

52

Coleção

LEIS ESPECIAIS *para* **CONCURSOS**

Dicas para realização de provas com questões de concursos e jurisprudência do STF e STJ inseridas artigo por artigo

Coordenação:

LEONARDO GARCIA

EDUARDO PAREDES

ESTATUTO DOS REFUGIADOS

Lei 9.474/1997

INCLUI

- ✓ Comentários às Leis 13.445/2017 – Nova Lei de Migração e 13.300/2016 – Mandado de Injunção
- ✓ Abordagem dos temas: Migração mista; visto humanitário; autorização de residência para fins humanitários; princípio da não devolução e vítimas de tráfico de pessoas e tortura; crianças desacompanhadas e separadas; retornados; deslocados internos.

2018

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

I. Breve histórico do instituto do asilo

O instituto do asilo remonta historicamente à proteção de indivíduos na **Grécia antiga**¹, não é à toa que a palavra deriva etimologicamente do grego *asylon*. Dentre diversas definições, pode ser compreendido como um direito de não expulsão ou de proteção contra a expulsão.

Assim como nos dias de hoje, o *asylon* consistia na proteção de um estrangeiro por uma cidade-estado, frente a perseguição que sofria em outra cidade-estado. Contudo, muitas vezes, o asilo era concedido para condenados por crime comum (o que não acontece nos dias de hoje), que ou tinham o exílio como pena ou fugiam da punição, encontrando facilmente proteção em cidades inimigas.

Em **Roma**, o instituto recebeu uma roupagem jurídica pelo direito romano, sendo concedido “somente àqueles que não fossem culpados nos termos da lei da época, protegendo, desse modo, apenas as pessoas injustamente perseguidas seja pelo Poder Público, seja pela paixão dos particulares”². Percebam que diferente do mundo helênico, em Roma o asilo tinha como traço marcante a perseguição injusta, não aplicável por regra aos crimes comuns.

Durante a **Idade Média**, o asilo esteve diretamente ligado às atividades da Igreja Católica. Baseada na doutrina da Ordem Beneditina de Cluny, pessoas comuns poderiam se refugiar em templos e locais sagrados escapando dos conflitos armados e das perseguições injustas que ocorriam em solo europeu. Em determinados momentos, era a própria Igreja

-
1. Importante destacar, que neste livro o instituto do asilo será estudado em sua trajetória ocidental, uma vez que o instituto do refúgio deita suas raízes nesta cultura, responsável pioneiramente pela sua normatização internacional, que depois foi alcançar praticamente toda a comunidade internacional. Assim, deixou-se de avaliar neste livro outras experiências não menos importantes como a egípcia, chinesa, africana, árabe e de grupos indígenas americanos. De qualquer forma, deve ser ressaltado que o asilo sempre foi uma prática inerente a condição humana e presente em todas as culturas.
 2. ANDRADE, José H. Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 12.

Católica a perseguidora, nestas hipóteses o exílio em terras distantes era uma opção mais vantajosa que a fogueira ou outra forma de flagelação.

Ao fim da Idade Média, o instituto sofre uma importante reflexão a partir das ideias de **Hugo Grócio e Francisco Suarez**. Os internacionalistas compreendem o asilo como direito subjetivo – direito natural e obrigação do estado, sustentando que “em obediência a um dever humanitário internacional, os Estados que concediam asilo estavam agindo em benefício da *civitas máxima* ou da comunidade de Estados”³. Assim, “pessoas expulsas dos seus lares tinham o direito de adquirir residência permanente em outro país, submetendo-se ao governo que lá detivesse a autoridade”⁴.

Outra importante contribuição de Hugo Grócio, foi separar as “ofensas políticas” das “ofensas comuns”, defendendo que o instituto “deveria ser concedido tão-somente àqueles que sofressem perseguições políticas e religiosas”⁵. No entanto, somente no século XIX que o instituto começou a ganhar os contornos da divisão estabelecida por Grócio, especialmente a partir da experiência latino-americana do asilo político.

Com o surgimento da **modernidade** e dos estados nacionais, o asilo passa a ter assento nas constituições, destacando-se a pioneira Constituição Francesa revolucionária de 1793. Neste período, ocorre a laicização do instituto, passando ao estado o monopólio da sua normatização, quando então, o asilo passa a ser compreendido como discricionariedade política da nação, responsável pela escolha das pessoas que teriam direito de proteção contra a perseguição.

Diferentemente de outros institutos de proteção do indivíduo, o asilo em sua trajetória histórica oscilou entre “altos e baixos”, períodos de maior proteção individual e outros com maior arbítrio dos governantes em escolher aqueles que seriam protegidos. Tal tendência começou a se modificar a partir do fim do século XIX e início do século XX, quando o asilo começou a receber especial atenção do direito internacional.

A partir disto, a experiência europeia do refúgio ganhou ares universalistas e através do seu regime jurídico passou a estabelecer as balizas

-
3. ANDRADE, José H. Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 15.
 4. ANDRADE, José H. Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 14.
 5. ANDRADE, José H. Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 15.

I. Breve histórico do instituto do asilo

para proteção de estrangeiros frente a perseguição no seu país de origem. O refúgio passou a ser um marco na proteção internacional dos direitos humanos, concebido inicialmente pelo direito internacional como resultado de um esforço de solidariedade da sociedade internacional, atenta e preocupada em consagrar os direitos dos indivíduos, consagrando a proteção dos seres humanos mesmo fora do país de sua nacionalidade.

II. Direito de asilo na pós-modernidade

A banalização do mal operada pelos episódios das duas grandes guerras transformou profundamente as relações entre os países. Os estados, antes regidos pelas noções de soberania absoluta, positivismo voluntarista e consequencialismo, agora precisavam se submeter a alguma forma de controle externo para evitar novos excessos.

A solução passou pela criação de um organismo internacional – a **Organização das Nações Unidas (ONU)** – dedicado à cooperação entre as nações, em regular o uso da força e na consagração de valores universais expressos em cânones jurídicos: os direitos humanos. A ideia, apesar de inovadora, valeu-se das experiências e frustrações anteriores, especialmente, no direito humanitário, proteção dos refugiados, Liga das Nações, Organização Internacional do Trabalho, do Tratado de Versalhes, etc.

A partir da ONU, a sociedade internacional vem passando por um longo e tortuoso **processo de institucionalização e humanização**. A institucionalização foi iniciada pela Carta das Nações Unidas e a humanização tem como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), fundando o que se convencionou chamar de direito internacional dos direitos humanos. Junto com a DUDH, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), formam a “Carta de Direitos Humanos” ou *International Bill of Rights*, dois importantes instrumentos internacionais que complementam a DUDH.

Assim, a sociedade internacional fragmentária e estatal passou a ser institucionalizada e humanizada por uma **comunidade internacional**. Além dos estados, seres humanos (individualmente ou coletivamente) e organizações internacionais tornaram-se sujeitos de direito internacional. Além destes, organizações não governamentais e empresas multinacionais, muito embora ainda não sejam sujeitos de direito internacional, podem ser chamados de atores internacionais, dado o importante papel que exercem no cenário internacional.

Contudo, somente com o fim da Guerra Fria, o paradigma comunitário do direito internacional começou a ser sentido e colocado à prova.

Se antes, os direitos humanos estavam dentro de uma retórica legislativa – com a aplicação de instâncias internacionais de proteção – tais como as Comissões e Cortes regionais, os Comitês dos tratados, o Conselho de Direitos Humanos (e a antiga Comissão), o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e o Tribunal Penal Internacional, com suas decisões e recomendações obrigando ou constringendo os estados e seus governantes – agora, adentram a uma **fase de efetivação dos direitos humanos**.

A compreensão do paradigma de comunidade internacional é imprescindível para encontrar soluções para as **questões transacionais ou transfronteiriças**, como por ex. a crescente massa de pessoas que buscam esperança de dias melhores fora do seu país de nacionalidade. Em um mundo onde as fronteiras têm sido diluídas, os conflitos armados e desastres ambientais em um lado do mundo são sentidos rapidamente em outra parte dele, a globalização não se revelou somente econômica, mas revelou uma diversidade crescente de problemas comuns em que se exige respostas também comuns da comunidade internacional.

A desgastada e puída estrutura do Estado-Nação não fornece as soluções necessárias para resolver os problemas que ultrapassam as fronteiras físicas. Cada dia mais o mundo se torna “menor”, com questões locais que também se revelam globais, mas também com questões globais que se revelam locais. Assim, a comunidade internacional vem solucionando os problemas transfronteiriços ou transnacionais, que vão desde o crime organizado até a questão dos refugiados, através de diversos mecanismos multiníveis de decisão, na qual se convencionou chamar de **governança global**.

Desta maneira, diferente do que se pensou ao fim da Guerra Fria, o mundo globalizado não passou a ser governando por uma superpotência vencedora ou unicamente pelas Nações Unidas, o poder decisório está disperso em várias instâncias de governança da comunidade internacional, na qual fazem parte os sujeitos do direito internacional seus novos atores.

Desta maneira, ao falarmos dos refugiados deve-se estar atento a tais transformações, a fim de que o problema não seja enxergado apenas como uma questão interestatal, quando se está falando da vida de milhões de seres humanos que atravessam fronteiras internacionais.

Neste sentido, os dados falam por si, em levantamento anual realizado pelo Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (AC-

NUR) através do relatório “*Global Trends – Forced Displacement*”, em 2016, o número de pessoas deslocadas forçadamente dos seus lares como resultado de perseguições, conflitos, violência, desastres ambientais e outras violações de direitos humanos, atingiu 65 milhões de pessoas. São pessoas que fogem de conflitos como os da Síria e do Sudão, na qual a única alternativa é a proteção da comunidade internacional.

Deste assombroso número de pessoas, 25 milhões estão sob a específica proteção do direito internacional dos refugiados, sendo que 22 milhões tiveram o refúgio concedido e 3 milhões esperam a conclusão do processo, estando sob a condição de solicitantes de refúgio⁶. Portanto, apenas 40% dos deslocamentos forçados receberam proteção como refugiados e tiveram a chance de construir um futuro em outros países.

Os outros 60%, o que dá aproximadamente 40 milhões de pessoas, não atravessaram a fronteira internacional do estado na qual ocorre a violação dos direitos humanos, seja porque não quiseram ou na maioria das vezes não puderam. São chamados de **deslocados internos** e não recebem proteção do Estatuto dos Refugiados, justamente porque não atravessaram uma fronteira internacional em busca de asilo em outros países. Assim, permanecem vivendo em condições precárias, quase sempre em “campos de refugiados ou deixados à própria sorte, sem qualquer esperança do porvir”.

Desta maneira, podemos estabelecer que o refúgio tem a mesma origem que os deslocados internos, mas o regime de proteção se diferencia substancialmente. Enquanto o refúgio é dotado de um sólido sistema de proteção, mesmo que apresente falhas, os deslocados internos são tratados quase que exclusivamente como uma questão interna dos estados, muito embora aos poucos isto vem mudando através da criação de um sistema de proteção, que pode ser chamado de direitos humanos dos deslocados internos, ao qual será tratado mais a frente.

6. Em inglês se usa a expressão *asylum-seekers*.

III. Governança global e os direitos humanos dos deslocados internos

A migração internacional e os deslocamentos forçados representam uma das manifestações mais complexas da pós-modernidade. Na tentativa de gerenciar os fluxos migratórios e deslocamentos forçados, agentes estatais e não estatais têm buscado maneiras de lidar com tais problemas através da chamada governança global, que vem ocupando o espaço internacional em transição, onde os estados não têm mais o protagonismo exclusivo na apresentação de soluções.

A **governança global** compreende o conjunto de mecanismos e soluções para regulação das relações comuns entre estados, organizações governamentais e não governamentais (ONGs), empresas, indivíduos e suas comunidades, em um mundo multilateral e globalizado, pela qual diversas instâncias são dotadas de capacidades decisórias.

O surgimento da governança global se deu a partir da necessidade de regular as diversas atividades humanas que não se limitam mais à fronteira e jurisdição de um único estado. Um bom exemplo ocorre nas migrações, onde o aumento expressivo no número de pessoas que se deslocam ao redor do globo nos últimos anos, de forma sem precedentes, vem demandando novas soluções pelos diversos mecanismos de governança global e não só pelos estados⁷.

A **governança global nas migrações** tem no seu foco diversos problemas transfronteiriços, tais como: migração de trabalhadores, tráfico de pessoas para exploração sexual, escravidão ou transplante de órgãos, bem como o refúgio⁸. Dentre todas estas questões, fica claro que o refú-

7. BETTS *et al*, 2011. A constatação foi verificada a partir de dados pelo “Global Migration Governance project” do Departamento de Política e Relações Internacionais da Universidade de Oxford.

8. Idem. Como por ex. “low-skilled labour migration, high-skilled labour migration, irregular migration, international travel, lifestyle migration, environmental migration, human trafficking and smuggling, asylum and refugee protection, internally displaced people, diaspora, remittances, and root causes”

gio se tornou um dos temas de maior repercussão no contexto das migrações no Século XXI.

O refúgio sempre foi um problema de fronteiras, sejam as fronteiras físicas, que estabelecem o território de um estado, sejam as fronteiras virtuais, que separam as minorias ou os grupos étnicos e sociais em relação à maioria ou aos grupos dominantes. A própria dinâmica do refúgio envolve questões transfronteiriças, já que a pessoa perseguida se desloca para um outro país buscando a proteção através do exercício do direito de asilo.

O **instituto do refúgio** foi estabelecido no sentido de proteger indivíduos ou grupos de indivíduos com fundado temor de perseguição por motivos raciais, religiosos, políticos, de nacionalidade ou por pertencerem a determinado grupo social. O refúgio é um instituto antigo, mas que recebeu os atuais contornos no início do século passado com as perseguições ocorridas em relação a diversos grupos, como resultado do fim de grandes impérios na Europa e o deslocamento forçado de milhões de pessoas acarretado pelas duas grandes guerras.

No entanto, as pessoas que não atravessavam a fronteira e permaneciam deslocadas dentro do próprio estado – os **deslocados internos** – recebiam proteção internacional tão somente pelo direito humanitário, ficando de fora da proteção do direito internacional dos refugiados, muito embora as causas de deslocamento fossem as mesmas.

No fim dos anos 80, após a constatação de tais fatos pelo ACNUR e pela sociedade civil através das diversas ONGs que trabalham com o tema, os deslocamentos internos passaram a ser considerados uma fase anterior ao refúgio, configurando uma violação ao direito internacional dos direitos humanos. Quando, então, o **ACNUR ficou responsável pela assistência aos deslocados internos**, como forma de evitar o refúgio, protegendo os grupos perseguidos no próprio território do estado.

Assim, o instituto do refúgio passou a ter uma **proteção do ponto de vista objetivo**: o estado tem o dever de prevenir, proteger e sancionar violações aos direitos humanos, sob pena de responsabilização internacional. Explicando melhor: os órgãos de governança global, com destaque para o ACNUR e ONGs, começaram a perceber que as causas dos deslocamentos forçados correspondem a graves violações cometidas pela ação ou omissão dos estados e a melhor maneira de evitar o refúgio é garantindo que tais direitos não sejam violados.