VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

WANDA MARIA DE LEMOS ARNAUD

MARIANA RODRIGUES CANOTILHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Mansani Queda De Toledo; Mariana Rodrigues Canotilho; Wanda Maria de Lemos Arnaud – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-477-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Liberdade. 3. Constituição. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Internacional dos Direitos Humanos I", durante o VII Encontro Internacional do Conpedi, sobre o Tema Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial: atualizações e perspectivas, realizado nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, promovido em parceria com o curso de Direito da Universidade do Minho, em Braga, Portugal. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais e internacionais, que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos ao direito internacional dos direitos humanos, os quais tem sido debatidos não somente no Brasil mas também, em todo o mundo.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 19 ao todo, dos quais foram apresentados 8, um deles compôs o painel de abertura do Congresso. Todos foram permeados de intensos debates, desde o enfrentamento das dimensões gerais sobre questões dos fluxos migratórios e o conceito de fraternidade, de um caso brasileiro sobre a proteção dos refugiados, perpassou também a importância dos entes subnacionais e suas atuações no sistema interamericano, além da análise da condição da mulher também nesse sistema. Foram objeto de análise igualmente a existência de legislação infraconstitucional que prevê a possibilidade de divulgação de lista de suspeitos em pedofilia no Brasil e, por derradeiro, a discussão do direito à habitação no Tribunal Europeu como forma de respeito à vida privada e familiar, tudo em torno dos conceitos de direito internacional humanitário. Os temas dialogados tem amplo espectro e demonstram a importância do encontro científico, além do enfrentamento de problemas mundiais no que diz respeito às questões teóricas e práticas dos direitos humanos no Brasil e no mundo. Os debates foram enriquecidos com as trocas internacionais da coordenação da mesa em sintonia com os expositores. A leitura desta coletânea indicará a preocupação com a proteção integral ao direito fundamental da efetiva dignidade daqueles que integram a sociedade mundial e revela-se como uma singular contribuição acadêmica ao direito internacional dos direitos humanos, título do grupo de trabalho.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Cláudia Mansani Queda De Toledo - Faculdade de Direito do Sul de Minas - Brasil - FDSM

Mariana Rodrigues Canotilho - Escola de Direito da Universidade do Minho

Wanda Maria de Lemos Arnaud - Instituto de Estudos Políticos de Toulouse

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REFLEXOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS: ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

REFLECTIONS OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW ON PROTECTION OF REFUGEES: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE

William Paiva Marques Júnior

Resumo

Um dos problemas contemporâneos do Direito Internacional dos Direitos Humanos é a denominada “crise mundial no trânsito de pessoas”, conforme a qual os refugiados são destinatários de dignidade e de direitos. A pesquisa tem bases metodológicas: normativas, doutrinárias e jurisprudenciais e alcança um direcionamento declaratório da atuação do Estado brasileiro na proteção dos refugiados, como reflexo das diretivas internacionais.

Palavras-chave: Refugiados, Dignidade, Direitos humanos, Caso brasileiro, Proteção

Abstract/Resumen/Résumé

One of the contemporary problems of international human rights law is the so-called "world crisis in the transit of people", according to which refugees are recipients of dignity and rights. The research has methodological bases: normative, doctrinal and jurisprudential and reaches a declaratory direction of the Brazilian State's action in the protection of the refugees, as a reflection of the international directives.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Refugees, Dignity, Human rights, Brazilian case, Protection

1 INTRODUÇÃO

O intenso processo de globalização ocorrido no final do Século XX e início do Século XXI, aprofundou os fluxos migratórios especialmente dos países menos desenvolvidos para aqueles que apresentam maiores níveis econômicos. Nesse contexto, cresce em importância a proteção dos direitos humanos para os refugiados como preocupação global.

A realidade contemporânea internacional –especialmente na Europa- revela que o ingresso de um enorme contingente de refugiados desprovidos de condições econômicas favoráveis (especialmente africanos e muçulmanos), privados do acesso aos mais básicos direitos humanos, gera manifestações excludentes, xenófobas e racistas de alguns cidadãos europeus.

A temática repercute no âmbito da segurança dos Estados responsáveis pelo recebimento de imigrantes. Essa situação tem sido verificada na Europa e em outros continentes, que revelam uma importância crescente dos refugiados como sujeitos de dignidade e de direitos à luz do arcabouço protetitvo oriundo dos direitos humanos.

A construção do Direito Internacional dos Refugiados surge a partir do contributo oriundo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ambos extremamente influenciados pela necessidade de se estabelecer uma cultura global de promoção e proteção dos direitos humanos.

2. DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTO AXIOLÓGICO

A historicidade dos direitos humanos acompanha a própria evolução do homem e encontra maior sistematização a partir das primeiras declarações de direitos ocorridas no século XVIII. Em sua gênese eram denominados *direitos do homem* (nomenclatura ainda adotada por diversos autores contemporâneos).

Para Robert Alexy (2007, págs. 96 e 97) os direitos do homem não são uma descoberta do século XX. Raízes da história das ideias deixam remontar-se às suas origens até na antiguidade. Pense-se somente na fórmula figural de Deus no Gênesis 1.27 (“E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou”), na fórmula de igualdade, do novo testamento, de Paulo na carta aos Gálatas 3.28 (“Não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus”) e na ideia de igualdade cosmopolita da escola estóica. Daqui até os direitos endereçados ao estado e que podem ser impostos judicialmente foi, contudo, ainda um longo caminho. Segundo rastros antigos, como a *Magna Charta libertatum* medieval, do ano de 1215, produziram-se as primeiras positivações de certos elementos jurídico-fundamentais na Inglaterra revolucionária

do século XVII, como os *Habeas Corpus Act* (1679). Seu primeiro desenvolvimento pleno, a ideia de direitos do homem e fundamentais experimentou na revolução americana e na francesa. Em 12 de Junho de 1776 produziu-se com o *Virginia Bill of Rights* a primeira positivação plena dos direitos do homem. Em 26 de agosto de 1789 seguiu a declaração dos direitos do homem e do cidadão francesa.

De acordo com a tradição judaico-cristã, o ser humano era o reflexo da imagem divina e esta concepção de fundar o respeito aos homens por influência religiosa representou o nascedouro dos direitos do homem com nítida feição universal e dogmática (visto que relacionados a uma verdade eterna revelada por Deus).

Pode-se afirmar que essa espécie de direitos tem como sujeitos os indivíduos e refletem seus mandamentos, especialmente, em sociedades nitidamente individualistas (como ocorre no tocante àquelas que adotam o capitalismo no modelo estadunidense).

Segundo esposado por Celso Albuquerque Mello (2003, pág. 216), a história dos Direitos Humanos é tão antiga quanto a própria História. Sempre os filósofos, ou de modo mais amplo os pensadores, defenderam para alguns ou todos os seres humanos algum direito importante para o seu desenvolvimento. O grande fundamento é a dignidade do ser humano, fácil de ser explicada por aqueles que têm mentalidade religiosa, uma vez que o ser humano é uma criação de Deus feito a sua imagem. Para os agnósticos, a questão envolve uma discussão mais sofisticada, e muitas vezes há dúvidas se alguns seres humanos tenham realmente a referida dignidade. Ao se observar um bando de miseráveis torna-se difícil descobrir a dignidade humana.

Tradicionalmente os direitos humanos são analisados sob o prisma reducionista da noção de indivíduo, ao passo que o contexto do pós-positivismo inclusivo implica em uma abordagem dos direitos humanos à luz da complexidade das relações sociais plasmada no fenômeno ampliativo do multiculturalismo.

Para Caridad Velarde (2006, p. 229/230), os direitos humanos são culturais e a-históricos, o que não significa que eles são absolutamente relativos: eles pertencem a uma determinada cultura, e através do diálogo intercultural e pode ser assumida por outras. Pode-se dizer, nesse sentido, eles são universalizáveis, porque o fato de que os direitos, tanto como um conceito, como no que diz respeito ao seu conteúdo, sejam culturais, não significa que só fazem sentido no campo cultural. Eles têm, no entanto, a capacidade de transcender aos limites do espaço e do tempo.

O discurso predominante vincula a gênese dos direitos humanos ao desenvolvimento da modernidade ocidental. Neste sentido, eles estariam atrelados à ideia de

racionalidade científica uniformizante, surgida no momento histórico do iluminismo (na ambiência ideológica do antropocentrismo cartesiano) e delineada ao longo da modernidade, que, no campo jurídico, resultou no movimento da codificação entre os Séculos XIX e XX, na busca por mais racionalidade, clareza, técnica e uniformidade, especialmente após as transformações advindas a partir da Revolução Francesa, notadamente com o Código Civil de Napoleão Bonaparte de 1804, marco histórico das codificações. Nesse mesmo momento histórico, ocorre a positivação das primeiras fontes consideradas como sistematizadoras dos direitos humanos.

Sobre a delimitação conceitual dos direitos humanos, preleciona Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 50): de acordo com os direitos humanos que aparecem como um conjunto de poderes e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade humana, liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional[1].

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva (2.007, págs. 196 e 199) adverte que, ao se considerar a percepção objetiva dos valores, duas são as possibilidades de fundamentação dos direitos humanos, cujas matrizes teóricas - apesar de cada uma ostentar suas peculiaridades– apresentam essa mesma origem. Trata-se da fundamentação jusnaturalista e da fundamentação ética. A primeira considera os direitos humanos como direitos naturais. Para a fundamentação jusnaturalista tradicional, os direitos humanos são vistos como direitos naturais cuja justificação racional conduz necessariamente ao conceito de lei natural e Direito Natural. Outro esforço para estabelecer uma justificação racional dos direitos humanos é a chamada fundamentação ética, na qual os direitos humanos são considerados como direitos morais. Este tipo de fundamentação propõe-se ser a terceira saída entre a tese jusnaturalista e a visão histórica do Direito. A rigor, os direitos morais têm seu berço na tradição anglo-saxã, sendo, pois, definidos como direitos em oposição aos de índole jurídico-positiva (*legal or institutional* rights). E a justiça, a seu turno, ocorre quando são respeitados os *moral rights* das demais pessoas da sociedade. A fundamentação ética identifica-se com os valores e exigências éticas que respaldam esses direitos e são o conteúdo dessa fundamentação, remetendo-se à ideia de dignidade humana.

Desta forma, existem duas posições antagônicas predominantes: para uma corrente doutrinária os direitos humanos surgiram a partir dos direitos naturais, ao passo que

[1] Em idêntico sentido, confira-se ainda: PÉREZ LUÑO, 2.011, pág. 222. Tradução livre: "Los derechos humanos representan el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En la noción de los derechos humanos se conjugan su raíz ética con su vocación jurídica".

para outros autores, os direitos humanos fundamentam-se nos direitos morais. A primeira linha de entendimento é perfilhada por Paulo Bonavides e Norberto Bobbio, ao passo que a esta última corrente filia-se Robert Alexy.

Sobre as atitudes filosóficas subjacentes às concepções de direitos humanos averba Jorge Miranda (2008, pág 54) que encontram-se com maior ou menor nitidez: (a) *concepções jusnaturalistas* (os direitos humanos como imperativo do Direito Natural, anteriores e superiores à vontade do Estado) e *concepções positivistas* (os direitos humanos como faculdade outorgadas e reguladas pela lei positiva); (b) *Concepções idealistas* (os direitos humanos como ideia que se projeta sobre o processo histórico) e *concepções realistas* (os direitos humanos como expressão da experiência ou das lutas políticas, econômicas e sociais); (c) *Concepções objetivistas* (os direitos humanos como realidades em si ou como valores objetivos ou decorrências de valores) e *concepções subjetivistas* (os direitos humanos como faculdades da vontade humana ou como manifestações de autonomia); (d) *Concepções contratualistas* (os direitos humanos como resultado do contrato social, como a contrapartida para o homem da sua integração na sociedade) e *concepções institucionalistas* (os direitos humanos como instituições inerentes à vida comunitária).

Os direitos do homem, como ideologia predominante no momento histórico surgido a partir da Revolução Francesa, atrelam-se ao liberalismo e apresentam como destinatário o homem universal abstrato, mas a prática demonstra que promoveram os interesses do indivíduo da moderna sociedade capitalista.

Consoante Paulo Bonavides (2006, pág. 562), a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Os direitos do homem ou da liberdade, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

No contexto epistemológico do Iluminismo e do Jusnaturalismo, desenvolvido na Europa entre os séculos XVII e XVIII, é que se inicia a ideia conforme a qual o ser humano é dotado de certos direitos inalienáveis e imprescritíveis que posteriormente foram rotulados como “direitos do homem”.

Observa-se, portanto, com base no discurso hegemônico dos direitos humanos, não se pode referir em caráter de universalidade, uma vez que a visão hegemônica é a de que

estes surgiram e se desenvolveram voltados para o indivíduo, resultado prático do individualismo exacerbado propugnado pela ideologia da modernidade, albergando, na prática, somente o sujeito definido pela sociedade moderna ocidental como racional, conforme os padrões de matriz eurocêntrica, questão que atualmente é objeto de uma reestruturação na medida em que os paradigmas do pós-positivismo lançam as bases para o reconhecimento de novas premissas estruturais.

Aduz Norberto Bobbio (1997, pág. 70): da exigência de um Estado limitado pela lei natural nasceram: 1) o constitucionalismo moderno, oposto ao maquiavelismo; e 2) as teorias da razão do Estado e do direito divino dos reis, contrário ao absolutismo paternalista e hobbesiano. O Estado de Direito do século XIX contra o Estado ético significa, no presente, as teorias da garantia internacional dos direitos humanos contra o perigo perene representado pelo Estado totalitário.

Para Robert Alexy (2007, págs. 94 e 95) os direitos humanos são definidos por cinco características. *(1) Universalidade:* titular dos direitos humanos é cada pessoa como tal. *(2) Fundamentalidade de seu objeto:* direitos humanos não protegem todas as fontes de bem-estar imagináveis, mas somente interesses e carências fundamentais. Como também a compensação e a distribuição, no âmbito de interesses não fundamentais, é um problema de justiça, existe um discurso de direitos fundamentais fora do discurso dos direitos humanos. *(3) Abstratividade:* pode rapidamente se acordar sobre isto, que cada um tem um direito à saúde, sobre isto, o que significa no caso concreto, pode, também, rebentar-se um litígio prolongado. *(4) Moralidade:* um direito vale moralmente quando perante cada um, que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificado. A existência dos direitos humanos consiste, portanto, em sua fundamentabilidade e em nada mais. *(5) Prioridade:* leis, regulamentos, contratos e decisões judiciais, que se opõem aos direitos humanos, são sempre juridicamente viciosos e, em casos extremos, até juridicamente nulos. Direitos do homem têm, nesse sentido, uma prioridade perante o direito positivo.

Para Caridad Velarde (2006, p. 226) ao delinear um quadro inicial, a universalidade pode ser vista a partir de uma perspectiva ontológica, jurídica ou política. Ou seja, pode-se argumentar que existem bens que são universais porque são para todos os indivíduos humanos, seja qual seja sua idade, condição, sexo, mas além de serem bens são direitos, no sentido de que são exigidos por todos, independentemente de onde eles se encontrem e de sua nacionalidade. E, finalmente, a universalidade pode ser entendida vigência efetiva, em todos os lugares do planeta.

As perspectivas contratualistas dos direitos humanos nascem a partir do paradigma racional-cartesiano e a consagração do antropocentrismo exacerbado, o que fez surgir a moderna concepção de indivíduo. A Revolução Francesa e a declaração de direitos do homem e do cidadão consagram o individualismo, algo que seria aprimorado com o fortalecimento do capitalismo após o advento da Revolução Industrial.

A doutrina dos direitos humanos em sua feição clássica relaciona-se ao contratualismo sob o viés da concepção liberal e individualista da sociedade, segundo a qual, primeiramente, existe o indivíduo com suas necessidades, e, após, a sociedade.

De acordo com Amartya Sen (2.011, págs. 394 e 395) as proclamações éticas de direitos humanos são comparáveis às declarações da ética utilitarista, muito embora os conteúdos essenciais da enunciação dos direitos humanos sejam totalmente diferentes das pretensões utilitaristas. Os utilitaristas querem que as utilidades sejam consideradas, em última instância, as únicas coisas importantes, e exigem que as políticas sejam baseadas na maximização da soma total das utilidades, ao passo que os defensores dos direitos humanos querem o reconhecimento da importância de certas liberdades e a aceitação de alguns deveres sociais de salvaguardá-las. Apesar de suas divergências sobre o conteúdo exato exigido pela ética, a batalha deles se dá no território geral – e comum- das crenças e pronunciamentos das declarações éticas.

Consoante esposado por Celso Albuquerque Mello (2003, págs. 216 e 217), os direitos humanos começam a se desenvolver na chamada Idade Moderna, no século XVIII, por intermédio dos direitos civis e políticos, e eram do interesse da burguesia, que estava em plena ascensão nesta época histórica. No século XIX, surgem os grandes movimentos sociais com as Revoluções de 1848 e 1870 e acabam sendo consagrados no século XX após a I Guerra Mundial devido ao medo que a revolução socialista na URSS provocara nas classes privilegiadas no mundo ocidental.

Pelo viés intersubjetivo na análise dos direitos humanos é imprescindível para a sua realização a dependência do indivíduo em pertencer a um determinado ordenamento jurídico, reconhecido como sujeito de direitos.

Em momento mais recente observa-se que existe a possibilidade de exigência do cumprimento dos direitos humanos perante os órgãos jurisdicionais (internos ou externos). A experiência dolorosa e danosa do regime nazista na Alemanha, no período da Segunda Guerra Mundial, confirmou a inexistência de direitos humanos universais decorrentes exclusivamente da condição humana.

Segundo Amado Luiz Cervo e Clodoaldo Bueno (2010, pág. 507), a política exterior brasileira acerca dos direitos humanos, também se apresenta como uma crítica ao ordenamento internacional sem reciprocidade ou sem justiça. Os direitos humanos foram tradicionalmente vistos pelo Norte a partir do acervo de ideias inerentes às revoluções liberais do século XVIII, incorporado à Declaração da ONU de 1948. Desde a Segunda Guerra Mundial, essa vertente da filosofia política inspira o realismo da teoria das relações internacionais e da prática política que confere aos Estados a hegemonia no traçado do ordenamento global em função de interesses e do poder, melhor dito, dos interesses de quem dispõe de poder, afastado o preceito moral.

O contexto da contemporaneidade nas sociedades ocidentais demonstra a aplicabilidade dos direitos humanos para além do indivíduo, mas sobremaneira em nível multicultural, abarcando grupos historicamente segregados, tais como negros, mulheres, indígenas e refugiados.

Preleciona Joaquín Herrera Flores (2009, pág. 29) que os direitos humanos converteram-se no desafio do século XXI. Um desafio que é simultaneamente teórico e prático. Verifica-se um gigantesco esforço internacional realizado para se formular juridicamente uma base mínima de direitos que alcance todos os indivíduos e formas de vida que compõem a ideia abstrata de humanidade. Basta citar textos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto internacional sobre direitos sociais e o Pacto Internacional sobre direitos civis, para se provar o afirmado. Desde 1948 até os dias atuais, assiste-se a esse trabalho levado a cabo pela comunidade internacional para que os seres humanos possam controlar os seus destinos.

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (por exemplo, a proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal (TRINDADE, 2.000, pág. 23).

Neste jaez, eis que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou a igualdade entre todos os seres humanos no que concerne aos direitos inerentes à

figura do “ser humano”. Apresenta-se, dessa forma, um princípio máximo, onde determinados direitos inerentes à pessoa humana não são passíveis de flexibilização, independente de qualquer razão. O multiculturalismo típico da realidade contemporânea implica na ausência de unanimidade na questão atinente à universalidade de alguns direitos humanos.

Para Norberto Bobbio (2004, pág. 25) o problema grave da realidade atual, com relação aos direitos humanos, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Com efeito, o problema não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

A relação que se estabelece entre direitos humanos e direitos fundamentais se traduz na seguinte fórmula: estes são espécies, ao passo que aqueles se constituem em fundamento de validade (gênero). A doutrina majoritária consagra a distinção consoante a qual o termo “direitos fundamentais” se aplica para a categoria dos direitos do ser humano positivados na esfera do ordenamento constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com dada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e dotada de historicidade, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Os direitos fundamentais (que abrangem os direitos humanos constitucionalizados) surgem e se desenvolvem a partir das Cartas Constitucionais nas quais foram reconhecidos e assegurados, carecedores de implementação pelos Poderes Constituídos dos Estados através de políticas públicas.

Por seu turno Gregorio Robles (1997, p. 19/20) ensina que os "direitos humanos" ou "direitos do homem", classicamente chamado de "direitos naturais" e na atualidade de "direitos morais", não são, em verdade, autênticos direitos- protegidos por ação judicial perante um juiz -, mas especialmente relevante critérios morais para a sociedade humana. Uma vez que os direitos humanos, ou melhor, certos direitos humanos, tornam-se positivos, adquirindo categoria real de direitos processualmente protegidos, eles se tornam "direitos fundamentais" de um determinado ordenamento jurídico.

De acordo com Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 133) pretender separar o processo de positivação dos direitos humanos fundamentais do esforço longo e trabalhoso de

homens na luta pela afirmação de sua dignidade, liberdade e igualdade como princípios básicos de convivência política, equivale a privar o seu processo de seu significado.

Os direitos humanos pertencem a todos os povos indistintamente, têm caráter universal, ao passo que os direitos fundamentais encontram-se positivados em dado ordenamento jurídico, por intermédio de suas normas jurídicas. Acerca deste contexto histórico, os direitos humanos, à medida que se convertem em direitos fundamentais, segundo a terminologia jurídica, em virtude de inserção no ordenamento positivo das Constituições, se tornaram o norte do Constitucionalismo, de sua legitimidade, de sua ética, de sua axiologia, de sua positividade. A quarta fundamenta nova modalidade de Estado constitucional, qual seja: o Estado constitucional da Democracia participativa (BONAVIDES, 2.004, pág. 47).

Conforme averba José Carlos Vieira de Andrade (2.006, pág. 101) deve-se entender que o princípio da dignidade da pessoa humana é o postulado de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Esses preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus atos e atributos.

Em idêntico sentido é o escólio de Jorge Miranda (2008, págs. 197 e 198) conforme o qual a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Pelo menos, de modo direito e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoas e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O homem situado no mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do tempo atual encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência de sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

Alexandre Garrido da Silva (2007, pág. 80) averba que a legitimação da Constituição é alcançada somente quando o seu texto consagra os direitos humanos sob a forma positiva de direitos fundamentais, bem como a participação democrática como principal método para a produção de decisões políticas. O ideal do discurso somente pode ser

institucionalizado em um Estado constitucional democrático, no qual os direitos humanos, por um lado, e a democracia, por outro, apesar das inevitáveis tensões, passem definitivamente a constituir uma inseparável unidade conceitual para fins de legitimação da política e do direito nas sociedades pluralistas contemporâneas.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2.006, págs. 418 e 419) a positivação-constitucionalização dos direitos humanos não proíbe que o legislador conforme os seus direitos fundamentais através da sua Constituição, mas a base antropológica dos direitos humanos proíbe a aniquilação dos direitos de outros homens – os estrangeiros ou apátridas-designadamente quando essa aniquilação equivale à violação dos limites últimos da justiça.

A construção de uma relação dialógica e dialética intercultural, fundada nos primados do respeito à diversidade e na dignidade dos indivíduos é o primeiro estádio para o reconhecimento de uma ordem internacional baseada nos direitos humanos que reverbera no plano jurídico-constitucional por meio dos direitos fundamentais.

No diagnóstico de Boaventura de Sousa Santos (2013, pág. 42): a hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. Deve pois começar a perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente à luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil.

O Estado deve proteger os direitos humanos fundamentais dos refugiados por meio de políticas públicas, com o escopo de incluí-los no gozo dos direitos políticos, culturais, econômicos ou sociais, não os excluindo da vida cidadã, sendo sujeitos de dignidade, sem quaisquer discriminações.

Nesse sentido, averba Cristina Queiroz (2009, pág. 382) no que concerne à população imigrante, refira-se que esta não goza, em geral, de um direito de participação política, designadamente do direito de sufrágio, reservado aos nacionais do Estado, mas poderá gozar já do exercício dos direitos fundamentais de liberdade que assistem a todas as pessoas, independentemente da respectiva nacionalidade, isto é, cidadãos nacionais e estrangeiros, de acordo com o princípio da universalidade, que preside à concretização e realização dos direitos fundamentais.

O contributo dos direitos humanos no reconhecimento dos refugiados como sujeitos de dignidade e de direitos envolve a promoção da integração social, educacional e cultural no país destinatário, bem como na inclusão no mercado de trabalho, respeito legal aos

aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores estrangeiros e acesso à educação com aprendizagem do idioma do país receptor.

3. NOTAS EM TORNO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DO REFÚGIO E DO ASILO NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

De acordo com o Art. 1º-, n°.: 02 da Convenção de Genebra de 1951, refugiado é todo aquele que, em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política tem fundado temor de perseguição, e que não quer ou não pode se valer da proteção de seu país de origem, ou, nos casos de apatridia (aqueles que não possuem nacionalidade, nem cidadania), do país de sua residência habitual.

À luz da complexidade dos movimentos migratórios na contemporaneidade, são propostas novas categorias de refugiados, quais sejam: os "refugiados ambientais" (por motivos relacionados aos distúrbios naturais, como é o caso dos refugiados climáticos das ilhas do Pacífico, tais como Kiribati, Ilhas Marshall, Micronésia, Fiji e Vanuatu, que sofrem com aumento do nível do Oceano) e os "refugiados econômicos" (aqueles que não conseguem a satisfação de suas necessidades vitais básicas no país de origem, é o que se verifica com o profundo agravamento da crise econômica na Venezuela que traz como efeito prático que milhares de venezuelanos migrarem para Roraima.). As categorias referenciadas ainda encontram-se excluídas do âmbito da proteção jurídica formal do Direito dos Refugiados por não se enquadrarem no conceito normatizado pela Convenção de Genebra de 1951.

Em relação aos refugiados ambientais, analisa Catherine Wihtol de Wenden (2016, p. 01) que o fenômeno, ainda que antigo, só recentemente tornou-se uma questão política, relacionada ao aquecimento climático. Sua abordagem pelo direito dos refugiados por ora é quase inexistente. Seria necessário dedicar aos deslocados ambientais um estatuto específico no âmbito da ONU, que não seja a simples extensão da Convenção de Genebra, mas que os coloque sob a égide do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. As causas dos deslocamentos ambientais são múltiplas: além da desertificação vinculada ao clima, podem provocar movimentos populacionais as catástrofes naturais (ciclones, tornados, terremotos e erupções vulcânicas), o desmatamento, o derretimento de geleiras, a imersão de zonas inundáveis (ilhas Tuvalu e Maldivas, ilhas alemãs de Halligen, Bangladesh), as invasões de insetos e os deslizamentos de terra. A maior parte dos núcleos de crises ambientais encontra-se no Sul, nos países pobres, onde os Estados raramente têm condições de enfrentá-las. Os especialistas em clima (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, IPCC – do inglês *Intergovernmental Panel on Climate Change*) prevêem que até

2050 poderão ser contados entre 50 e 150 milhões de deslocados ambientais, e até 200 milhões deles ao final do século XXI.

Na análise de Flávia Piovesan (2009, págs. 125 e 126), de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, refugiado é aquele que sofre fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo por isso valer-se da proteção de seu país de origem. Vale dizer, refugiada é a pessoa que não só não é respeitada pelo Estado ao qual pertence, como também é esse Estado quem a persegue, ou não pode protegê-la quando ela estiver sendo perseguida. Essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição do solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da do estrangeiro normal. Desde a adoção da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, constata-se, especialmente nos âmbitos regionais africano e americano, o esforço de ampliar e estender o conceito de refugiado. A respeito, merecem destaque a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984.

Na análise da delimitação conceitual de refugiado, consoante normatizado pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967, observa-se uma base jurídica moldada para a proteção universal dos refugiados, o que não impede a ampliação da definição tradicional, com o escopo de facilitar sua aplicação em situações de fluxos maciços de refugiados, cada vez mais frequentes nas relações contemporâneas. No plano das relações internacionais, observa-se que os refugiados são tratados como uma ameaça pelas políticas internas de alguns Estados (especialmente os mais desenvolvidos economicamente que, naturalmente, recebem os maiores fluxos de pessoas), mas, indubitavelmente os refugiados não podem ficar à margem da proteção estatal, sendo protegidos pelos direitos e garantias inerentes à condição humana digna, recebendo proteção do sistema internacional de direitos humanos.

De acordo com Kevin R. Johnson, Raquel Aldana, Bill Ong Hing, Leticia Saucedo e Enid F. Trucios-Haynes (2009, p. 7), há direitos limitados sob a lei internacional para migrar para uma nação. No entanto, existem algumas limitações básicas sobre como os imigrantes podem ser tratados dentro de uma jurisdição.

Sobre a evolução histórica dos instrumentos de Direito dos Refugiados no Brasil ressalta Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, pág. 74) que, em 16 de novembro de 1960 tornou-se o Brasil parte no tratado básico sobre a matéria, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, mantendo, porém, a chamada “reserva geográfica”, mediante a qual se comprometia a reconhecer como refugiados somente os oriundos de conflitos eclodidos na Europa. Na década seguinte, em 1972, aderiu o Brasil ao Protocolo de 1966 sobre o Estatuto

dos Refugiados, mantendo, porém, a referida “reserva geográfica”. Dez anos depois, o Brasil aceitou e reconheceu o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) no país, transferido em 1989 definitivamente do Rio de Janeiro para Brasília.

A lei brasileira adota as diretrizes da Declaração de Cartagena, de 1984, a qual considera a condição de refugiado a “violação generalizada de direitos humanos”.

Conforme aduz Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, págs. 74 e 75), em parecer de 19.05.1986, o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (A. A. Cançado Trindade) sustentou a necessidade de pronto levantamento, pelo Brasil, da “reserva geográfica” sob a Convenção de 1951 e expôs os fundamentos jurídicos para a realização desse propósito, voltando a insistir nessa providência em parecer subsequente, de 18.10.1989. Pouco após a emissão deste último, o Itamaraty, pela Exposição de Motivos de 01.12.1989, decidiu efetivamente propor o levantamento da reserva geográfica, o que veio a se concretizar por meio do Decreto n°.: 98.602, de 19.12.1989, levando enfim à aceitação integral pelo Brasil da Convenção de 1951, em sua totalidade. Essa medida foi providencial, pois, pouco tempo depois, - sobretudo a partir de 1993, - passou o Brasil a receber e atender contingentes numerosos de refugiados angolanos, o que não teria sido possível se não houvesse levantado a “reserva geográfica”, anacrônica e obsoleta. Nos últimos anos, as atenções têm se voltado à regulamentação, à luz da normativa internacional vigente, de procedimentos, documentação e estatuto dos refugiados no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro.

Em 2002, o Estado brasileiro também ratificou a Convenção da ONU de 1954, no que se refere ao Estatuto dos Apátridas e deu início ao processo de adesão à Redução de Casos dos Apátridas. Para tanto, o Brasil criou o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, órgão que lida com a formulação de políticas para os refugiados no Brasil, com a garantia da identificação, alocação de trabalho e outros direitos.

A realidade demonstra que, em muitos dos Estados signatários da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, o refugiado não apenas tem efetivamente usufruído o asilo no sentido de residência, como também tem sido protegido da devolução forçosa ao país no qual há o risco de perseguição ou outra grave ameaça (aplicação do princípio do *non-refoulement*).

O instituto do asilo, em que pese ter a mesma origem histórica do refúgio, desenvolveu-se de forma independente. O refúgio é um instituto jurídico internacional, como medida humanitária, ao passo que o asilo é instituto jurídico regional cuja concessão é variável conforme a política adotada por cada Estado, classificando-se como medida essencialmente política.

De acordo com Florisbal de Souza Del'Olmo (2014, p. 43), o instituto do asilo politico consiste no acolhimento, por um Estado, de um cidadão estrangeiro em virtude de perseguição praticada por seu próprio país ou por terceiro, por motivos politicos ou ideológicos. Observa-se, portanto, que se trata de instrumento de proteção internacional individual.

O instituto do asilo, na contemporaneidade, apresenta uma motivação determinante, qual seja, a imputação ao asilado da prática de um crime político ou de um crime comum conexo a um delito politico, essa peculiaridade é o elemento diferenciador do instituto do refúgio.

Flávia Piovesan (2009, pág. 136) pondera que, cada Estado deve considerar que a decisão sobre a concessão de asilo ou refúgio pode determinar a vida ou a morte de uma pessoa. Todos os solicitantes de asilo têm direito a apresentar uma solicitação de asilo perante a autoridade competente e em nenhum caso pode-se permitir que agentes públicos lotados em áreas de fronteiras impeçam o exercício desse direito. Para que os procedimentos referentes à decisão sobre a concessão de asilo sejam justos e satisfatórios, devem existir as seguintes condições: 1) o organismo encarregado de adotar as decisões deve ser independente, especializado e alheio a ingerências políticas; 2) todas as solicitações de asilo devem ser examinadas pessoalmente por um entrevistador qualificado e especializado em Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como Direito dos Refugiados; 3) as refugiadas devem ter a opção de ser entrevistadas por mulheres; 4) em todas as etapas do processo devem estar presentes intérpretes competentes, qualificados e imparciais; 5) todas as solicitações de asilo devem ser estudadas de forma individual e exaustiva; 6) os solicitantes devem dispor de assistência; 7) os solicitantes devem ter um tempo para preparar sua petição e buscar uma assistência jurídica; 8) os solicitantes de asilo que estiverem sem a documentação necessária devem gozar do benefício da dúvida, em vista de suas especiais circunstâncias; 9) os solicitantes de asilo devem ter o direito de permanecer no país até que se faça pública a solução final de seu pedido.

A diferença primordial entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio reside no fato de que o primeiro se materializa no exercício de um ato oriundo da soberania estatal, constituindo-se decisão política cujo cumprimento não se sujeita a nenhum organismo internacional, ao passo que o refúgio, qualificado como uma instituição convencional de caráter universal, aplica-se de maneira alheia aos fatores políticos, visando à proteção de pessoas com fundado temor de perseguição.

Conforme aduz Florisbal de Souza Del'Olmo (2014, p. 45), o *status* de refugiado, portanto, é atribuído por reconhecimento. Desse modo, por estar acordado em Convenção, o refúgio não pode ser recusado pelo país signatário. Tendo em vista a impossibilidade de negativa por parte do Estado, alguns autores apontam que o principal desafio enfrentado por refugiados, especialmente os que se deslocam a países desenvolvidos, seria justamente convencer as autoridades locais a reconhecer o seu *status* de refugiado.

Para Flávia Piovesan (2009, págs. 140 e 141), embora o asilo na acepção regional latino-americana e o refúgio (em sua acepção global) sejam institutos diferentes, buscam ambos a mesma finalidade- que é a proteção da pessoa humana. Verifica-se, pois, uma complementaridade entre os dois institutos. Ao tecer algumas diferenças entre o asilo e o refúgio, vislumbra-se inicialmente que o refúgio é um instituto jurídico internacional, tendo alcance universal, ao passo que o asilo é um instituto jurídico regional, tendo alcance na região da América Latina. O refúgio, é medida essencialmente humanitária, enquanto que o asilo é medida política. O refúgio abarca motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas, enquanto o asilo abarca apenas os crimes de natureza política. Para o refúgio basta o fundado temor de perseguição, ao passo que para o asilo há a necessidade de efetiva perseguição. Ademais, no refúgio a proteção como regra se opera fora do país, já no asilo a proteção pode-se dar no próprio país ou na embaixada do país de destino (asilo diplomático). No refúgio há cláusula de cessação, perda e exclusão, constantes da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, já no asilo inexistem essas cláusulas. Outra distinção está na natureza do ato de concessão de refúgio e asilo – enquanto a concessão de refúgio apresenta efeito declaratório, a concessão de asilo apresenta efeito constitutive, dependendo exclusivamente da decisão do país. Por sua vez, ambos os institutos se identificam por constituírem uma medida unilateral, destituída de reciprocidade e sobretudo por objetivarem fundamentalmente a proteção da pessoa humana. Daí a necessária harmonização e complementaridade dos dois institutos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos com pretensão de universalidade, dispõe especificamente sobre o direito de asilo em seu Artigo XIV.

4. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS ANTE O CONTEXTO BRASILEIRO

A realidade contemporânea mundial revela um quadro cruel, resultado de múltiplas razões, tais como: os impactos da crise do modelo econômico concentrador e excludente, a renúncia ao postulado de consenso para o uso da força no cenário das relações

internacionais, as guerras (internas e externas), os desequilíbros ambientais, as tragédias humanitárias e a imposição de regimes autocráticos nos quais a oposição carece das garantias mínimas para o exercício da ação política, que se produz, por serem alvos de perseguições ou por estar no meio do conflito, o deslocamento forçado das pessoas, ocasiona nos casos mais trágicos, verdadeiros êxodos humanos e faz surgir a pior crise humanitária registrada no tocante aos fluxos migratórios. Na maioria dos casos, as perspectivas de lograr uma vida com dignidade no território de outro Estado revelam-se meras ilusões ante a ausência de ajuda humanitária dos países receptores.

Segundo estabelece Miguel Carbonell (2001, p. 33), a guerra ainda é o principal fator que obriga as pessoas a buscar refúgio em outros países. Em 1998, estima-se que o mundo tinha mais de 10 milhões de refugiados e 5 milhões de deslocados internos.

De acordo com Catherine Wihtol de Wenden (2016, p. 01), no início do século XXI, as migrações internacionais alcançaram uma dimensão sem precedentes. Diferentemente do passado, porém, não são os europeus que emigram para o mundo. Ao contrário, em pleno declínio demográfico, a Europa tornou-se um dos primeiros destinos migratórios. Mas é o planeta inteiro que está em movimento, especialmente o Sul. Surgiram novos destinos, como os Estados do Golfo, o continente africano e alguns países asiáticos, enquanto os países outrora de partida passaram a ser de acolhida e de trânsito, como o Sul da Europa, mais tarde o México, a Turquia e os países do Noroeste da África (Magrebe). Nos últimos trinta anos, essas migrações se globalizaram. Desde meados dos anos de 1970, elas triplicaram: 77 milhões em 1975, 120 milhões em 1999, 150 milhões no início dos anos 2000 e atualmente 244 milhões. Esse processo tende a continuar, pois os fatores da mobilidade estão longe de desaparecer; eles são estruturais: defasagens entre os níveis de desenvolvimento humano (que combinam a expectativa de vida, o nível de educação e o nível de bem-estar) ao longo das grandes linhas de fratura do mundo; crises políticas e ambientais que são “produtoras” de refugiados e deslocados; redução do custo dos transportes; generalização da emissão de passaportes, inclusive nos países de onde outrora era difícil partir; falta de esperança nos países pobres e mal governados; papel das mídias; tomada de consciência de que é possível mudar o curso da própria vida pela migração internacional; e, enfim, as mudanças climáticas.

Por seu turno, os refugiados no Brasil originam-se de diversas nacionalidades, inclusive os reassentados, estes últimos são aqueles refugiados que solicitam um reassentamento em um terceiro país, também sob a responsabilidade do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados ACNUR, também denominado de Agência da ONU para refugiados (ACNUR, 2016). O ACNUR exerce o importante mister de auxiliar no processo de

elegibilidade para averiguar quais requerentes de refúgio devem ter seu estatuto reconhecido, além de conferir ajuda humanitária. Deve-se ressalvar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se aplica aos requerentes do refúgio.

De acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, pág. 396), a nova estratégia do ACNUR, ao abarcar, além da *proteção,* também a *prevenção* e a *seleção* (duradoura ou permanente), contribui a revelar que o respeito aos direitos humanos constitui o melhor meio de prevenção do problema dos refugiados. A visão tradicional concentrava atenção quase sempre exclusivamente na etapa intermediária de *proteção* (refúgio); foram as necessidades de proteção que levaram o ACNUR, nos últimos anos, a ampliar seu enfoque de modo a abranger também a etapa "prévia" de *prevenção* e a etapa "posterior" de *solução* duradoura (repatriação voluntária, integração local, reassentamento). Como eixo central do mandato do ACNUR permanence, naturalmente, a *proteção* (nos países de refúgio): aqui, a concessão do asilo e a fiel observância do princípio da não-devolução permanecem como pilares básicos do Direito Internacional dos Refugiados (completados pelas regras mínimas para o tratamento dos refugiados e os acampamentos e assentamentos de refugiados). A vigência dos direitos humanos nesta etapa de proteção é de fundamental importância para que sejam respeitados os direitos dos refugiados.

A migração de haitianos para o solo nacional é reflexo da situação social que o Haiti apresenta nos últimos anos. Não bastasse a crise política em que vive o país há mais de vinte anos, situações de extrema gravidade como intempéries climáticas e, mais recentemente, um terremoto que matou milhares de pessoas, tem contribuído para a deterioração da estrutura social e ampliado a extrema miséria em que vive a maior parte da população. Os haitianos ingressam no Brasil em busca de empregos, ao passo que os demais refugiados se justificam por motivos diversos, tais como, pela guerra (especialmente no caso sírio), perseguição política, religiosa ou social.

Consoante aduz Maria Rita Fontes Faria (2015, pág. 86), exemplo importante dos desafios apresentados ao Brasil como país de destino de migrantes é o caso dos migrantes haitianos, que se deslocaram para o País a partir do terremoto de 2010 no Haiti. A acolhida aos haitianos constitui caso emblemático da tendência atual do Governo brasileiro de atribuir prioridade aos aspectos de defesa dos direitos humanos do migrante e do estrangeiro na aplicação prática da legislação migratória. Confrontado com situação decorrente da entrada significativa de fluxos de migrantes haitianos, a maioria por via irregular, o Brasil não optou pela proibição da entrada desses migrantes, prática adotada comumente em países tradicionais de destino, mas sim pela acolhida aos migrantes aqui chegados e pela promoção da migração

regular, com vistas à preservação dos direitos e da dignidade dos migrantes. A ação do Governo brasileiro não obteve avaliação unânime, contudo, entre a sociedade, especialistas e mesmo entre os diferentes órgãos estatais. O caso haitiano expôs, assim, as contradições da política migratória nacional.

O fluxo migratório de haitianos para o Brasil após 2010 reflete uma situação grave e demonstra que o problema não se restringe à Região Norte do país. Ao contrário, a questão da imigração haitiana é problema de ordem nacional e traduz o amadorismo das instituições públicas no que toca ao desenvolvimento responsável de políticas de imigração.

Na análise de Maria Rita Fontes Faria (2015, págs. 92 e 93), o caso haitiano evidenciou dois aspectos relevantes do debate doméstico em curso sobre a revisão do Estatuto do Estrangeiro: (1) a dispersão de responsabilidades e as diferentes nuances dos atores governamentais envolvidos com o tema migratório quanto à dimensão dos direitos humanos na política migratória; e (2) a inexistência de uma política migratória consolidada e abrangente no país, que possa responder de forma sustentável às demandas contemporâneas decorrentes do maior papel desempenhado pelo Brasil como país de destino de migrantes. Por essas duas razões, a resposta ao influxo de haitianos foi estabelecida, como demonstrado, por meio de reuniões emergenciais, que, em larga medida, atenderam às demandas de forma reativa. A fragmentação da política migratória é considerada por alguns setores nacionais como determinante da ação ministerial, por impedir forma de gerenciamento temático que dê conta dos desafios apresentados ao Brasil na condição de país de destino.

Na verdade, os haitianos são protegidos por uma resolução normativa (Resolução Normativa nº 97/2012, do CNIg) que abraça muito mais o Estatuto do Estrangeiro (Lei n° 6815/80, que em breve será substituído pela Lei nº.: 13.445, de 24/05/2017 (Lei de Migração) na concessão do visto de trabalho, do que da própria Lei nº 9474/1997, que regula o instituto do refúgio, apesar do visto ter caráter humanitário. O visto inicial é de 5 (cinco) anos, e pode ser prorrogado.

A proteção brasileira possibilita o recebimento de refugiados, uma vez que o trânsito de pessoas por diversas razões tem sido um problema contemporâneo que envolve os Estados e posições políticas. No Brasil, de acordo com o Relatório de 2016 do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE, 2016, *online*), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, as solicitações de refúgio cresceram 2.868% (dois mil, oitocentos e sessenta e oito por cento) nos últimos cinco anos. Passaram de 966 (novecentos e sessenta e seis), em 2010, para 28.670 (vinte e oito mil, seiscentos e setenta), em 2015. Até 2010, haviam sido reconhecidos 3.904 (três mil, novecentos e quatro) refugiados. Em abril de 2016, o total chegou a 8.863

(oito mil, oitocentos e sessenta e três), o que representa aumento de 127% (cento e vinte e sete por cento) no acumulado de refugiados reconhecidos, incluindo os reassentados. Esses dados são oficiais, o que não significa dizer que não existam outros números não registrados, principalmente na Região Norte do país, onde ingressam imigrantes oriundos especialmente do Haiti e da Venezuela.

De acordo com Maria Rita Fontes Faria (2015, págs. 94 e 95), o fluxo crescente de haitianos – e migrantes de outras nacionalidades – que chegam, sobretudo, a Brasileia, no Acre, causou forte pressão sobre a infraestrutura e afetou o dia a dia da população local. Essa situação limite é agravada pela dispersão de competências e natureza reativa da política migratória atual. A inexistência de definição clara das responsabilidades dos diversos atores, no plano federal e estadual, na ausência de uma política migratória nacional consolidada, facilita tentativas, por parte de alguns atores, de evadir- -se de responsabilidades constitucionais. As tensões crescentes no Acre em torno da recepção aos haitianos culminaram na decisão da Pastoral do Migrante e da Conectas de acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em outubro de 2013, para realização de audiência sobre a situação dos migrantes no abrigo de Brasileia.

O contexto brasileiro de concessão de direitos aos refugiados é diverso do que ocorre em outros países. Nessa ordem de ideias, sobre a realidade estadunidense, expõem Kevin R. Johnson, Raquel Aldana, Bill Ong Hing, Leticia Saucedo e Enid F. Trucios-Haynes (2009, p. 115)[2] que, nos últimos anos, os governos locais têm procurado proibir o emprego de imigrantes sem documentos e para os proprietários não alugarem para imigrantes que não dispõem de documentos.

Para além do alcance universal do Direito Internacional dos Direitos Humanos por intermédio da atuação do ACNUR, a proteção dos refugiados, revela-se como um direito subjetivo de obtenção de refúgio. Nessa situação, faz-se necessária a aplicação do princípio do *non refoulement*, contido no Artigo 33 da Convenção de Genebra.

Em razão do disposto no Artigo 33 da Convenção de Genebra (princípio do *non refoulement*), os requerentes de refúgio têm a certeza de que não serão reenviados para seus países de origem sem a análise prévia do seu pedido de refúgio e que, ainda que não logrem êxito no reconhecimento da apliação estatuto de refugiado, terão o direito de se beneficiar de outra proteção subsidiária, sob pena de o Estado ser internacionalmente responsabilizado por violação aos direitos humanos, uma vez que enviaria a pessoa para uma situação de perseguição, comparável à tortura, submissão à tratamento ou pena cruel, desumana ou

[2] Tradução livre: "In recent years, local governments have sought to prohibit the employment of undocumented immigrants and for landlords not to rent to undocumented immigrants."

degradante. Nesse ponto, observa-se que os direitos humanos exercem função instrumental na proteção juridica aos refugiados.

Segundo aduz Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, págs. 394 e 395) é possível que o fenômeno contemporâneo dos deslocamentos em massa, de pessoas que buscam refúgio em situações de afluência em grande escala, tenha contribuído a evidenciar tais vinculações entre o Direito dos Refugiados e os Direitos Humanos.

Na América Latina, deve ser analisada a emblemática questão atinente às pessoas de origem haitiana na República Dominicana, que já rendeu ao Estado a condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso das Crianças Yean e Bosico, pela sentença de 08 de setembro de 2005.

O caso das meninas Yean e Bosico *versus* República Dominicana, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, diz respeito à negativa de concessão de nacionalidade às meninas nascidas na República Dominicana, devido à ascendência paterna haitiana, o que acarretou a situação de apátridas com severas consequências às crianças. No caso referenciado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Estado Dominicano violou os direitos à nacionalidade das crianças Yean e Bosico, ao deixar de cumprir os deveres e obrigações previstos nos artigos 20 (direito à nacionalidade) e 24 (Igualdade perante a lei) c/c art.19 e art. 1.1 (Direitos das Crianças) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Esse caso é emblemático na necessidade de proteção aos haitianos, historicamente à margem da proteção em outros Estados latino-americanos.

De acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, pág. 405), o dever de prevenção se encontra consagrado na normativa internacional e solidamente respaldado na jurisprudência dos órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos, além de ser parte integrante da nova estratégia do ACNUR no que concerne à proteção dos direitos dos refugiados.

Os intensos fluxos migratórios resultado dos processos de desintegração política e econômica e as consequentes levas de refugiados e apátridas encontram-se na base do reconhecimento dos direitos humanos àqueles que se encontram afastados de sua origem.

A problemática atinente aos apátridas e aos refugiados, resultante dos processos de desnacionalização, denotam o sentimento de inferioridade que estas pessoas sofrem por não se sentirem inclusas à nova realidade. Isto decorre da constatação conforme a qual a nacionalidade é responsável pela construção de identidade cidadã.

Preleciona Hannah Arendt (2012, págs. 593 e 594) que o incentivo e, o que é mais importante, o silencioso consentimento às condições desumanas sem precedentes na Segunda

Guerra Mundial, resultam daqueles eventos que, num período de desintegração política, súbita e inesperadamente tornaram centenas de milhares de seres humanos apátridas, desterrados, proscritos e indesejados, enquanto o desemprego tornava milhões de outros economicamente supérfluos e socialmente onerosos. Por sua vez, isso só pôde acontecer porque os Direitos Humanos, apenas formulados mas nunca filosoficamente estabelecidos, apenas proclamados mas nunca politicamente garantidos, perderam, em sua forma tradicional, toda a validade.

Diversamente de outros países, a lei brasileira defere muitas garantias aos refugiados, fator este que influi na garantia da não-devolução. O ideal é que o Estado deva prover às necessidades dos refugiados. No contexto de crise econômica e desemprego que assolam o Brasil, esse desafio torna-se ainda mais contundente.

Para Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 629) o nacionalismo particularista e discriminatório choca frontalmente com o ideal universalista que é inerente à própria ideia dos direitos humanos e de um constitucionalismo comum à humanidade.

A realidade contemporânea internacional –especialmente na Europa- revela que o ingresso de um enorme contingente de refugiados desprovidos de condições econômicas favoráveis, privados do acesso aos mais básicos direitos humanos, ajuda a explicar manifestações xenófobas e racistas.

No diagnóstico de Miguel Carbonell (2001, p. 31), a ausência de proteção em que se encontram em todo o mundo os refugiados, os apátridas, os imigrantes ilegais, os "sem papéis", trata de colocar em crise a universalidade dos direitos humanos e fornece mais um argumento para desvinculá-los dos conceitos de cidadania e soberania.

De acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, pág. 395), a Conclusão n°.: 50 do ACNUR (1988) categoricamente assinalou a relação direta existente entre a observância das normas de direitos humanos, os movimentos de refugiados e os problemas da proteção. Entre os problemas de direitos humanos envolvidos, a referida conclusão mencionou, por exemplo, a necessidade de proteger os refugiados contra toda forma de detenção arbitrária e de violência, a necessidade de fomentar os direitos econômicos e sociais básicos (inclusive o emprego remunerado) para alcançar a segurança e autossuficiência familiares dos refugiados, a necessidade de proteger os direitos básicos dos apátridas e eliminar as causas de apatrídia (dada a estreita relação entre os problemas dos apátridas e os dos refugiados). Posteriormente, a Conclusão n°: 56 (1989) insistiu em um enfoque dos problemas dos refugiados tomando em conta os “princípios de direitos humanos”.

Partindo-se da premissa que o Brasil assumiu, consoante normatizado pela Lei nº 9474/97, o conceito amplo de refugiado, seguindo a diretriz proclamada na Declaração de

Cartagena, graves e generalizadas violações a direitos humanos podem ensejar um pedido de refúgio (Art. 1º-, inciso III da Lei nº 9474/97), o que amplia consideravelmente as possibilidades de concessão de refúgio no país. A análise da legislação brasileira denota que as situações expressas na Convenção de 1951 acabam sendo abarcadas à categoria de direitos humanos, independentemente da espécie de violação que tenha se configurado. É o que ocorre atualmente no caso dos sírios, vítimas de uma violenta guerra que se arrasta há vários anos.

Observa-se a tendência humanitária adotada pelo Brasil, inclusive no aspecto de incorporação à sua legislação nacional, permitindo proporcionar a de proteção dos direitos humanos às pessoas que se encontram na condição de temor e perseguição por questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial firmada no âmbito do STF (Ext 1170 / REPÚBLICA ARGENTINA, Relatora: Min. Ellen Gracie, julgamento: 18/03/2010), conforme a qual não serão extraditados aqueles que se enquadrem na condição de refugiados, com reconhecimento pelo ACNUR.

Para acolher essas pessoas, o Brasil precisará contar com uma estrutura bastante eficiente na garantia de acesso aos direitos fundamentais (incluídos os sociais), caso contrário, a violação de direitos destas pessoas, apenas terá sido geograficamente deslocada.

Observe-se o escólio de Dieter Grimm (2007, p. 60/61), acerca do multiculturalismo e dos direitos humanos dos refugiados, ao exprimir que a integração difere da assimilação em que não espera dos imigrantes um ajuste total aos valores e modos de vida da sociedade do país de acolhimento. De uma plena liberdade cultural se diferencia em que não renuncia a uma abertura por parte deles a uma cultura do país de acolhida. A sociedade beneficiária, assim, torna-se mais pluralista, mas não tem que temer que radicalmente pôr em causa os seus valores fundamentais. A integração não é, portanto, um processo unidirecional em que o esforço de adaptação é para ser feito apenas por imigrantes. Tampouco, porém, é um processo de abordagens equivalentes. Mesmo aceitando a noção de que a sociedade do país de acolhimento se transforma para a integração.

A negação dos direitos humanos aos refugiados, menoscabando sua dignidade, viola os mais nobres objetivos do regime democrático ao comprometer a igualdade e o respeito mútuo informativos da conduta social recomendável em regimes que se pretendem harmônicos e inclusivos.

A heterogeneidade cultural é uma das características da sociedade internacional contemporânea que também deve ser enfrentada no processo de conquista dos direitos humanos dos refugiados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intensificação dos fluxos migratórios suscitam, desde o início do século XXI, a atenção particular dos Estados de acolhida e de origem. Ações efetivas das comunidades internacionais, do Estado e da sociedade brasileira devem reverbera na construção de um real compromisso com a proteção e a integração dessas pessoas no Estado brasileiro e que saiam da condição de vulnerabilidade.

Os desafios humanitários enfrentados pela realidade contemporânea clamam por respostas efetivas em razão do aumento de refugiados no Brasil e no mundo, de forma a atender essas questões de tutela dos direitos humanos. Decisões estatais que impactam diretamente a dignidade e o direito dos refugiados não podem ser amadoras, devendo ser comprometidas com o desenvolvimento responsável de políticas de imigração.

O desafio do acesso às políticas públicas, também são enfrentados pelos brasileiros em um momento crítico de dificuldades econômicas que diminuem a renda, mas não podem justificar violações aos direitos humanos nos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro na proteção aos refugiados.

São desafios ao acolhimento de refugiados no Brasil na garantia de seus direitos humanos: (1) a melhora no trâmite dos processos de refúgio. Em muitos casos, ocorre uma lentidão de quatro a cinco anos para julgamento, em descompasso com a garantia constitucional de razoável duração do processo. É inadmissível que os refugiados passem vários anos à margem da proteção estatal à mercê da burocracia e da discricionariedade estatal; (2) outro aspecto a ser enfrentado é concernente à integração dos estrangeiros. Faz-se necessário estabelecer uma política pública de efetivo acolhimento dos refugiados. Para além de receber os estrangeiros e conceder-lhes a documentação definitiva, revela-se imprescindível a sua integração à sociedade brasileira, mediante a promoção de cursos de Língua Portuguesa, capacitação profissional e criação de programas de validação de diplomas oriundos de Instituições Educacionais estrangeiras.

A proteção aos refugiados no Brasil deve ser informada por meio da criação de políticas públicas pautadas na dignidade humana, na solidariedade e na primazia de garantia dos direitos humanos, em harmonia com o Texto Constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1.976**. 3ª- edição. Coimbra: Almedina, 2.006.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo.** Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 1ª- edição. 13ª- reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural.** Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: 5ª- edição. Malheiros Editores, 2.004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª- edição. Coimbra: Almedina, 2.006.

CARBONELL, Miguel. **Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México.** Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001.

CERVO, Amado Luiz, BUENO, Clodoaldo. **História da política exterior do Brasil.** 3ª- edição. 2ª- reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Asilo diplomático e refúgio: especificidades, semelhanças e um breve estudo de casos. IN: MENEZES, Wagner; ANUNCIAÇÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Organizadores). **Direito internacional em expansão: volume 3.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

FARIA, Maria Rita Fontes. **Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira.** Brasília : FUNAG, 2015.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia et. all. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. IN: DENNINGER, Erhard y GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional para la sociedad multicultural.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

JOHNSON, Kevin (et. al). **Understanding immigration law.** 1 st ed. San Francisco: Lexis Nexis Group, 2009.

MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas IN SARLET, Ingo Wolfgang. (organizador). **Direitos Fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais.** 4ª- edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.**

Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique de. **Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica.** Décima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2.011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 3ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional.** Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual.** Reimpresión Revisada. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2.011.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos Humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da Teoria do Discurso IN TORRES, Ricardo Lobo (organizador). **Legitimação dos Direitos Humanos.** 2ª- edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário in TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos.** 2ª- edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2.007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2ª- edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2.000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Volume I.** 2ª- edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VELARDE, Caridad. **La universalidad de los derechos humanos** IN QUIRÓS, José Justo Megías (Coord.). **Manual de los Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações: Porque mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde elas estão indo? **Revista internacional de Direitos Humanos – SUR: Conectas**, jul. 2016.