantes dispuserem, o que amplia a proteção dessas categorias em vulnerabilidade.²⁰¹

Ao tratar da condição jurídica do migrante, exclui as muitas vedações aos imigrantes com visto temporário e dos artigos 106 e 107 do Estatuto do Estrangeiro:

Art. 106. É vedado ao estrangeiro: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre;

¹⁹⁶ Art. 6º.

¹⁹⁷ Art. 12.

¹⁹⁸ Art. 13.

¹⁹⁹ Art. 14.

²⁰⁰ Art. 109, III.

²⁰¹ Art. 20.

II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas;

III - ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior;

IV - obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica;

V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;

VI - ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro;

VII - participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;

VIII - ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais;

IX - possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento;

e

X - prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 1º O disposto no item I deste artigo não se aplica aos navios nacionais de pesca.

§ 2º Ao português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, apenas lhe é defeso:

a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas no item II deste artigo;

b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, ressalvado o disposto no parágrafo anterior; e

c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares.

Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

I - organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II - exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III - organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos.

Inclui a aplicação da legislação trabalhista nacional a todos os imigrantes no Brasil, independentemente de visto ou situação de ingresso.

Exclui, ademais, a antiga política de constante atualização de registro em Juntas Comerciais e Cartórios de Registro Civil, e as hipóteses de cancelamento do

mesmo, as quais se destinava ao monitoramento constante do estrangeiro ingresso.²⁰²

Determina que o residente fronteiriço autorizado passa a ter os direitos e garantias assegurados pela Lei de Migração.²⁰³

Trata da proteção do apátrida, a quem serão garantidos todos os direitos da lei, bem como da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, permitindo-lhe residência e oferecendo o direito de naturalizar-se brasileiro. Prevê a realização de um processo administrativo para reconhecimento da condição de apatridia e o direito a recurso, caso não seja reconhecida a situação.²⁰⁴

Deixa de impedir o reingresso do asilado que sair do território nacional. Ademais, agora só é considerada como renúncia ao direito de asilo se a saída do país se der sem prévia comunicação.²⁰⁵

É criada a autorização de residência ao estrangeiro que se encontre no Brasil, independentemente de sua situação imigratória (ou visto de entrada). Com a extinção do visto permanente e a criação do instrumento de autorização de residência, fica evidente que a entrada do estrangeiro para residir no Brasil em caráter permanente, se dará por meio do visto temporário ou de visita e ficará sujeita ao pedido de autorização de residência mediante ao cumprimento dos requisitos necessários à sua concessão conforme previsto no artigo 30 e regulamento complementar.²⁰⁶

De um modo geral, a autorização de residência se aplica àqueles que tenham a finalidade de residir pelas hipóteses de concessão de visto temporário, bem como nos casos das pessoas beneficiárias de tratado em matéria de residência e livre circulação (nacionais dos países do Mercosul, por exemplo).

Compete à Polícia Federal as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira.²⁰⁷ Contudo, observe-se que devido à vasta extensão de nossas fronteiras e dos poucos recursos destinados a este órgão, é árduo o trabalho da Polícia Federal além de necessária sua preparação específica para lidar com as questões migratórias de acordo com a nova lei.

²⁰² Arts. 45 a 49 da Lei nº 6.815/80.

²⁰³ Art. 24, §1º da nº Lei 13.445/17.

²⁰⁴ Art. 26.

²⁰⁵ Art. 29.

²⁰⁶ Arts. 30 ao 37.

²⁰⁷ Art. 38.

Permite a admissão excepcional de criança ou adolescente desacompanhado de responsável legal e sem autorização expressa para viajar desacompanhado, independente do documento que portar, caso em que haverá encaminhamento imediato ao Conselho Tutelar ou instituição indicada por autoridade competente, com o objetivo de proteger a criança em situação de abandono ou risco.²⁰⁸

Quanto aos impedimentos, retira a hipótese de extensão do impedimento aos demais membros da família e restringe as hipóteses de proibição da entrada aos casos de prática de crime de genocídio ou ato de terrorismo, crime de guerra ou agressão, condenação ou implicação em processo por crime pelo qual o migrante possa vir a ser extraditado, nome incluído em lista de restrições por decisão judicial ou por compromisso assumido pelo Brasil, documento de viagem inválido, rasurado, falsificado ou a falta deste e de identidade, casos cuja razão da viagem não seja condizente com o tipo de visto ou com motivo alegado para isenção de visto, fraude à documentação ou informação falsa na solicitação de visto e a prática de ato contrário aos princípios e dispositivos da Constituição Federal. Por fim, reza que “Ninguém será impedido de entrar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política”.²⁰⁹

Prevê a repatriação como medida administrativa de devolução de pessoa em impedimento ao país de procedência ou nacionalidade, com imediata comunicação do ato fundamentado de repatriação à empresa transportadora e à autoridade consular do país de procedência ou de nacionalidade do migrante ou do visitante, ou a quem o representa e à Defensoria Pública da União caso não seja possível a repatriação ou o migrante seja apátrida, refugiado ou menor de 18 anos desacompanhado ou separado de sua família. Caso seja apátrida, refugiado ou menor de 18 anos não será aplicada a repatriação, exceto quando se mostrar medida favorável para garantia dos seus direitos ou para reintegração à família de origem ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nunca devolvendo o migrante para lugar onde haja risco à vida, à integridade ou à liberdade da pessoa.²¹⁰

Houve também significativas mudanças quanto à deportação. Além de não se admitir mais a prisão do deportando, a deportação será precedida de notificação pessoal e haverá prazo de 60 dias para regularizar a situação do estrangeiro no

²⁰⁸ Art. 40, V.

²⁰⁹ Art. 45.

²¹⁰ Art. 49.

Brasil. No processo de deportação haverá oportunidade para a ampla defesa e o contraditório na seara administrativa. A Defensoria Pública também deverá ser notificada para prestação de assistência ao deportando em todos os procedimentos administrativos para deportação. Em se tratando de apátrida, o procedimento de deportação dependerá de prévia autorização de autoridade competente.²¹¹

Quanto à expulsão também houve modificações importantes: não há mais a previsão de prisão do expulsando e excluiu-se a hipótese de expulsão por vadiagem e mendicância e estabeleceu-se que a expulsão só pode se dar pela prática de crime de genocídio, contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, ou ainda pela prática de crime doloso comum passível de pena privativa de liberdade, sendo considerada a gravidade do ilícito e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Estabelece, ainda, que o “processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.”²¹²

Aumenta-se, ademais, o rol de pessoas que não poderão sofrer expulsão. Não poderá ser expulso quem tem filho brasileiro sob sua guarda, dependência econômica ou socioafetiva, além de quem tem pessoa brasileira sob sua tutela. Elimina-se o tempo mínimo de 5 anos de casamento com brasileiro para que o estrangeiro não possa ser excluído, adiciona-se o companheiro brasileiro como pessoa cuja existência elimina a expulsão. O estrangeiro que tiver entrado no País até os 12 anos de idade e aqui residir não poderá ser expulso, assim como o idoso maior de 70 anos que resida no país há mais de 10 anos.²¹³

Nos casos de expulsão também serão garantidos o contraditório e a ampla defesa e a notificação da Defensoria Pública da União se não houver defensor constituído. A situação migratória do expulsando será considerada regular enquanto o processo estiver pendente de decisão.²¹⁴

Grandes modificações foram feitas no capítulo que trata da opção de nacionalidade e da naturalização. As normas mudaram completamente, a fim de adequarem-se melhor ao texto constitucional.

²¹¹ Arts. 50 ao 52.

²¹² Art. 54.

²¹³ Art. 55.

²¹⁴ Art. 59.

Foi positivada a ação de opção de nacionalidade brasileira para os filhos de pai ou mãe brasileira que desejam adquirir a nossa nacionalidade. Foram criadas as espécies de naturalização especial, para cônjuge ou companheiro há mais de 5 anos de integrante do Serviço Exterior Brasileiro ou de pessoa a serviço do Estado brasileiro no exterior ou pessoa que seja ou que tenha sido empregado em missão diplomática ou em repartição consular do Brasil por mais de 10 anos ininterruptos, e provisória à criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar 10 anos de idade, podendo a mesma ser convertida em naturalização definitiva se o naturalizando assim o requerer em até 2 anos após a maioridade.²¹⁵

Na naturalização ordinária excluiu-se os requisitos do Estatuto do Estrangeiro quanto a exigência de ser registrado como permanente, inexistência de denúncia, pronúncia ou processo criminal, de possuir profissão ou bens suficientes para manutenção da família, de bom procedimento e boa saúde. Adiciona ao cônjuge brasileiro o companheiro como pessoa cuja existência reduz o prazo para naturalização para 1 ano, desde que o cônjuge ou companheiro não pode estar separado legalmente ou de fato. Deixa de trazer a propriedade de bem imóvel como requisito para reduzir o prazo para naturalização.²¹⁶

Sobre a naturalização extraordinária, positivou a hipótese de residência no Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação criminal, desde que seja requerida a nacionalidade brasileira.²¹⁷

Quanto aos efeitos da naturalização reza que basta a publicação do ato de naturalização no Diário Oficial, excluindo o certificado de naturalização do Estatuto do Estrangeiro. Não há mais a previsão de que a naturalização não se estende aos familiares.²¹⁸

No caso do brasileiro que haja adquirido outra nacionalidade, determinou que esta poderá ser readquirida, uma vez cessada a causa, ou ter o ato que declarou a perda revogado.²¹⁹

A Lei de Migração inaugurou um capítulo inteiro para tratar da situação dos brasileiros no exterior, o que demonstra a preocupação do Estado brasileiro com os

²¹⁵ Art. 68.

²¹⁶ Arts. 64 a 66.

²¹⁷ Art. 67.

²¹⁸ Art. 73.

²¹⁹ Art. 76.

os nossos emigrantes, criando políticas públicas em atenção dos mesmos e tratando do seu retorno ao Brasil.²²⁰

Trouxe como medidas de cooperação jurídica internacional a extradição, a transferência de execução da pena e a transferência de pessoas condenadas.

Mudou sensivelmente o procedimento para extradição²²¹. Excluiu a necessidade de existência de tratado internacional ou reciprocidade e adicionou as hipóteses de vedação à extradição quando a lei brasileira impuser pena inferior a 2 anos para o crime que fundamentar o pedido, incluindo também o refugiado ou asilado territorial como pessoas não passíveis de extradição.²²²

Passou a bastar que o extraditando esteja respondendo a processo investigatório ou processo penal, ou ainda tenha sido condenado pelas autoridades do Estado requerente a pena privativa de liberdade. Não precisa mais ter a prisão necessariamente decretada como no Estatuto do Estrangeiro.²²³

Estabeleceu que a prisão cautelar poderá ser prolongada até o julgamento final da autoridade judiciária, quanto à legalidade do processo de extradição.²²⁴

Autorizou a prisão domiciliar, albergue ou que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem, além de outras medidas cautelares necessárias, sempre considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso.²²⁵

Prevê a possibilidade de entrega voluntária de extraditando, declarando expressamente a sua vontade, assistido por advogado e advertido do direito a um processo judicial por extradição e a proteção que este direito encerra. Nesse caso, o pedido também será julgado pelo STF.²²⁶

Adiciona às hipóteses em que não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requisitante preste compromisso, que o extraditando não seja submetido a tortura ou a outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes.²²⁷

²²⁰ Arts. 77 a 80.

²²¹ Arts. 88 e 89.

²²² Arts. 81 e 82.

²²³ Art. 83, II.

²²⁴ Art. 84, § 6º.

²²⁵ Art. 86.

²²⁶ Art. 87.

²²⁷ Art. 96, VI.

Faculta que, nos casos de extradição executória, a autoridade competente possa solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, observado o *non bis in idem*, quando²²⁸:

- I - o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil;
- II - a sentença tiver transitado em julgado;
- III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;
- IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e
- V - houver tratado ou promessa de reciprocidade.

Trata do instituto da transferência de execução da pena que prevê a transferência da execução da pena de uma pessoa que tenha fugido do país onde foi condenada, para evitar o cumprimento da sentença, para o Estado de sua nacionalidade.²²⁹ Reza que o pedido de transferência da execução da pena de Estado estrangeiro será recebido pela via diplomática ou pelas autoridades centrais, sendo recebido pelo Poder Executivo e encaminhamento ao Superior Tribunal de Justiça para homologação.²³⁰

Por fim, trata da transferência de pessoa condenada (TPC) para cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais em seus países de origem tem cunho essencialmente humanitário, pois visa à proximidade da família e de seu ambiente social e cultural, o que vem a ser importante apoio psicológico e emocional facilitando sua reabilitação após o cumprimento da pena.²³¹ O instituto pode ser aplicado quando houver tratado ou promessa de reciprocidade e quando presentes os seguintes requisitos²³²:

- I - o condenado no território de uma das partes for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra parte que justifique a transferência;
- II - a sentença tiver transitado em julgado;

²²⁸ Art. 100.

²²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Transferência de execução da pena**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-execucao-da-pena>>. Acesso em 11 de maio de 2018.

²³⁰ Arts. 100 a 102 da Lei nº 13.445/17.

²³¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Transferência de pessoa condenada**. Disponível em <<http://justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas>>. Acesso em 11 de maio de 2018.

²³² Art. 103 da Lei nº 13.445/17.

- III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;
- IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambos os Estados;
- V - houver manifestação de vontade do condenado ou, quando for o caso, de seu representante; e
- VI - houver concordância de ambos os Estados.²³³

A transferência pode ser concedida com a aplicação de medida de impedimento de reingresso no território nacional.

No capítulo que trata das infrações e penalidades administrativas, prevê condutas e sanções administrativas que podem ser aplicadas nos casos de descumprimento. Em geral são sanções de multa e deportação.

Nas disposições finais e transitórias determina que a Lei de Migração não prejudica direitos e obrigações estabelecidos por tratados vigentes no Brasil e que sejam mais benéficos ao migrante e ao visitante, em particular os tratados firmados no âmbito do Mercosul, que as autoridades brasileiras serão tolerantes ao uso do idioma do residente fronteiriço e do imigrante em órgãos e repartições públicas e que não serão cobradas taxas ou emolumentos consulares pela concessão de vistos ou para obtenção de documentos para regularização migratória a integrante de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica.²³⁴

Também altera a denominação do Registro Nacional de Estrangeiro para Registro Nacional Migratório, eliminando preconceitos na linguagem utilizada.²³⁵

Por fim cria a Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia, a qual coordenará e articulará ações setoriais implantadas pelo Poder Executivo federal em cooperação com os demais entes federativos, com a participação de organismos internacionais e entidades privadas.

Estabelece que ninguém será preso por razões migratórias, exceto nos casos previstos na Lei.²³⁶

A nova lei não faz menção ao Conselho Nacional de Imigração, que foi criado pelo Estatuto do Estrangeiro.²³⁷ No entanto, a medida provisória 782, editada em 31/05/2017, estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos ministérios, e nela é previsto o Conselho Nacional de

²³³ Art. 104.

²³⁴ Arts. 111 ao 113.

²³⁵ Art. 117.

²³⁶ Art. 123.

²³⁷ Art. 129 da Lei nº 6.815/80.

Imigração como órgão integrante do Ministério do Trabalho, que recebe a competência para definir as políticas nacionais de imigração.²³⁸

A Lei de Migração teve 20 itens vetados pela Presidência da República, dos quais alguns nos importam neste trabalho, a saber: a definição geral de migrante como pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, para incluir o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida²³⁹; outras hipóteses de visto temporário a serem reguladas posteriormente²⁴⁰; a possibilidade da concessão de visto ou de autorização de residência para fins de reunião familiar ser estendida, por meio de ato fundamentado, a outras hipóteses de parentesco, dependência afetiva e fatores de sociabilidade²⁴¹; a admissão extraordinária de criança ou adolescente que esteja acompanhado de responsável legal residente no País, desde que manifeste a intenção de requerer autorização de residência com base em reunião familiar²⁴²; a dispensa do serviço militar obrigatório ao brasileiro naturalizado ou por opção que já tenha cumprido tal obrigação no país de nacionalidade anterior²⁴³; a condição de vulnerável ao indivíduo que responda criminalmente em liberdade²⁴⁴; os direitos originários e à livre circulação de povos indígenas ou das populações tradicionais em terras tradicionalmente ocupadas²⁴⁵; a revogação das expulsões antes da Constituição de 1988²⁴⁶; a não expulsão do criminoso residente no Brasil há mais de 4 anos quando da prática de crime²⁴⁷; a redução do prazo de residência para fins de naturalização ordinária a originário de país de língua portuguesa e a natural de Estado-Parte ou de Estado associado ao Mercosul²⁴⁸; a possibilidade de o imigrante exercer cargo, emprego e função pública²⁴⁹; a extensão aos visitantes dos direitos sociais previstos nos incisos I, II, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XV do art. 4º da Lei²⁵⁰; a aposição de visto em qualquer documento de viagem emitido nos padrões estabelecidos pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) ou

²³⁸ Art.56, II da Medida Provisória nº 782/17, transformada na Lei Ordinária nº 13.502/17.

²³⁹ Inciso I do § 1º do art. 1º da Lei nº 13.445/17.

²⁴⁰ Parágrafo 10 do art. 14.

²⁴¹ Parágrafo único do art. 37.

²⁴² Inciso IV do art. 40.

²⁴³ Art. 74.

²⁴⁴ Parágrafo 4º do artigo 113.

²⁴⁵ Parágrafo 2º do art. 1º.

²⁴⁶ Art. 116 e parágrafo único.

²⁴⁷ Alínea e do inciso II do art. 55.

²⁴⁸ Incisos I e IV do art. 66.

²⁴⁹ Parágrafos 2º e 3º do art. 4º e alínea d do inciso II do art. 30.

²⁵⁰ Parágrafo 4º do art. 4º.

pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha²⁵¹ e a anistia aos imigrantes que tenham entrado no território nacional até 6 de julho de 2016, independente da situação migratória²⁵², um pedido apresentado em 2013 pela Associação Nacional dos Estrangeiros (ANEIB) e que havia sido aprovado pelo Senado.

Concluimos que a Lei de Migração trouxe bastantes avanços com relação a proteção dos direitos humanos dos estrangeiros no Brasil. Contudo, alguns dos vetos deixaram de lado preceitos que poderiam ser adotados para melhorar a condição do estrangeiro, e especialmente dos refugiados, em nossas fronteiras.

4.2. Os direitos humanos dos refugiados na Nova Lei de Migração (Lei 13.445/17)

A nova Lei de Migração contempla o estrangeiro como migrante, proporcionando uma definição generalista que abarca os seus vários titulares. Reconhece o migrante, independentemente de sua nacionalidade e forma de ingresso, como um sujeito de direitos, e promove o combate à xenofobia e a não-discriminação como princípios da política migratória brasileira. Reconhece a contribuição histórica e contemporânea dos migrantes para o desenvolvimento econômico e cultural do Brasil, e, com esse reconhecimento, dá condições para que tal contribuição tenha continuidade. As mudanças abordam, sobretudo, o combate à criminalização do imigrante e a contribuição para a desburocratização dos procedimentos documentais.

Dentre os migrantes, está o refugiado, mencionado pela lei em diversas oportunidades, sendo destinatário da proteção garantida pela mesma.

Como vimos, a nova Lei de Migração é elogiada por organismos internacionais e, em conjunto com a Lei de Refúgio de 1997, coloca o Brasil em uma posição de vanguarda na proteção dos direitos do migrante.

A Lei de Migração prevê que seus dispositivos não prejudicam as normas internas e internacionais específicas sobre refugiados e que seus direitos e garantias são exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, não excluindo outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte. Assim, harmoniza a legislação interna e

²⁵¹ Parágrafo único do art. 6º.

²⁵² Art. 118 e parágrafos.

internacional sobre o assunto, garantindo proteção a pessoa do refugiado de maneira ampla.²⁵³

Amplia o rol de documentos de viagem, permitindo uma mais fácil identificação e melhor condição de ingresso no território nacional das pessoas que migram forçadamente, muitas vezes deixando para trás seus documentos, já que temem pela própria vida ou liberdade.²⁵⁴ Determina, ademais que a identificação civil de solicitante de refúgio, de asilo, de reconhecimento de apatridia e de acolhimento humanitário poderá ser realizada com o documento de que o imigrante dispuser.²⁵⁵

Além disso, institui o visto temporário para acolhida humanitária, a ser concedido ao apátrida ou ao nacional de país que, entre outras possibilidades, se encontre em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, situação que possibilita o reconhecimento da condição de refugiado, segundo a Lei nº 9.474/97.²⁵⁶ Tal visto também garante ao refugiado a permissão para trabalhar dentro do território nacional.

Prevê a autorização de residência para beneficiário de refúgio, asilo ou proteção ao apátrida, inclusive ao menor nacional de outros país ou apátrida desacompanhado ou abandonado dentro de nossas fronteiras ou de vítima de violação a direito agravada pela situação migratória.²⁵⁷ Determina que o solicitante de refúgio, asilo ou de proteção à apatridia fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta do seu pedido.²⁵⁸ A autorização de residência estende-se para os familiares, até o 2º grau, do autorizado para fins de reunião familiar.²⁵⁹

Quando trata das medidas de retirada compulsória, prevê a aplicação da Lei de Refúgio (Lei 9.474/97), de tratados, instrumentos e mecanismos de proteção humanitária, garantindo ao deportando ou expulsando o direito ao devido processo legal, perante à Justiça Federal.²⁶⁰ Ainda, proíbe a repatriação de pessoa em situação de refúgio ou apatridia, de fato ou de direito.²⁶¹

²⁵³ Arts. 2º e 4º.

²⁵⁴ Art. 5º.

²⁵⁵ Art. 20.

²⁵⁶ Art. 14, I, c.

²⁵⁷ Art. 30.

²⁵⁸ Art. 31.

²⁵⁹ Art. 37.

²⁶⁰ Arts. 46 e 48.

²⁶¹ Art. 49, § 4º.

Veda, inclusive, a repatriação, a deportação ou a expulsão de indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida pode colocar em risco a vida ou a integridade pessoal.²⁶²

Proíbe a extradição do beneficiário de refúgio, nos termos da lei, ou de asilo territorial.²⁶³

Reza que não serão cobradas taxas e emolumentos consulares pela concessão de vistos ou para obtenção de documentos para regularização migratória aos integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica. Foi vetado o artigo que definia os indivíduos em situação de vulnerabilidade, mas por questão lógica, os refugiados devem estar incluídos nesse grupo.²⁶⁴

Institui a Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia, que terá a finalidade de coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo Poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas. Mais uma vez, destaca-se a presença do refúgio como objeto de políticas públicas por parte do governo.

Por fim, manda que na aplicação da Lei de Migração devem ser observadas as disposições da Lei de Refúgio nas situações que envolvam refugiados e solicitantes de refúgio e que a aplicação da lei não impede o tratamento mais favorável assegurado por tratado em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com isso, observamos que apesar dos vetos, há muitos pontos positivos que representam avanços e que estão em consonância com normas internacionais sobre refugiados. Houve a implementação em lei do que antes eram apenas matérias de regulamentações e normas esparsas, como vistos humanitários, e ampliação de vistos temporários e de reunião familiar.

Segundo Adriane Secco, o refugiado necessita de uma assistência não só social, mas política, pois normalmente chegou ao Brasil fugindo de guerras e perseguições em seu país de origem. O refugiado corre riscos sérios a sua integridade física e psíquica se retornar ao país de origem sem que a situação deste

²⁶² Art. 62.

²⁶³ Art. 82, IX.

²⁶⁴ Art. 113, § 3º.

esteja apaziguada. Portanto, ele busca não só a assistência social, mas a proteção de um Estado que lhe garanta direitos fundamentais de sobrevivência. Embora haja diferenciação entre os conceitos de refugiado e imigrante e na documentação dos mesmos, tanto o imigrante quanto o refugiado são pessoas que migram e, na prática, a igualdade perante os brasileiros deve prevalecer no que tange a acesso a serviços básicos, como trabalho, saúde e educação.²⁶⁵

Em sendo assim, percebemos um grande avanço tanto na política migratória brasileira, quanto na política com relação aos refugiados, protegidos como tal por legislação própria, mas, sobretudo, protegidos como migrantes, indivíduos considerados em pé de igualdade com os brasileiros, com acesso a direitos sociais, acesso facilitado a serviços públicos e facilitação em sua identificação e reunião familiar.

Espera-se, portanto, que com a nova Lei de Migração, melhore as condições de vida dos refugiados no Brasil, já que reconhecidos uma série de direitos dos imigrantes em condições de igualdade com os nacionais, promovido o combate à criminalização do imigrante e positivada uma verdadeira contribuição para a desburocratização dos procedimentos documentais.

Contudo, somente a partir da aplicação efetiva da nova lei, mesmo depois de sua já bastante criticada regulamentação, poderemos ter um panorama dos reais benefícios trazidos pelo diploma legal para os refugiados que se encontram em território brasileiro.

Sobre tais críticas, ressaltamos a reunião pública realizada no dia 15 de novembro de 2017 no auditório da instituição filantrópica de apoio e acolhimento a imigrantes e refugiados, a Missão e Paz. Participaram organizações da sociedade civil, organismos internacionais, acadêmicos, imigrantes e refugiados que elaboraram uma carta aberta sobre a regulamentação da Lei pelo Decreto 9.199/17, onde constam 15 pontos que apontam situações que representam retrocesso com relação ao que foi sancionado na lei. São eles:

- Apresenta sérias lacunas postergando, para “atos ministeriais futuros”, critérios e condições para acesso a direitos;

²⁶⁵ SECCO, Adriane. **Os prós e contras da nova Lei de Migração**. *Justificando*, 2. jun.2017. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/02/os-pros-e-contras-da-nova-lei-demigracao/>>. Acesso em 14 de maio de 2018.

- Mantém possibilidades de arbitrariedades e discricionariedades ao não disciplinar e definir termos amplos previstos em lei, como “atos contrários aos princípios e objetivos constitucionais”;
- Mantém a confusão entre justiça criminal e migração quando condiciona o acesso ao direito de migrar à ausência de antecedentes penais e condenação penal, concretizando uma dupla penalização;
- Mantém a pessoa aguardando expulsão no Brasil sem a possibilidade de regularização migratória;
- A minuta contradiz a Lei, que garante a não criminalização de migrantes por sua condição migratória, e prevê a prisão de migrantes devido à sua condição migratória;
- Inclui previsão de prisão para fins administrativos, prática vedada pela Constituição Federal;
- Dificulta ou restringe as possibilidades de reunião familiar;
- Reduz de 90 para 30 dias o prazo para que o migrante se apresente à Polícia Federal após publicação no D.O.U., em vista de regularizar documentos/residência permanente;
- Não estabelece parâmetros sobre as condições, prazos e requisitos para a emissão do visto humanitário, uma vez que se trata de um dos temas mais emblemáticos do novo conjunto normativo sobre Migrações no Brasil;
- Cria um sistema complexo e intrincado de tipologias de vistos e residências, atrelando o acesso a documentos às motivações, ocupações e condições limitadas e provisórias;
- Restringe a obtenção de visto de trabalho e não esclarece o que quer dizer com prioridade para “mão-de-obra estratégica”, mantendo a lógica seletiva do Estatuto do Estrangeiro;
- Mantém a atual prática do uso do “protocolo” que restringe o acesso a direitos já garantidos;
- Ao detalhar apenas alguns motivos (“por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política”) que determinam a “não devolução”, reduz o conceito de refúgio, na medida em que essas não são as únicas razões que ameaçam a vida das pessoas;
- Dá poder a PF para disciplinar via portaria sobre matérias centrais (como deportação, expulsão e repatriação). A PF, no entanto, é um ente subordinado que aplica as normativas e não pode regulá-las ou ser discricionário na matéria. É aplicador da normativa e não formulador das regras;
- Não há prazos previstos para edições dos atos complementares, tampouco a previsão de participação social em suas elaborações.²⁶⁶

O governo, no entanto, ignorou todas as críticas e o Decreto Regulamentar 9.199/17 entrou em vigor na data da sua publicação com todos os seus dispositivos originais. Em sendo assim, de uma simples leitura do decreto se constata que houve demasiada burocratização que dificulta a aplicação da lei.

Embora o decreto regulamentar não seja objeto do nosso trabalho, vale salientar, a título de exemplo, que o mesmo trata o migrante em situação irregular

²⁶⁶ MISSÃO E PAZ *et all.* **Carta aberta sobre o processo de participação social na regulamentação da Lei 13.455/17 e pontos preocupantes na minuta do decreto da nova Lei de Migração.** São Paulo, 15 de novembro de 2017. Disponível em <<http://www.missaonspaz.org/single-post/2017/11/18/Carta-aberta-sobre-o-processo-de-participa%C3%A7%C3%A3o-social-na-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Lei-1345517-e-pontos-preocupantes-na-minuta-do-decreto-da-nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 14 de maio de 2018.

como “clandestino”, quando a própria lei em vigor faculta um prazo para regularização do estrangeiro nessa situação²⁶⁷.

Podemos então concluir que a nova Lei de Migrações é um forte instrumento de proteção aos direitos humanos no Brasil, coadunando-se com os tratados internacionais assinados sobre a matéria e regulamentando questões antes explícitas na Constituição Federal e nos tratados ratificados, mas espalhadas em outros textos legislativos ou no finalmente revogado Estatuto do Estrangeiro.

Contudo, é necessário que o seu regulamento condiga com o que reza a Lei de Migrações, sendo considerados inválidos os termos que a contradigam.

²⁶⁷ Art. 172 do Decreto nº 9.199/17.

Conclusão: uma análise prospectiva das Relações Internacionais.

A globalização intensificou o fluxo migratório entre os países, o que deu causa à necessidade de proteger a pessoa humana além dos limites das fronteiras nacionais. Problemas que antes afetavam apenas um país, hoje, numa lógica de interdependência complexa, transcendem os limites territoriais e são compartilhados pela comunidade internacional, como a questão dos direitos humanos dos refugiados.

A temática dos refugiados está atualmente no foco e na agenda internacional. Vivemos, no século XXI, a maior crise migratória desde a Segunda Guerra Mundial. Em 2015 intensificou-se a crise migratória na Europa e no Oriente Médio. A guerra na Síria, os grandes desastres naturais que ocorreram no Haiti e a crise econômica e política na Venezuela são exemplos de situações que levaram ao aumento do fluxo de migrantes forçados em todo mundo.

Tal debate reflete nas relações internacionais contemporâneas como catalizador de discussões sobre segurança, cooperação internacional e proteção aos direitos humanos.

A questão dos refugiados tornou-se matéria não somente de *low policies*, por referir-se a tema de direitos humanos, mas uma questão de *high policies*, ou seja, ligada aos temas da segurança e dos interesses estratégicos dos países. Acompanhamos nações que abrem as portas para os refugiados, cumprindo os tratados internacionais sobre direitos humanos, e aqueles que fecham suas fronteiras sob o argumento da segurança interna.

Nem sempre os migrantes adentram os países com o ideal pacifista kantiano de integrar-se às comunidades internas, formando verdadeiros guetos, isolando-se da população local e deixando de estreitar vínculos com os países que os acolhem. Como exemplos, temos os bairros Molenbeek-Saint-Jean, em Bruxelas e Seine-Saint-Denis em Paris.

O terrorismo, por sua vez, tem se constituído em preocupação ligada à questão das migrações. Atentados como o do Bataclan (2015), de Nice (2016), de Manchester (2017) e de Barcelona (2017) foram protagonizados por migrantes indocumentados, o que aumenta a insegurança dos países em receber refugiados.

Diante da dicotomia entre humanismo cosmopolita e nacionalismo securitário, os países tomam posições que nem sempre agradam toda a comunidade interna ou

internacional. O fato é que decisões políticas devem ser tomadas para resolver os problemas que afetam a dinâmica interna e externa dos países, como é o caso dos refugiados.

O Brasil, nesse contexto, comprometeu-se, ao ratificar tratados internacionais, a proteger os direitos humanos em seu caráter universal e indivisível, notadamente a dignidade da pessoa humana.

A redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1988, veio reforçar o caráter humanista do Estado brasileiro, trazendo, dentre outras garantias, a prevalência dos direitos humanos e a igualdade entre brasileiros e estrangeiros. No entanto, até o final do ano passado vigorava o antigo Estatuto do Estrangeiro, o qual enxergava os migrantes, como uma ameaça ao interesse nacional.

Para se coadunar com os dispositivos constitucionais, com a legislação interna e com os pactos firmados externamente, foi promulgada a Nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/17) em substituição do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), oriundo da época da ditadura militar no Brasil, quando prevalecia a “doutrina da segurança nacional”, sob um contexto de bipolaridade em que o Brasil estava alinhado ao bloco capitalista.

A mudança legislativa ocorre apenas 29 anos após a Constituição, pelo que questiona-se esse extenso lapso temporal e as verdadeiras intenções do Brasil em se colocar como protetor dos direitos da pessoa humana independente da nacionalidade. Estamos um momento em que a perspectiva com relação ao estrangeiro está mudada e o fenômeno migratório é visto com mais naturalidade. Mesmo assim, ainda é acirrado o debate sobre os prós e os contras das migrações.

A nova lei traz dispositivos que garantem aos migrantes direitos sociais em igualdade de condições com os brasileiros e combate a criminalização da migração e a xenofobia, regendo-se a política migratória pelos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

A Lei de Migração, mesmo com os vetos da Presidência da República, representa um grande avanço na proteção dos agora denominados migrantes, inclusive dos refugiados, mencionados pela lei em diversas oportunidades como migrantes, sem prejuízo das garantias inerentes à sua condição, fixadas por lei ou por tratados internacionais.

A regulamentação da lei pelo Decreto 9.199/17, que já é bastante criticado por especialistas e organizações não governamentais, por sua vez, coloca em risco

a consecução desses direitos, tendo em vista que burocratiza a sistemática de ingresso e concessão de vistos, trata o migrante em situação irregular como clandestino e remete à lógica seletiva do Estatuto do Estrangeiro, dentre outros problemas. Em sendo assim, criou-se um paradoxo entre os supostos avanços da Lei de Migração e os dispositivos conservadores do decreto regulamentar. Tal situação nos faz refletir se existe de fato um progresso legislativo no Brasil com relação à situação migratória.

Ademais, como vimos, o discurso progressista brasileiro nem sempre corresponde à prática das políticas interna e externa, pois pouco vem sendo feito em termos de planejamento para receber os migrantes forçados.

Nesse esteio, é de se questionar se a posição tomada pelo Brasil foi ou não acertada.

O Brasil assumiu um posicionamento em relação ao aumento dos fluxos migratórios, se colocando como país receptor de migrantes no cenário internacional. No entanto, a sua postura é bastante dúbia quando se trata da prática na recepção de migrantes, especialmente quando edita um decreto regulamentar que vai de encontro à progressista Lei de Migração.

Em sendo assim, uma postura que deveria servir de exemplo aos demais países do globo, acaba por restar prejudicada pela falta de técnica legislativa interna e pelas dificuldades práticas na recepção dos migrantes.

Portanto, é de se esperar que, com a aplicação da lei e do seu decreto regulamentar, sejam visualizados os problemas deste último para que seja efetuada sua modificação, sob pena de ir contra o princípio do não retorno dos direitos fundamentais e de aumentarem ações judiciais contra a constitucionalidade e legalidade do decreto, gerando demora nos trâmites e incerteza jurídica. Somente com a revisão do decreto regulamentar poderá prevalecer o espírito da Lei de Migração que se ajusta em grande medida com os compromissos assumidos pelo Brasil internacionalmente.

Espera-se que a aplicação da lei possa melhorar as condições de vida dos migrantes no Brasil, em especial a situação dos refugiados, já que seu texto tem o viés humanista que estava faltando na legislação interna brasileira sobre migrantes.

Outra situação que põe a lei à prova é a recente entrada de mais de 40 mil venezuelanos no Estado de Roraima. Tais pessoas chegam ao país necessitando

de cuidados básicos como alimentação, vacinação e saúde para sua posterior regularização e integração às comunidades brasileiras.

Apenas medidas emergenciais foram tomadas até o momento, tais como a edição, pelo presidente Michel Temer, das Medidas Provisórias 820/18 e 823/18 para destinação de recursos e auxílio na crise de refugiados no Estado de Roraima.

A Lei de Migração, apesar de ser bastante progressista, também é quase desconhecida da população, o que faz com que a sociedade insurja-se contra o imigrante de forma preconceituosa.

Já se iniciou através da imprensa uma melhor divulgação da nova condição do imigrante no país, no entanto deve-se investir em campanhas governamentais para esclarecimento e conscientização da população a respeito do problema dos refugiados como detentores de direitos no país, em pé de igualdade com os nacionais.

A dignidade no tratamento desses indivíduos, especialmente dos refugiados, é essencial para que o Brasil possa ser reconhecido como verdadeiro país de migração e protetor dos direitos humanos, conforme tem desejado e construído a sua agenda nos últimos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado**. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf>. Acesso em 10/04/2018

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Nadia de. **A internalização dos tratados internacionais do Direito brasileiro**. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (coords.) *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

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

BRASIL. **Mensagem Presidencial n. 64/1980**. Brasília-DF: Congresso Nacional, 1980.

_____. Ministério da Justiça. **Transferência de execução da pena**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-execucao-da-pena>>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____, BRASIL. Ministério da Justiça. **Transferência de pessoa condenada**. Disponível em <<http://justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas>> Acesso em 11 de maio de 2018.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BEDIN, Gilmar Antonio; OLIVEIRA, Maria Odete de; SANTOS JR., Raimundo Batista dos; MIYAMOTO, Shiguenoli. **Paradigmas das Relações Internacionais**. Ed. UNIJUÍ, Ijuí: 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.

_____, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de Política**. v.1. Brasília: UNB, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Brasília: Funag, 2012.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, et all. **Carta aberta de apoio a mudança da lei atual sobre migrações**. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Atualizada_CARTA%20ABERTA%20DE%20APOIO%20A%20MUDAN%C3%87A%20DA%20LEI%20ATUAL%20SOBRE%20MIGRA%C3%87%C3%95ES.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, José Soares. **A negociação coletiva de trabalho supranacional no âmbito do Mercosul**. Uma visão crítico-prospectiva. Recife: Nossa Livraria, 2008.

FISCHEL DE ANDRADE, José Henrique. **A política de proteção ao refugiados da Organização das Nações Unidas: sua gênese no período pós-Guerra (1946-1952)**. Brasília: UNB, 2006.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GOMES, J.J. Canotilho. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2010.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *In* NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. **A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais**. *In* Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

_____, **Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados**. *In* Sur, Revista internacional de direitos humanos. 2009, vol.6, n.10, pp.120-137. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-4452009000100007>> Acesso em 2 de maio de 2018.

HATHAWAY, James. **The Rights of Refugees under International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

JACKSON, Robert H.; SØRENSEN, George. **Introdução às Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

JUBILUT, Líliliana Lyra. **O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. **O Estatuto Do Estrangeiro e a Lei De Migrações: entre a doutrina da Segurança Nacional e o desenvolvimento humano**. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42884/R%20-%20D%20-%20PEDRO%20HENRIQUE%20GALLOTTI%20KENICKE.pdf?sequence=1>>. Acesso em 9 de maio de 2018.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and interdependence**. 3ª ed. Nova Iorque: Longman, 2001.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MISSÃO E PAZ *et all*. **Carta aberta sobre o processo de participação social na regulamentação da Lei 13.455/17 e pontos preocupantes na minuta do decreto da nova Lei de Migração**. São Paulo, 15 de novembro de 2017. Disponível em <<http://www.missaonspaz.org/single-post/2017/11/18/Carta-aberta-sobre-o-processo-de-participa%C3%A7%C3%A3o-social-na-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Lei-1345517-e-pontos-preocupantes-na-minuta-do-decreto-da-nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 14 de maio de 2018.

MOREIRA, Julia Bertino. **Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil**. In Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 53, n. 1,

jan-jul, 2010. pp. 112-129. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292010000100006> Acesso em 5 de maio de 2018.

_____, Julia Bertino. **Política em relação aos refugiados no Brasil**. Tese (Doutorado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas.

NERY, Nelson. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: Estudos de introdução**. Curitiba: Juruá, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”**. Belo Horizonte, 2009. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraLD_1.pdf>. Acesso em 27/02/2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SALLES, Denise Mercedes Nunez Nascimento Lopes; Gonçalves, Fernanda Cristina Nanci Izidoro. **A atuação do estado brasileiro na proteção dos refugiados: a**

distância entre a legislação e a garantia dos direitos humanos. *In Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*. v.1. n. 2, set-dez/2016, pp 111-132.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos.** *In*. BALDI, César Augusto. (org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

SECCO, Adriane. Os prós e contras da nova Lei de Migração. *Justificando*, 2. jun.2017. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/02/os-pros-e-contras-da-nova-lei-demigracao/>>. Acesso em 11 de maio de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SÓFOCLES. **Antígona.** São Paulo: Paz e Terra, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006

_____, **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI.** Disponível em <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>> Acesso em 16/05/2018.

VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** *In* Revista de direito constitucional e internacional, nº 61, out.-dez/2007. pp. 25-48.