

2.º CICLO DE ESTUDOS

CIÊNCIAS JURÍDICO POLÍTICAS

O Direito de Asilo na Realidade Europeia e Interamericana como Fundamento da Personalidade Jurídica Internacional do Indivíduo

Márcio Augusto Marques de Azevedo

M

2020





O Direito de Asilo na Realidade Europeia e Interamericana como Fundamento da Personalidade Jurídica Internacional do Indivíduo

Márcio Augusto Marques de Azevedo

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico – Políticas, para finalização do Ciclo de estudos conducente à obtenção do grau de Mestre, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, realizada sob a orientação da Exma. Senhora Professora Doutora Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro.

AGRADECIMENTOS

Nossa! essa dissertação foi uma saga, mas com certeza não teria chegado até aqui sem a ajuda de várias pessoas que de alguma forma colaboraram para esse momento. E vamos aos agradecimentos:

Agradeço ao universo, suas forças e desígnios, algumas vezes misteriosos, que me levaram a seguir o caminho que trilhei.

À minha família, Ângela, Márcio e Mateus que me deram todo o suporte que eu precisava, me apoiaram e deram todas as condições para eu fazer um mestrado em Portugal e poder me dedicar inteiramente aos meus estudos. Inclusive, um agradecimento especial a minha mãe por ter lido e feito considerações sobre a dissertação.

À minha orientadora Doutora Marta Chantal Ribeiro que foi bastante paciente, me motivou e acreditou no meu trabalho. Doutora. eu soube que queria ser seu orientando quando fui seu aluno e gostei de estudar direito do mar, simplesmente por sua dedicação e amor à matéria - não segui essa linha, é verdade, mas foi algo que me marcou, com certeza.

À Faculdade de Direito da Universidade do Porto, todos os discentes e colaboradores que de alguma forma me auxiliaram, contribuíram para os meus conhecimentos e marcaram o meu percurso acadêmico.

À Comissão Europeia, que possibilitou a realização de um período de mobilidade ao abrigo do Programa Erasmus +, na Université de Toulouse – Capitole, experiência engrandecedora e determinante para a escolha do tema desenvolvido.

Às minhas amigas da vida, Ana Lídia, Anna Carolinne, Carolina, Fernanda, Gabriella, Karol, Luana, Roberta e Saskya que me acompanharam em toda minha trajetória e estiveram sempre presentes quando precisei.

Às minhas amigas e companheiras nesse drama que é fazer uma dissertação Marília e Amanda. Também agradeço às amigas que fiz na França, Amanda, Flávia e Gabriel e as do Porto, Erica, Cláudia e Raquel. Obrigado por me acolher e tornar essa experiência de morar em outro país menos solitária e muito mais divertida.

Enfim, a todas as pessoas que cruzaram o meu caminho e contribuíram para essa jornada, muito obrigado!

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto o direito de asilo na realidade europeia e interamericana como fundamento da personalidade jurídica internacional do indivíduo. Para tanto, em um primeiro momento discorre-se acerca da afirmação da personalidade jurídica do indivíduo por meio da proteção internacional da pessoa humana, apresentando os contributos das três vertentes de proteção internacional da pessoa humana, com ênfase com ênfase no direito de asilo em suas modalidades de asilo em sentido estrito e refúgio. Em seguida, apresenta-se a normativa do direito de asilo na realidade europeia e interamericana, a fim de compreender os direitos e obrigações que advém dessa proteção internacional, bem como a sua efetividade. Por fim, são apresentadas jurisprudências dos Tribunais Regionais Europeu e Interamericano de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia, com vista a perceber o controle e a aplicação da normativa existente diante de um caso concreto. Pelo exposto, verificou-se que o instituto do asilo em sentido amplo conferi direitos ao indivíduo no plano internacional, o que contribui para a afirmação da personalidade jurídica do indivíduo e da sua condição de sujeito internacional, porém ainda existem certos obstáculos que impedem a melhor efetivação do direito em debate.

Palavras-Chave: Personalidade Jurídica Internacional, Direito de Asilo em Sentido Estrito, Direito de Refúgio

ABSTRACT

This dissertation has as its object the right of asylum in the European and Inter-American reality as the foundation of the individual's international legal personality. Therefore, at first, it is discussed about the affirmation of the individual's legal personality through the international protection of the human person, presenting the contributions of the three aspects of international protection of the human person, with an emphasis on the right of asylum in their modalities of asylum in the strict sense and refugee's right. Then, it is presented the norms of the right of asylum in the European and Inter-American reality, in order to understand the rights and obligations that derive from the international protection, as well as its effectiveness. Finally, jurisprudence from the European and Inter-American Regional Courts of Human Rights and the Court of Justice of the European Union are presented, in the interest of understanding the control and application of the existing rules in a specific case. In conclusion, it was found that the asylum institute in a broad sense conferred rights to the individual at the international level, which contributes to the affirmation of the individual's legal personality and his condition as an international subject, however there are still certain obstacles that prevent the best effectuation of the right under debate.

Key Words: International Legal Personality, Right of Asylum, Refugee's rights.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL COMO ALICERCE DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO INDIVÍDUO.....	14
1 Os contributos do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a consolidação da personalidade jurídica do indivíduo	18
2 O Direito de asilo <i>latu sensu</i> e a afirmação do indivíduo como sujeito de direito internacional.....	24
2.1 <i>O Direito de asilo em sentido estrito</i>	25
2.2 <i>O Direito Internacional dos Refugiados</i>	28
CAPÍTULO 2: O DIREITO DE ASILO NA REALIDADE EUROPEIA E INTERAMERICANA	34
1 O direito de asilo no sistema universal de proteção	35
1.1 <i>A normativa do direito de asilo em sentido estrito</i>	36
1.2 <i>A normativa do direito de refúgio</i>	37
2 O direito de asilo nos sistemas regionais de proteção europeu e interamericano	44
2.1 <i>o direito de asilo <i>latu sensu</i> no sistema europeu de proteção de direitos humanos</i>	44
2.2 <i>O direito de asilo <i>latu sensu</i> no sistema interamericano de proteção de direitos humanos</i>	47
3 A previsão do direito de asilo em sistemas comunitários: União Europeia e Mercosul	52
3.1 <i>O direito de asilo no seio da União Europeia</i>	53
3.2 <i>O direito de asilo no seio do Mercosul</i>	61

CAPÍTULO 3: O DIREITO DE ASILO NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA E INTERAMERICANA	64
1 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relacionada ao direito de asilo	65
1.1 <i>Caso Chahal vs. Reino Unido</i>	66
1.2 <i>Caso Hirsi Jamaa vs. Italia</i>	68
2 A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relacionada ao direito de asilo	71
2.1 <i>Processo C-31/09 Nawras Bolbol vs. Hungria</i>	72
2.2 <i>Processo C-411/10 N. S. vs. Reino Unido</i>	74
3.1 <i>Processos apensos C-199/12 a C-201/12 X, Y e Z vs. Países Baixos</i>	77
3. A jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos relacionada ao asilo	79
3.1 <i>Família Tineo Pacheco vs. Bolívia</i>	80
3.2 <i>Parecer Consultivo n.º 21</i>	81
3.3 <i>Parecer Consultivo n.º 28</i>	84
CONCLUSÕES.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	92

LISTA DE ABREVIATURAS

ANUAR – Administração das Nações Unidas para Auxílio de Refugiados

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados

ACRR – Alto Comissariado para Refugiados Russos

CADH – Convenção Americana dos Direitos Humanos

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CICV – Comité Internacional da Cruz Vermelha

CNU – Carta das Nações Unidas

DADH – Declaração Americana de Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DIH – Direito Internacional Humanitário

DIR – Direito Internacional dos Refugiados

Id. – Idem

Ibid. - Ibidem

OI – Organizações Internacionais

OIR – Organização Internacional para os Refugiados

Op. cit. – *Opere citato*

ONU – Organização das Nações Unidas

OUA - Organização de Unidade Africana

SECA – Sistema Europeu Comum de Asilo

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens

TIADH – Tribunal Interamericano de Direitos Humanos

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Por muitos séculos o cenário internacional foi dominado pelos Estados, considerados como os sujeitos de direito internacional por excelência. Contudo, a maciça violação de direitos fundamentais e incapacidade destes mesmos Estados de manter a paz motivaram o desenvolvimento da personalidade jurídica internacional de novos sujeitos, como as organizações internacionais e os indivíduos. Deve-se recordar que, em um passado não distante, a participação dos indivíduos nas relações internacionais, bem como a sua proteção nesse cenário, dava-se precipuamente por meio do Estado com o qual mantinha o vínculo de nacionalidade. Todavia, caso esse vínculo fosse rompido ou o próprio Estado violasse os direitos de seus nacionais, estes encontrar-se-iam em situação de extrema vulnerabilidade sem ter a quem recorrer. Desse modo, progressivamente, desenvolveram-se normativas voltadas à proteção de direitos da pessoa humana, no intuito de universalizá-los e assegurá-los independentemente da nacionalidade existente. Para tanto, além das normativas, foram criados organismos internacionais de fiscalização e controle desses direitos, estabelecendo uma ampla rede de proteção, determinante para a ascensão do indivíduo como sujeito de direito internacional.

Nesse contexto, encontra-se inserido o direito de asilo, o qual dirige-se à proteção de pessoas vítimas de perseguição em seus Estados de origem, expressando-se de duas formas, o direito de asilo em sentido estrito e o direito de refúgio. Em ambos os casos, os indivíduos necessitam de proteção internacional, pois o Estado responsável por assegurar seus direitos, na verdade, os viola, fazendo-se necessária a cooperação dos sujeitos que compõe a comunidade internacional para garantir uma proteção a essas pessoas em situação de vulnerabilidade – muitas vezes sumariamente destituídas de sua nacionalidade e, conseqüentemente, sem um estatuto pessoal.

Destarte, a consagração do direito de asilo pelo ordenamento jurídico internacional foi importante para o reconhecimento do indivíduo no plano internacional, uma vez que, no caso do refúgio, foi criado um estatuto internacional com garantias mínimas às vítimas de perseguição, conforme à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra, em 1951. O direito de refúgio confere um estatuto especial ao refugiado, garantindo-lhe um tratamento mais favorável que um estrangeiro e, em certos casos, como se fossem nacionais do Estado de acolhida. No que diz respeito ao asilo em sentido estrito, apesar de não existir um estatuto próprio, existem normas internacionais que preveem obrigações aos Estados a esse respeito, constituindo certas

garantias àqueles que usufruem do instituto. Logo, pode-se afirmar que, por força do direito de asilo, a vítima de perseguição passa a ser titular de uma série de direitos salvaguardados pelo ordenamento jurídico internacional, contribuindo para a afirmação de sua personalidade jurídica.

O direito de asilo trata-se de uma importante flexibilização da soberania dos Estados, em favor do indivíduo. Os Estados possuem poderes legítimos para aceitar ou expulsar estrangeiros de seus territórios, bem como estabelecer o regime deste enquanto presentes em seu território, mas os poderes passam a ser limitados em razão da proteção internacional conferida pelo direito de asilo. Um importante exemplo dessa limitação trata-se da garantia de não devolução do asilado ou refugiado ao país onde tem seus direitos ameaçados – o chamado princípio do *non refoulement*. Isso significa que o Estado ao exercer seus poderes soberanos deve atentar para o respeito dos direitos da pessoa humana, devendo protegê-la em seu território caso esteja ameaçada em seu país de origem, ou lhe transferir para outro lugar onde a sua segurança seja garantida.

Ademais, os sistemas de proteção desenvolvidos a nível internacional, além de positivizar direitos, criaram órgãos ou cortes especializadas em direitos humanos para controlá-los e aplicá-los, permitindo o acesso aos particulares, em alguns casos até diretamente, com o recebimento de demanda individual, podendo, por exemplo, buscar reparação por eventuais violações do seu direito de asilo internacionalmente. Assim, além de serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico internacional como titulares de direitos, ainda pode manifestar sua capacidade jurídica de aceder a órgãos jurisdicionais internacionais para ter o seu direito efetivado o que corrobora para a afirmação de sua personalidade jurídica internacional. Isto posto, indaga-se os contributos do direito de asilo, como um dos direitos internacionalmente reconhecidos à pessoa humana, para a ascensão desta como um sujeito de direito internacional, pelo que se mostra importante o seu estudo mais aprofundado.

Por essa razão, o presente trabalho destina-se a debater o direito de asilo na realidade europeia e interamericana como fundamento da personalidade jurídica internacional do indivíduo. Para o efeito, discorre-se sobre o contexto histórico do direito de asilo, o seu regime jurídico atual e a jurisprudência relevante no tema, com enfoque nas regiões supracitadas. Para isso, utilizam-se as terminologias “direito de asilo” e “direito de asilo em sentido amplo” no sentido de proteção de pessoas vítimas de perseguição, com isso abrangendo-se dois ramos: o “direito de asilo em sentido estrito”

– tradição latino-americana do “asilo territorial” e “asilo diplomático” que se dirigem à proteção de perseguidos políticos – e o “direito de refúgio”, proteção de âmbito universal, em razão de perseguição motivada por nacionalidade, religião, raça, pertencimento a grupo social e opinião política, dentre outros requisitos constantes na Convenção de Genebra de 1951. Utilizam-se os termos “solicitante de asilo”, para tratar do primeiro ramo e “solicitante de refúgio” e “refugiado” para tratar do segundo. Serão utilizados ainda os termos “pessoa”, “pessoa humana”, “indivíduos” e “particulares” como sinônimos para se referir à consolidação da personalidade internacional desses sujeitos de direito.

Não obstante, deve-se salientar a importância do tema discutido e a sua relevância atual, pois a situação do asilado/refugiado normalmente envolve a violação de diversos direitos humanos conexos, como o direito à vida, à liberdade, não discriminação, liberdade religiosa, liberdade de expressão, dentre outros. Tratam-se, portanto, de indivíduos que se encontram em uma situação excepcional e demandam uma proteção efetiva. Realce-se que, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)³, no final do ano de 2019, cerca de 79,5 milhões de pessoas encontravam-se em situação de deslocamento forçado no mundo inteiro. Dessas, 26 milhões são refugiados e 4,2 milhões de solicitantes de asilo. O ACNUR verificou o aumento do número de refugiados em todos os continentes, apontando os impactos sofridos no Oriente Médio, no Norte da África e na Europa, por conta da guerra na Síria que gerou cerca de 6,6 milhões de refugiados. Em continuidade, na África Subsaariana, o número de refugiados triplicou de 2,2 para 6,3 milhões de refugiados, em razão de conflitos no Sudão do Sul, Congo, Somália, Burundi, entre outros⁴. No mesmo contexto, o continente americano sofreu o impacto da situação política e socioeconômica da Venezuela que obrigou 3,6 milhões de pessoas a se deslocarem para países vizinhos, além dos milhares de refugiados oriundo da América Central. No continente asiático, aproximadamente 700 mil refugiados apátridas deixaram Myanmar, além 2,1 milhões de pessoas que deixaram o Iraque, dentre diversos outros casos⁵. À vista disso, trata-se de uma problemática iminentemente atual.

³ O ACNUR trata-se da agência da Organização das Nações Unidas (ONU), responsável pela fiscalização e promoção do direito dos refugiados previsto na Convenção de Genebra de 1951.

⁴ UNITED NATIONS. HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). Global Trends Forced Displacement in 2019. UNHCR, 2020, p. 18.

⁵ Ibidem.

Outrossim, a questão dos refugiados e asilados tem impacto direto em outros domínios igualmente relevantes, como as políticas migratórias, segurança nacional, integração de estrangeiros, dentre outros. Os Estados são soberanos para controlar a entrada, saída e permanência em seu território, porém, o direito de asilo impõe certa limitação desse exercício por conta da situação especial em que o indivíduo se encontra. Ainda de acordo com os dados do ACNUR, até o final de 2019, a Turquia recebeu cerca de 3 milhões enquanto a Colômbia e a Alemanha receberam mais de 1 milhão de migrantes forçados⁶. É inegável que o asilo gera um encargo para os Estados de acolhimento em vários âmbitos, desde o económico, até o cultural, uma vez que despende-se gastos para assegurar as garantias mínimas constantes em obrigações internacionais e legislações internas, além de evoluir outras questões relacionada à integração do asilado/refugiado, como linguísticas, religiosas, inserção do mercado de trabalho e a intolerância contra estrangeiros.

Trata-se, pelo exposto, de um tema delicado o qual exige o sopesar de diversos interesses em jogo, de modo que, ao fim, seja garantida a proteção da pessoa humana. Por conseguinte, mostra-se de grande pertinência o estudo da temática a fim de melhor compreendê-la, verificar o quão próximo estamos de garantir a sua efetividade e possivelmente contribuir para uma melhor aplicação do instituto.

Posto isto, o presente trabalho tem por objetivo geral estudar o direito de asilo como fundamento da personalidade jurídica internacional do indivíduo com o enfoque delimitado pelos exemplos europeu e interamericano. Acrescem como, objetivos específicos do estudo a desenvolver, primeiro, a compreensão do papel das vertentes de proteção internacional da pessoa humana para a afirmação da personalidade jurídica internacional do indivíduo, segundo, a exposição crítica do regime jurídico do direito de asilo, com ênfase nos sistemas regionais (sistema europeu e interamericano) e nos sistemas comunitários (União Europeia e Mercosul) de proteção dos direitos humanos e, terceiro, analisar o contributo da jurisprudência dos tribunais regionais e do Tribunal de Justiça da União Europeia no controle e aplicação do direito de asilo. Em termos metodológicos, o presente estudo foi realizado com base em revisão bibliográfica, tendo sido valorizadas referências nacionais e internacionais das temáticas em causa, na medida

⁶ UNHCR, op. cit. p. 22.

do que foi permitido pelas restrições ditadas pela situação sanitária à época da redação da dissertação.

Dentro deste enquadramento, no primeiro capítulo da dissertação serão abordados os contornos da personalidade jurídica internacional e a ascensão do indivíduo como sujeito de direito internacional proporcionada pelas vertentes de proteção internacional da pessoa humana. Num primeiro momento serão apresentados os contributos do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em um segundo momento, discorrer-se-á sobre o direito de asilo em sentido amplo, distinguindo entre o asilo em sentido estrito e o refúgio, e discutindo, igualmente, o seu contexto histórico, as suas aceções e o seu papel no estabelecimento da pessoa como sujeito de direito internacional.

No segundo capítulo serão apresentadas as normativas internacionais acerca do tema, perpassando pelos principais diplomas do sistema global de proteção – normativa de referência para os demais sistemas de proteção. Em seguida tratar-se-á da normativa do direito de asilo nos sistemas regionais europeu e interamericano, bem como dos sistemas comunitários, com ênfase na União Europeia e Mercosul.

Por fim, no terceiro capítulo serão apresentadas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), bem como do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH), verificando-se como o direito de asilo é aplicado pelos tribunais e a sua efetivação na prática dos sistemas regionais e comunitários de proteção.

CAPÍTULO I: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL COMO ALICERCE DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO INDIVÍDUO

A subjetividade internacional e a indagação de quem são os sujeitos de direito que compõem esse ordenamento jurídico é uma das questões de grande interesse dos juristas que voltam os seus estudos para o cenário internacional. A depender da ótica aplicada é possível que sejam reconhecidos um ou diversos atores atuantes nas relações internacionais, pois a realidade é apreendida conforme as definições e características – ou métodos de pesquisas – escolhidos para o seu estudo.

É pacífico na doutrina jusinternacionalista que a subjetividade internacional é construída a partir de dois outros conceitos, a personalidade e a capacidade, as quais juntas formariam uma pessoa jurídica⁸. GOUVEIA, por exemplo, define a personalidade jurídica internacional como a aptidão para ser titular de direitos e obrigações no âmbito internacional⁹. Contudo, SHAW afirma que tal conceituação deve levar em consideração diversas variáveis como o estatuto pessoal, capacidade, competência, natureza e extensão dos direitos e deveres atribuídos.

Logo, não existiria uma forma definida e absoluta da personalidade jurídica, mas trata-se de um fenômeno que se manifesta de diversas maneiras¹⁰, por meio das capacidades jurídicas, as quais, na definição de GOUVEIA, tratam-se da medida da personalidade, englobando a titularidade e o seu efetivo exercício¹¹. TINE, por sua vez, elenca como principais, a capacidade processual¹², ou seja, o poder de reclamar e tornar o direito exequível, e a capacidade normativa – celebrar tratados, criar normas internacionais a serem diretamente realizadas pelo sujeito¹³. Já PORTELA afirma que as principais capacidades a nível internacional se expressam através da participação na atividade normativa, em ser destinatário de normas e a possibilidade de aceder a jurisdições internacionais bem como a outros mecanismos de solução de conflitos¹⁴.

⁸ Por todos, ver GOUVEIA, Jorge Bacelar – Manual de Direito Internacional Público. Ed. 3. Coimbra: Almedina, 2008, p. 497.

⁹ Ibidem.

¹⁰ SHAW, Malcolm N – International Law. Ed. 8. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 196.

¹¹ Ibidem.

¹² TINE, Martin Pascal Famara – La situation juridique de l'individu dans le contentieux international: Analyse d'un mode de traitement du sujet interne par le droit international. (These de doctorat). Toulouse : Université de Toulouse, 2014, p. 64.

¹³ TINE, op. cit. p. 66.

¹⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – Direito Internacional Público e Privado. Ed. 7. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 154.

GOUVEIA acrescenta ainda como manifestação da personalidade jurídica internacional o poder de estabelecer relações diplomáticas e o uso da força legítima com base no direito internacional¹⁵. Observa-se que não existe um rol exaustivo de capacidades jurídicas, sendo plena a personalidade que manifestar-se através de todas, ou limitada quando se restringir-se apenas a algumas das capacidades citadas. Em todo caso, a personalidade jurídica internacional resta configurada.

A partir da personalidade e da capacidade internacional estrutura-se a pessoa jurídica, o sujeito de direito internacional. Às pessoas jurídicas são atribuídos direitos e deveres, os quais são exercidos em variados graus, a depender das suas capacidades e das características do próprio sujeito¹⁶ – concluindo-se que os sujeitos de direito internacional não necessariamente compartilham das mesma características, mas apresentam suas particularidades. Por conseguinte, a cena internacional conta com a participação de diversos agentes, como os Estados, as organizações internacionais e regionais, organizações não governamentais, empresas públicas e privadas e até mesmo os indivíduos¹⁷. Entretanto, nem todos aqueles que atuam no plano internacional recebem o *status* de sujeito de direito internacional¹⁸ e mesmo aqueles assim reconhecidos não expressam a sua personalidade e capacidades jurídicas da mesma forma.

Destarte, o direito internacional reconhece precipuamente como sujeitos de direito, atribuindo-lhes personalidade e capacidade jurídica internacional (em maior ou menor graus): os Estados, as organizações internacionais e os indivíduos^{19 20}. O Estado trata-se do sujeito de direito internacional mais antigo, o qual exerce todas as parcelas de capacidade citadas anteriormente, sendo considerado como o sujeito de direito internacional por excelência e para os defensores da teoria clássica ortodoxa, como o único sujeito de direito internacional²¹. Desde o tratado de paz de Westphalia, em 1648, o Estado ocupou posição central no ordenamento jurídico internacional e por séculos

¹⁵ GOUVEIA, op. cit. p. 500.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ SHAW, op. cit. p. 196

¹⁸ Idem, p. 197

¹⁹ Além dos sujeitos clássicos de direito internacional, é reconhecida a algumas entidades especiais personalidade jurídica como à Ordem Soberana de Malta, à Santa Sé, aos Insurgentes e beligerantes, aos movimentos de libertação nacional, dentre outros (SHAW, op. cit. p. 243-245). Contudo a análise se restringirá aos Estados, Organizações internacionais e Indivíduos, com foco neste último.

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira – Curso de direito internacional público. Ed. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 362.

²¹ GOUVEIA, op. cit. p. 518.

monopolizou a titularidade de direitos e a produção normativa, tendo por máxima os princípios da soberania e da não interferência interna²².

Não obstante, a comunidade internacional precisou evoluir diante da necessidade de cooperação entre os países, surgindo ainda no século XIX as primeiras organizações internacionais²⁴, mas foi no século XX que floresceram e foram fortalecidas a fim de melhor cumprirem suas finalidades. Apesar de criadas pelos Estados, as Organizações Internacionais (OI) apresentam personalidade e capacidade jurídica própria²⁵ para a consecução dos objetivos definidos em seu ato constitutivo²⁶, consolidando-se como sujeito de direito internacional e determinantes para abertura da comunidade internacional aos indivíduos que careciam de espaço nesse plano.

A afirmação da personalidade jurídica do indivíduo fez frente a uma visão restrita, estado-centrista e monopolizante na qual tudo orbitava segundo os interesses dos Estados soberanos. Conceção segundo a qual o indivíduo era visto como mero objeto nas relações jurídicas internacionais²⁷ e por não manifestar todas a capacidade internacionais, não poderia ser considerado sujeito de direito²⁸. No entanto, fez-se imperiosa a superação do paradigma exposto, uma vez que a garantia de direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados mostrou-se insuficiente – por estes serem os principais violadores desses direitos – dando azo a inúmeras atrocidades cometidas contra os seres humanos. Dessa forma, a partir da Segunda Guerra Mundial o processo de internacionalização dos direitos humanos ganha força e a comunidade internacional traz o indivíduo para o seu centro, de modo a potencializar a sua proteção³¹.

Nesse contexto, a proteção internacional da pessoa humana nas diferentes vertentes, hoje, comumente designadas de Direito Internacional Humanitário (DIH),

²² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século. IN: PINHEIRO, Paulo Sérgio, et al. (org.). Direitos humanos no século XXI. IPRI. Rio de Janeiro, 1998, p. 25.

²⁴ SHAW, op. cit. p. 259.

²⁵ Nesse sentido, destaca-se o parecer do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) de 1948 sobre a reparação de prejuízos sofridos ao serviço da ONU, o qual reconheceu expressamente a personalidade jurídica internacional desta – mesmo sem existir disposição expressa no seu tratado constituinte – a qual pôde ser indemnizada pela morte de mediador em missão em Jerusalém. (GOUVEIA, 2008, op. cit. p. 555).

²⁶ MAZZUOLI, 2008, op. cit., p. 364.

²⁷ QUEIROZ, Cristina M.M – A proteção Internacional dos Direitos do Homem. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. A 10. Porto: 2013, p. 81.

²⁸ BROWNLIE, Ian – Princípios de Direito Internacional Público. ed. 4. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 79; REZEK, 2011, op. cit., p. 182.

³¹ PIOVESAN, Flávia – Temas de direitos humanos. Ed. 5. São Paulo: Saraiva 2012, p. 28.

Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e Direito Internacional dos Refugiados (DIR), foi determinante para a ascensão do indivíduo como sujeito de direito internacional. Apesar de as vertentes apresentarem autonomia e certas particularidades entre si, são complementares na busca de fortalecer a defesa da pessoa humana³², por meio do desenvolvimento de diversos instrumentos internacionais, bem como a criação de órgãos de controle, consagrando uma ampla rede de proteção no plano internacional³³.

O indivíduo tornou-se titular de uma série de direitos e obrigações, corporizando a sua personalidade jurídica internacional³⁴, sendo-lhe Do mesmo modo, lhe foram concedidas certas capacidades (ainda que limitadas), permitindo-se o seu acesso a instâncias internacionais, seja no polo ativo, exercendo e buscando a efetivação dos direitos adquiridos, quanto no polo passivo, sendo responsabilizado a nível internacional por eventuais violações de suas obrigações^{35 36}.

Assim sendo, o presente capítulo discorrerá acerca das três vertentes de proteção da pessoa humana como alicerce da personalidade jurídica internacional do indivíduo, destacando os contributos do direito de asilo em sentido amplo, nesse contexto. Em um primeiro momento discorrer-se-á brevemente acerca do aporte fornecido pelo DIH e pelo DIDH. Em seguida, será discutido a contribuição do direito de asilo em sentido amplo, o qual abarca o DIR e o direito de asilo *strictu sensu*, para a consolidação do indivíduo como sujeito de direito internacional.

³² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados: aproximações ou convergências. San José: IIDH 2015 p.1.

³³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Reflexões Sobre a Personalidade Jurídica Internacional dos Indivíduos. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas n.º 38 e 39. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 2012, p. 95-96.

³⁴ Idem, p. 99.

³⁵ Salienta-se, contudo, que há muito o indivíduo era objeto do direito internacional. A responsabilização do particular a nível internacional se deu desde o combate ao tráfico de escravos e pirataria. Do mesmo modo, o Tratado de Versailes já previra a possibilidade de o indivíduo recorrer a instâncias internacionais buscando a reparação por danos sofridos em consequência da Primeira Guerra Mundial. Ademais, com a criação da Organização Internacional do Trabalho houve a promoção de direitos do trabalhador para além do âmbito interno dos Estados (SHAW, op. cit. p. 271).

³⁶ PORTELA, 2015, op. cit. p. 174.

1 Os contributos do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a consolidação da personalidade jurídica do indivíduo

O modelo estado-centrista mostrou-se insuficiente para garantir a paz entre as nações do globo e ineficaz na garantia da segurança de suas populações. As diversas tragédias ocorridas impulsionaram a superação da visão do Estado como centro do ordenamento jurídico, cuja soberania imperava como princípio máximo. Surge um novo paradigma no cenário internacional com vista a reordenar o direcionamento normativo e estabelecer um novo centro: a pessoa humana³⁷.

Os direitos fundamentais e liberdades individuais do homem já eram resguardados há alguns séculos no âmbito interno dos Estados³⁸, porém a manutenção desses direitos encontrava-se estritamente vinculada a laços de nacionalidade – insuficiente para proteger os indivíduos de violências perpetradas por seu próprio Estado³⁹. Diante desse cenário, o processo de internacionalização dos direitos humanos possibilitou o reconhecimento de direitos aos indivíduos, pelo ordenamento jurídico internacional. A proteção da pessoa humana ganhou caráter universal, passou a se destinar a todos, independente da nacionalidade, raça ou religião e tornou-se um dos alicerces do Direito Internacional Público e da própria comunidade internacional.

Todavia, o florescer da proteção internacional não se deu de forma linear e uniforme. Novos direitos surgiram, de acordo com o contexto histórico, a finalidade e os organismos envolvidos, tendo por norte o indivíduo como centro das relações internacionais. Nesse contexto destaca-se o desenvolvimento das três vertentes de proteção internacional da pessoa humana – DIH, DIDH e DIR –, determinantes para que os indivíduos deixassem de constituir meros objetos, mas verdadeiros sujeitos de direito internacional. Restrições foram impostas à soberania estatal, ao mesmo tempo, em que as normas passaram a dirigir-se às pessoas, lhes conferindo direitos, obrigações e meios para assegurá-los. Por isso, mostra-se pertinente o estudo das suas contribuições para a consolidação da personalidade jurídica internacional do indivíduo e a sua ascensão à condição de sujeito de direito internacional.

³⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 28.

³⁸ MARQUES, Mario Reis – A protecção internacional dos direitos humanos: dos sistemas regionais ao intento global da ONU. Boletim de Ciências Econômicas. Vol. LVII. Tomo II. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, p. 2013.

³⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 29.

Dentre as vertentes de proteção, o Direito Internacional Humanitário (DIH) é considerado a mais antiga, cuja codificação remonta-se ao século XIX, mais precisamente em 1864, com a criação do Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV) e a conclusão da I Convenção de Genebra para o socorro aos feridos em campo de batalha⁴⁰. O DIH surgiu da necessidade de tornar a guerra entre os Estados, mais humana, bem como de proteger os indivíduos vítimas desses conflitos⁴¹. A particularidade do DIH advém justamente da sua aplicação restringir-se a situações de conflito armado, com vistas a impor restrições aos Estados, quanto aos meios utilizados durante as hostilidades, bem como a proteger os bens e as pessoas que possam sofrer consequências da guerra⁴².

As normas internacionais dessa vertente dividem-se em dois ramos: o direito de Haia e direito de Genebra⁴³. O primeiro ocupa-se da relação entre os Estados, restringindo e regulamentando o uso da força, enquanto o segundo destina-se à relação entre Estado e indivíduo, buscando a proteção destes em caso de beligerância⁴⁴. Devido ao objeto sensível em jogo parte desse corpo normativo é considerado como norma de *jus cogens*⁴⁵, ou seja, normas imperativas de direito internacional que não são passíveis de derrogação, muito menos condicionam-se à reciprocidade entre os Estados⁴⁶, são normas que reforçam a proteção do indivíduo no seio da comunidade internacional.

Isto posto, verifica-se que o DIH trouxe para o centro de um debate tipicamente intraestatal, qual seja a guerra, a preocupação com as pessoas que sofrem diretamente as consequências desta. Isto é, a relação entre os estados continua a existir, porém, acrescenta-se ao imbróglio o respeito a garantias mínimas dos indivíduos, os quais ganham mais espaço, uma vez que passam a ser destinatário de direitos a serem observados pelas nações do globo.

⁴⁰ PICTET, Jean – La formation du droit international humanitaire. *International Review of Red Cross*, vol. 84, no. 846, June. 2002, p. 323

⁴¹ BORDA, Aldo Zammit – Introduction to International Humanitarian Law. *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 34, no. 4, December 2008, p. 739.

⁴² CARREIRA, José Manuel Silva – O Direito Humanitário, As Regras De Empenhamento E A Condução Das Operações Militares. *Cadernos Navais*. 11/Out.-Dez. Lisboa: Comissão Cultural da Marinha, 2004, p. 15.

⁴³ SWINARSKI, Christophe – O Direito Internacional Humanitário Como Sistema De Proteção Internacional Da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 4, p. 33-48, dez. 2003, p. 36.

⁴⁴ CARREIRA, op. cit., p. 19

⁴⁵ Idem, p. 15.

⁴⁶ CHEREM, Mónica Teresa Costa Sousa – Direito internacional humanitário. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Santa Catarina: 2002, p. 12.

Outrossim, cumpre ressaltar que o regime de responsabilidade instituído pelas normas de direito internacional humanitário não alcança apenas o ente estatal, mas também provocam a responsabilização pessoal dos governantes – que se utiliza da sua posição para perpetrar violações –, bem como de sujeitos que não pertencem ao governo, como grupos armados e milícias⁴⁷. Assim, o DIH também possibilita a responsabilização internacional do indivíduo por conta de violação às suas normas, figurando este também no polo passivo de lides instauradas perante tribunais internacionais, seja aqueles instaurados excecionalmente, seja o permanente⁴⁸. Dessa forma, o DIH traz a noção do indivíduo não apenas como vítima, sujeito vulnerável que necessita de proteção, mas também como agressora, capaz de violar obrigações internacionais, passível de responsabilização pelo seu comportamento. O indivíduo torna-se titular de direitos e também de obrigações, reconhecida a sua capacidade processual, com a participação direta em cortes internacionais, ao menos como réu, fortalecendo a sua condição de sujeito de direito internacional.

Por seu turno, a segunda vertente que compõe a proteção internacional da pessoa humana é o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), de origem mais recente, tendo ganhado destaque no cenário internacional após a II Guerra Mundial. O DIDH surge como resposta às atrocidades cometidas e às inúmeras violações de direitos fundamentais perpetrados pelos regimes fascistas da época e dos conflitos deles decorrentes⁴⁹. Esses acontecimentos históricos provocaram fortes alterações na ordem internacional, pois restou evidente que a previsão de direitos fundamentais no âmbito doméstico não era suficiente para garanti-los. Do mesmo modo, a proteção diplomática e a proteção humanitária também não eram capazes de impedir as violações causadas pelos próprios Estados⁵⁰. Assim, fez-se necessário o reordenamento da comunidade internacional, com o reconhecimento do indivíduo não apenas como objeto, mas como

⁴⁷ DE PAULA, Vera Cecília Abagge; PRONER, Carol – Convergência E Complementaridade Entre As Vertentes De Proteção Internacional Dos Direitos Humanos. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, n. 48. Curitiba: 2008, p. 230.

⁴⁸ Idem, p. 232.

⁴⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 28.

⁵⁰ GUERRA, Sidney – A proteção Internacional da pessoa humana e a consolidação do direito internacional dos direitos humanos. Anais do XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte. p. 940 Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/sidney_guerra.pdf. Acesso em: 14 Out 2020.

sujeito de direito, a emergência de um novo paradigma orientador das relações entre os Estados: os direitos humanos⁵¹.

Foi a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, mais especificamente com seu tratado constitutivo, que surgem as bases para a construção dessa nova comunidade internacional⁵². A Carta das Nações Unidas (CNU), assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas, traz ao longo de seus dispositivos diversas referências aos direitos humanos, como compromisso da comunidade internacional⁵³ ⁵⁴. Em 1946, com vistas a dar os primeiros passos para a implementação dos objetivos constantes na CNU, foi criada a Comissão de Direitos Humanos⁵⁵, a qual deteve a importante missão de elaborar um documento que serviria de guia para as nações do globo promoverem os direitos humanos⁵⁶. Apesar da ambição de estabelecer um verdadeiro tratado acerca do assunto, devido a timidez inicial dos Estados em assumir tal compromisso⁵⁷, os trabalhos da comissão culminaram com a aprovação na Assembleia Geral da ONU da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948⁵⁸.

O marco do processo de internacionalização dos direitos humanos não se deu por meio de uma convenção, mas por uma declaração de valor jurídico não vinculante⁵⁹. Contudo, inegável os contributos da DUDH por insculpir a concepção de direitos universais e indivisíveis, que não dependem da nacionalidade, ou do vínculo do indivíduo com o seu Estado para serem exercidos, mas são-lhe assegurados simplesmente por serem pessoas humanas. Direitos que possuem relação intrínseca entre as suas mais diversas dimensões, sendo que a garantia de um não é completa sem a salvaguarda dos demais⁶⁰. A DUDH contribuiu para a superação da visão tradicionalista apegada à ideia da soberania absoluta dos Estados, a qual passa a sofrer certa flexibilização, em favor da

⁵¹ PIOVESAN, op. cit, p. 28.

⁵² MARQUES, op. cit. p. 2015.

⁵³ Logo no preâmbulo é afirmada a preocupação com os direitos fundamentais e da dignidade humana como valor a ser observado pelas nações do globo. Em seguida no artigo 1.º consta como um dos propósitos das Nações Unidas, o desenvolvimento da cooperação entre os Estados para promover e estimular o respeito aos direitos do homem.

⁵⁴ GOUVEIA, op. cit. p. 565.

⁵⁵ ORAÁ, Jaime Orará; IZA, Felipe Gómez – La Declaration Universal de los Derechos Humanos: Un breve comentário en su 50 aniversario. Bilbao: Forum Deutso, 1997, p. 41.

⁵⁶ QUEIROZ, op. cit. p. 85.

⁵⁷ ORAÁ; IZA, op. cit. p. 43

⁵⁸ A DUDH foi aprovada pela Resolução n. 217 A (III), da Assembleia Geral, em 10 de dezembro de 1948, contando com 48 votos a favor, zero contra, mas oito abstenções.

⁵⁹ MARQUES, op. cit. p. 2018.

⁶⁰ PIOVESAN, 2012, op. cit, p. 29.

proteção do indivíduo. A soberania continua a existir, mas é exercida com respeito aos direitos humanos.

O diploma corroborou para a afirmação da personalidade jurídica do indivíduo no plano internacional que agora passa a possuir direitos reconhecidos não apenas em tempo de conflito, mas a serem observados a todo momento pela comunidade internacional⁶². Apesar de não ser um instrumento de caráter vinculativo, a DUDH serviu como um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações do globo⁶³, tendo seus preceitos sido internalizados pelas constituições de diversos Estados⁶⁴. Devido ao seu amplo e global reconhecimento, muito de seus artigos são aceitos como direito internacional costumeiro geral, a serem observados pela comunidade internacional⁶⁵.

Destarte, construiu-se uma ampla rede de garantia a nível internacional abarcando direitos civis, políticos, económicos e sociais⁶⁶. Ao longo dos anos as previsões da declaração universal foram sendo ampliadas mediante diversos tratados internacionais, responsáveis por contruir o sistema global de proteção dos direitos humanos, buscando-se não apenas a positivação de normas, mas igualmente, criando mecanismos de implementação e fiscalização. Dentro da ONU estruturou-se uma série de organismos para esse fim, com destaque para o Conselho e o Comité de Direitos Humanos, bem como e os Comités especiais – esses últimos especializados em determinadas áreas de proteção⁶⁷. Cumpre ressaltar que alguns desses comités recebem denúncias por parte de particulares quanto à violação de direitos assegurados no plano internacional – não se trata de uma atividade contenciosa, mas essas comunicações podem gerar investigações, recomendações e outros expedientes quanto ao caso apresentado⁶⁸. Consagra-se, portanto o direito de petição individual a nível internacional.

⁶² PIOVESAN, 2012, op. cit. p. 29.

⁶³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 1948.

⁶⁴ A Constituição Portuguesa, por exemplo, além de internalizar uma série de direitos constantes na DUDH, também faz menção expressa a esta em seu art. 16 n.º 2, vejamos: Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁶⁵ DEFEIS, Elizabeth F. – Universal Declaration of Human Rights: A Standard for States. Seton Hall Legislative Journal, vol. 28, n.º 2, 2004, p. 264.

⁶⁶ GOUVEIA, 2008, op. cit. p. 614-615.

⁶⁷ GOUVEIA, 2008, op. cit., p. 620-621.

⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Sistema Internacional de proteção dos direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Visão Integral dos Direitos Humanos. Porto Alegre, 1997, p. 308.

Não obstante, a proteção conferida pelo DIDH não se esgota no sistema universal instituído pela ONU. Com vistas a formar uma rede multinível e potencializar a garantia desses direitos, surgem sistemas regionais, que traduzem de forma especial as particularidades de cada região do globo na compreensão dos direitos humanos⁶⁹. Hoje, temos por sistemas regionais o sistema europeu, o americano e o africano, os quais apresentam corpo normativo próprio, ressaltando-se as respectivas convenções de direitos humanos, a saber: Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981⁷⁰. Os três sistemas apresentam, órgãos responsáveis pela fiscalização e aplicação dos direitos previstos, os tribunais regionais responsáveis por exercer atividade contenciosa e emanar sentenças de carácter obrigatório e vinculante. Evidencia-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) admite o acesso direto⁷¹ dos indivíduos à corte⁷³. Por sua vez, o sistema interamericano e o africano possuem estruturas semelhantes, sendo compostos por uma Comissão e um Tribunal de Direitos Humanos. Entretanto, no sistema interamericano a Comissão tem por uma de suas funções receber denúncias de particulares e pode encaminhá-las para o Tribunal Interamericano⁷⁴. Já, no sistema africano, admite-se o acesso direto de nacionais dos Estados que expressamente concordem com demandas individuais ao Tribunal africano⁷⁵.

Por todo o exposto, vislumbra-se que a personalidade jurídica internacional da pessoa humana foi bastante fortalecida com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direitos foram reconhecidos e concedeu-se ainda capacidade para reclamá-los e buscar a sua efetivação. É bem verdade que em comparação aos Estados os indivíduos ainda possuem personalidade e capacidade jurídica limitadas, porém tal restrição não é suficiente para excluir a sua condição de sujeito de direito internacional. Consequentemente, pode-se afirmar que o DIH e o DIDH trouxeram grandes contributos para o reconhecimento e a defesa dos direitos dos indivíduos no plano internacional,

⁶⁹ PIOVESAN, 2012, op. cit., p. 31.

⁷⁰ DE PAULA, 2008, op. cit., p. 223-224.

⁷¹ Cumpre ressaltar que inicialmente o sistema europeu também era composto por uma Comissão e um Tribunal de Direitos Humanos, sendo a primeira também responsável por zelar pela Convenção Europeia de Direitos do Homem, bem como receber as demandas individuais e encaminhá-las à corte. O sistema foi reestruturado em 1994 com o Protocolo Adicional n.º 11, o qual resultou na extinção da Comissão e na concentração do controle da Convenção Europeia pelo TEDH. Desse modo, com a entrada em vigor do referido protocolo em 1998, o Tribunal passou a receber diretamente as demandas dos indivíduos, sem a necessidade de intermediação de qualquer outro órgão. (GOUVEIA, op. cit., p. 626).

⁷³ GOUVEIA, op. cit., p. 626.

⁷⁴ DE PAULA, 2008, op. cit., p. 225-228.

⁷⁵ MARQUES, op. cit. p. 2037.

servindo como alicerce para a consubstanciação da personalidade jurídica da pessoa humana e da sua afirmação como sujeito de direito internacional.

Passa-se, assim, à análise da terceira e última vertente de proteção internacional da pessoa humana, o Direito Internacional dos Refugiados (DIR). Aborda-se o DIR inserido no direito de asilo em sentido amplo, analisando a relação deste com o direito de asilo em sentido estrito e explorando as contribuições de ambos para a afirmação da personalidade jurídica internacional do indivíduo.

2 O Direito de asilo *latu sensu* e a afirmação do indivíduo como sujeito de direito internacional

O Direito Internacional dos Refugiados (DIR) trata-se da terceira vertente de proteção internacional da pessoa humana a qual, em conjunto às demais vertentes, contribuiu para a humanização e abertura da comunidade internacional para um novo sujeito de direito: o indivíduo. O DIR encontra-se intrinsecamente relacionado ao direito de asilo, fazendo-se necessário esclarecer, a princípio, algumas questões acerca da denominação do objeto de estudo. O direito de asilo e o direito de refúgio, por vezes, são utilizados como sinónimos pela doutrina, normas jurídicas e pelas organizações que tratam do assunto, no entanto, tratam-se de institutos distintos⁷⁶.

O direito de asilo, em sentido amplo, apresenta-se como género, o qual pode ser definido como a proteção garantida às pessoas que sofreram alguma forma de perseguição e por isso deixam seu país de origem⁷⁷. Deste decorreria suas categorias, primeiramente, o direito de asilo em sentido estrito, que se dá em razão de perseguição política e se subdivide em asilo territorial e asilo diplomático⁷⁸. No asilo territorial, o solicitante encontra-se no território onde busca a proteção⁷⁹, já no asilo diplomático, em circunstâncias excepcionais e de urgência a vítima encontra-se ainda no local onde sofre perseguição, mas procura proteção em missões diplomáticas, navios de guerra, aeronaves,

⁷⁶ DEL'OMO, Florisbal de Souza – Asilo Diplomático E Refúgio: Especificidades, Semelhanças E Um Breve Estudo De Casos. IN: SILVEIRA; SILVA; ANGELIN (cord.). D598 Direito Internacional. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 156.

⁷⁷ RODRIGUES, José Noronha. Anais de Direito de Asilo. CEEAplA WP No. 12/2008. Ilha da madeira, 2008, p. 19.

⁷⁸ DEL'OMO, op. cit. p. 157.

⁷⁹ RODRIGUES, José Noronha - O instituto do asilo no direito internacional. IN: DAVID, Sofia, et. al. - O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária. Ed. 2. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 84.

ou outros lugares que representem outros Estados que podem oferecer o asilo⁸⁰. O outro ramo do direito de asilo em sentido amplo trata-se do direito dos refugiados, o qual se configura diante da perseguição por motivos determinados, de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e o solicitante encontra-se fora do seu país de origem⁸¹.

Apesar de apresentarem semelhanças, os ramos do direito de asilo possuem origens históricas, corpo jurídico e rede de proteção distintos. Isso ocorre, principalmente, pelo fato do direito de asilo ter se desenvolvido de forma particular na América Latina, tendo em vista o contexto específico no qual os países dessa região se encontram inseridos, fazendo-se mister diferenciá-los⁸². Por um lado, o direito dos refugiados tem a sua proteção assegurada pelo sistema global de direitos humanos, por outro, o direito de asilo *stricto sensu* desenvolveu-se a partir de sistemas regionais, precipuamente o interamericano. Além disso, o asilo limita-se a perseguições políticas, enquanto o refúgio abrange outras formas de perseguição. Existem diversas particularidades de cada instituto que serão melhor exploradas no capítulo seguinte.

Dito isto, é inegável, todavia, a interconexão entre os direitos citados, sendo considerados como dois ramos do mesmo direito, pelo que a doutrina – pelo menos aqueles que buscam distingui-los – passou a usar a denominação direito de asilo *latu sensu*, a qual abrangeria, por um lado, o direito de asilo *stricto sensu* – e as suas especificações –, por outro, o direito de refúgio⁸³. Assim, faz-se necessário o estudo em separado para melhor compreendê-los e perceber as suas contribuições para a afirmação do indivíduo como sujeito de direito internacional.

2. 1 O Direito de asilo em sentido estrito

O asilo é considerado como um fenómeno transversal da história da humanidade, cuja problemática nos acompanha ao longo dos séculos⁸⁴. A origem do vocábulo asilo advém do latim *asylum*, e trata-se de um instituto jurídico que pode ser

⁸⁰ RODRIGUES, 2017, op. cit., p. 87-88.

⁸¹ MAGALLANES, Catalina - La Ambigüedad En El Uso Terminológico Del Asilo Y Refugio En La Región De América Latina Y El Caribe. Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 7, N° 13; Marzo 2019; p. 142.

⁸² RODRIGUES, 2008, op. cit., p. 17.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ RODRIGUES, 2008, op. cit., p. 3.

definido como sítio inviolável, espaço de acolhimento, imunidade⁸⁵ onde o seu beneficiário é protegido de perseguição⁸⁶. Na prática, tem-se notícia da utilização do asilo desde a Grécia Antiga, mas na época apresentava caráter eminentemente religioso, onde templos serviam de abrigo para estrangeiros em busca de proteção⁸⁷. Quando assimilado pelo direito romano, o asilo passa a ganhar contornos jurídicos e deixa de ser garantido a criminosos que visavam escapar de suas condenações, restringindo-se apenas a pessoas inocentes⁸⁸, ou seja, não é mais admitido o asilo por conta de prática de crime comum, sendo utilizado apenas em caso de perseguição de cunho político⁸⁹.

O direito de asilo passa ao longo da história por uma série de transformações. No mundo moderno, após o Tratado de Westphalia, passa a ser inserido no ordenamento jurídico interno dos Estados, como a autorização de entrada e permanência em determinado país a um indivíduo vítima de perseguição política na sua nação de origem⁹⁰. No entanto, era concebido como um direito do próprio Estado, o qual concede de acordo com a sua discricionariedade⁹¹ – o que confirma o entendimento da época de que o ser humano se tratava de mero objeto do Estado.

Já no século XX, com o processo de internacionalização a questão do asilo deixou de ser tratada exclusivamente no âmbito interno e passou a ser abarcado pelo sistema global de proteção. A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz expressamente em seu artigo 14 que as vítimas de perseguição possuem o direito de procurar e gozar de asilo em outros países⁹². Tal tendência também foi seguida pelos sistemas regionais, sendo o direito de asilo garantido no art. 12.3 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁹³ e art. 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁹⁴ - a Convenção Europeia não possui dispositivo que trate especificamente do direito de asilo. Com o

⁸⁵ Idem, p. 4

⁸⁶ MAGALLANES, op. cit., pp. 141-142.

⁸⁷ RODRIGUES, 2008, op. cit., p. 5-6.

⁸⁸ Idem, p. 7.

⁸⁹ BIJOS, Leila. O Direito Internacional E O Refúgio Político. Revista CEJ. Ano XVII, n. 61, set./dez. Brasília: 2013, p. 22.

⁹⁰ RODRIGUES, José Noronha. A História do direito de asilo no direito internacional. In: DAVID, Sofia (org.). O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária. Centro de Estudo Judiciários: 2016, p. 65.

⁹¹ RODRIGUES, 2008, op. cit., p. 12.

⁹² Idem, p. 15.

⁹³ Artigo 12. 3 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: "Toda pessoa tem o direito, em caso de perseguição, de buscar e de obter asilo em território estrangeiro, em conformidade com a lei de cada país e as convenções internacionais".

⁹⁴ Art. 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos: "Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais".

processo de internacionalização o direito de asilo passou a ser objeto de proteção da comunidade internacional. A discricionariedade, antes absoluta dos Estados, torna-se mais flexível, diante da possibilidade de levar questões atinentes ao direito de asilo perante as cortes internacionais⁹⁵. Como se deu no Caso Haya de la Torre (Colômbia vs. Peru) de 1950 levado à Corte Internacional de Justiça a fim de solucionar um impasse na concessão do direito de asilo à luz da Convenção de Havana de 1928⁹⁶.

Importa salientar que o direito de asilo ganhara contornos próprios na América Latina, por conta do histórico de instabilidade política da região, motivada por governos ditatoriais que perseguiram seus opositores políticos, consequente fuga destes para os países vizinhos em busca de segurança⁹⁷. Por essa razão, desenvolveram-se a nível regional uma série de diplomas internacionais atinentes ao direito de asilo, como a Convenção sobre Asilo (Havana, 1928), Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1933), tratado sobre Asilo e Refúgio Político (Montevideu, 1939) e a Convenção sobre Asilo diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954)⁹⁹. Consolida-se, pois, o direito de asilo na região e consagra-se as suas duas modalidades, o asilo territorial e o asilo diplomático, tornando mais evidente a sua diferenciação ao direito dos refugiados¹⁰⁰. Apesar de serem objetos de normas internacionais, seus contornos jurídicos não apresentam tanta densidade, uma vez que a noção do direito de asilo como um direito do Estado ainda é forte, sendo a matéria melhor aprofundada pelas legislações nacionais – o que fortalece a discricionariedade de cada ente estatal.

O direito de asilo consubstancia uma forma de proteção da pessoa humana, cuja finalidade é proteger a pessoa vítima de perseguições por parte do seu próprio Estado, aquele que deveria zelar pela segurança dos seus nacionais. As violações perpetradas no contexto do asilo reforçam a necessidade de garantia de direitos para além dos ordenamentos jurídicos internos. A sua internacionalização por meio da positivação em normas internacionais, trouxe para a comunidade internacional o dever de proteger as pessoas vítimas de perseguição. O direito de asilo passa a ser visto como expressão de

⁹⁵ RAMOS, André Carvalho – Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. IN: RAMOS; RODRIGUES; ALMEIDA (org.) – 60 anos do ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011, p. 18.

⁹⁶ DEL'OMO, op. cit., p. 170

⁹⁷ BIJOS, op. cit. p. 24.

⁹⁹ RAMOS, op. cit. p. 17-18.

¹⁰⁰ RODRIGUES, 2008, op. cit., p. 15.

direitos humanos, cuja proteção merece igual atenção. Nesse sentido PIOVESAN argumenta:

“A perseguição a uma pessoa caracteriza grave violação aos direitos humanos. Vale dizer, cada solicitação de asilo é resultado de um forte padrão de violência a direitos universalmente garantidos. Quando pessoas têm que abandonar seus lares para escapar de uma perseguição, toda uma série de direitos humanos são violados, inclusive o direito à vida, liberdade e segurança pessoal, o direito de não ser submetido a tortura, o direito à privacidade e à vida familiar, o direito à liberdade de movimento e residência e o direito de não ser submetido a exílio arbitrário”¹⁰².

Sem embargo, o direito de asilo em sentido estrito ainda reflete a visão clássica do direito internacional, uma vez que é considerado até hoje um direito do Estado. O indivíduo, apesar de possuir algumas garantias, é tratado como um objeto das relações internacionais. Assim, a preservação da soberania de modo inflexível, acaba por comprometer a eficácia na proteção do indivíduo.

2.2 O Direito Internacional dos Refugiados

No que lhe concerne, o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) percorreu um trajeto histórico diferente da modalidade anteriormente citada. Apesar de os institutos compartilharem das mesmas raízes e do mesmo objeto de proteção, o direito dos refugiados, nos moldes atuais, surge como resposta aos conflitos mundiais. Segundo HATHAWAY, o DIR desenvolveu-se em três fases, ao longo das quais as concepções modernas do refúgio foram construídas, ao mesmo tempo em que seus beneficiários foram definidos. Em um primeiro momento temos uma perspectiva jurídica, com o reconhecimento do refugiado em âmbito internacional. Na segunda fase o refúgio foi concebido a partir de uma perspectiva social, na qual buscou-se dar assistência às vítimas das perseguições de cunho político e social. Por fim, a terceira abordagem apresenta uma visão individualista dos refugiados, na qual analisa-se a relação de cada solicitante e a perseguição sofrida em seu Estado de origem¹⁰³.

A primeira fase deu-se ,no pós I Guerra Mundial, quando questão dos refugiados ganha destaque no cenário internacional, diante do deslocamento de milhares de pessoas

¹⁰² PIOVESAN, op. cit., p. 130.

¹⁰³ HATHAWAY, James C. – The Evolution of Refugee Status in International Law: 1922-1950. *Int'l & Comp LQ* 348. 1984, p. 349-350.

que deixaram seu país de origem devido aos conflitos¹⁰⁴. Ademais, o número de migrantes forçados foi elevado em decorrência da Revolução Russa de 1917, a qual resultou na fuga de mais de um milhão de russos, em razão de divergências políticas com o governo bolchevique, situação foi agravada em 1921 com a prática de desnaturalização em massa deixando os indivíduos sem qualquer proteção jurídica¹⁰⁵. Recordar-se que à época as garantias individuais encontravam-se, em geral, restritas ao âmbito interno dos Estados, as pessoas não possuíam participação relevante em âmbito internacional, dependendo do seu país de origem para que a sua proteção fosse efetivada. Uma vez rompido o vínculo de nacionalidade, encontrava-se em situação de vulnerabilidade.

Em resposta à situação apresentada, a Sociedade das Nações, em parceria com o Comité Internacional da Cruz Vermelha, cria, em 1921, o primeiro organismo responsável pela proteção de refugiados, o Alto Comissariado para Refugiados Russos (ACRR), coordenado pelo Delegado do Governo da Noruega, Fridtjof Nansen. O ACRR tinha por objetivo suprir o vácuo legal deixados pelos Estados de origem dos migrantes forçados¹⁰⁷, sendo os esforços de Nansen determinantes para o reconhecimento jurídico internacional dos refugiados, ao regularizar a situação dos russos perante a comunidade internacional. Nesse sentido, foram estabelecidos os critérios para conferir o status de refugiado e dar condições à sua repatriação¹⁰⁸, criando-se ainda o “Passaporte Nansen”, documento que permitiu a movimentação regular dos russos rumo ao local escolhido para refúgio¹⁰⁹. Nos anos subsequentes, a atuação dos órgãos internacionais foi ampliada para abarcar outros grupos de diferentes nacionalidades¹¹⁰.

Em 1933, foi assinada em Genebra pela Bélgica, Bulgária, Egito, França e Noruega a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados¹¹¹, estabelecendo uma proteção restrita aos refugiados russos e armênios. A convenção estabeleceu seus beneficiários como os nacionais desprovidos de proteção do seu respectivo governo e consagrou o princípio de *non refoulement*, ou não devolução, em seu art. 3.º, impedindo

¹⁰⁴ BARICHELO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de – Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional dos status de refugiado. Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 12, n. 2, p. 63-76, jul./dez. Brasília. 2014, p. 65.

¹⁰⁵ HATHAWAY, op. cit., p. 350-351.

¹⁰⁷ HATHAWAY, op. cit., p. 351.

¹⁰⁸ BARRICHELO, op. cit., p. 66.

¹⁰⁹ Idem, p. 67.

¹¹⁰ HATHAWAY, op. cit., p. 354.

¹¹¹ A Convenção foi criada no seio da Sociedade das Nações e posteriormente foi passada para o sistema de proteção originado pela ONU.

a expulsão do refugiado para o país de origem¹¹². Vislumbra-se que nessa fase a comunidade internacional buscou proteger o refugiado ao lhe conceder *status* jurídico, mas a questão ainda era tratada de forma pontual¹¹³, considerando o grupo étnico e o vínculo de nacionalidade do indivíduo¹¹⁴.

A segunda fase do DIR deu-se no contexto do êxodo de judeus, originada pelo início da política antissemita do regime nazista. Nesse período o governo alemão, além de perseguir ostensivamente seus opositores, implementou diversas medidas de constrangimento económico e social contra aqueles considerados “não arianos”¹¹⁵. Milhares de pessoas deixaram a Alemanha, em razão não apenas de divergência políticas, mas também por motivo religiosos, étnicos, entre outros. Em resposta, a comunidade internacional criou, em 1936, o Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha¹¹⁶, responsável por transformar o conceito de refugiado de modo a abranger não apenas problemas jurídicos, mas sociais também¹¹⁷. Assim, o direito dos refugiados foi redirecionado para prestar assistência a indivíduos cujo vínculo de nacionalidade não foi destituído, mas factualmente não gozavam de proteção do seu Estado.

Desse modo, buscou-se proteger um grupo de indivíduos em decorrência das perseguições sofridas – sejam elas motivadas por conta de raça, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo ou por ter opinião política divergente – e não apenas a regularização da condição do indivíduo em âmbito internacional. Acrescenta-se uma feição humanitária ao direito de refúgio, como um auxílio às vítimas em situação de vulnerabilidade. Todavia, os refugiados ainda eram concebidos sob uma perspectiva coletiva e situacional¹¹⁸.

Em 1938, procedeu-se à unificação de todos os organismos dedicados à proteção dos refugiados com a criação do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados. A partir desse momento, tem-se o desenvolvimento da fase individualista na definição

¹¹² BARICHELO; ARAUJO, op. cit., 2014 p. 68.

¹¹³ Acordos, ou convecções multilaterais eram criados para cada situação, para a questão dos russos, os armênios, assírios, montenegrinos e turcos. Por vezes estendia-se a proteção conferida a um grupo aos demais, porém a ampliação era dada expressamente.

¹¹⁴ BARICHELO; ARAUJO, op. cit., 2014 p. 68.

¹¹⁵ HATAWAY, op. cit., p. 362.

¹¹⁶ BARICHELO; ARAUJO, op. cit., p. 69.

¹¹⁷ HATHAWAY, op. cit., p. 367.

¹¹⁸ Como ocorria na fase anterior eram criados acordos para proteger os alemães, os austríacos, tchecos, sudetos, que sofreram perseguições do regime nazista, sendo a proteção conferida aos alemães progressivamente (e expressamente) ampliada aos demais.

dos refugiados, com a criação de procedimentos de análise individual, examinando o mérito de cada solicitação¹¹⁹ - verificava-se a perseguição sofrida e o vínculo com o Estado de origem (existente ou não).

Em seguida, com o advento da II Guerra Mundial, o número de pessoas que tiveram que abandonar os seus lares por medo de perseguição foi elevado a patamares nunca vistos, chegando a 11 milhões de refugiados, só na Europa¹²⁰. Consequentemente, em 1943 foi criada a Administração das Nações Unidas para Auxílio de Refugiados (ANUAR), responsável por prestar assistência aos refugiados, porém direcionada ao repatriamento destes¹²¹. A ANUAR teve seu mandato até 1947, quando foi substituída pela Organização Internacional para os Refugiados (OIR) a qual, por sua vez possuía atuação mais ampla, procedendo com a identificação dos refugiados, prestando assistência médica e jurídica, dentre outras funções¹²².

No mesmo período começa a desenvolver-se o interesse da comunidade internacional em se unir para garantir direitos mínimos ao indivíduo, o processo de internacionalização dos direitos humanos. Assim, com as transformações do ordenamento jurídico internacional, a criação da ONU, a elaboração da DUDH, com a garantia do direito de asilo em sentido amplo e seu texto, provocou mudanças também quanto ao direito dos refugiados. Em 1950 é criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão que substituiu a OIR e até hoje responsável pela salvaguarda do DIR¹²³.

Em 28 de julho de 1951, em Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários em Genebra, com a presença de representantes de 26 Estados, foi assinada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, instrumento jurídico de referência para a proteção desse direito a nível global¹²⁴. A convenção, fazendo alusão às suas predecessoras, definiu refugiado como aquele que “temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade (...)”¹²⁵. O conceito apresentado tornou-se referência para os demais

¹¹⁹ BARICHELLO; ARAUJO, op. cit., p. 69.

¹²⁰ BARICHELLO; ARAUJO, op. cit., p. 70.

¹²¹ NORONHA, 2006, op. cit., p. 74.

¹²² Idem. p. 75.

¹²³ BARICHELLO; ARAUJO, op. cit., p. 71.

¹²⁴ NORONHA, 2006, op. cit., p. 77.

¹²⁵ CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Conferência das Nações Unidas em Genebra. 1951. Disponível em:

sistemas de proteção¹²⁶. Importa destacar que, uma vez comprovado o preenchimento dos requisitos dispostos na Convenção de Genebra de 1951, a condição de refugiado é reconhecida por meio de uma decisão declaratória¹²⁷. Isso ocorre, porque o ordenamento jurídico internacional estabeleceu a proteção do refúgio de acordo com a situação pessoal do indivíduo (ser vítima de perseguição), cabendo ao Estado apenas realizar a subsunção dos fatos à norma e reconhecer a condição de refugiado.

Outrossim, a Convenção de 1951 trouxe disposições de referência a serem seguidas no tratamento dos solicitantes de refúgio, além de prever expressamente o princípio da não devolução. Entretanto, a princípio, o documento apresentava limitação geográfica e temporal, sendo aplicada apenas na Europa e por acontecimentos ocorridos antes de 1951. Considerando que existem conflitos espalhados pelo mundo inteiro e que crises migratórias não se restringem a apenas um continente em específico, em 1966 foi assinado um protocolo eliminando as limitações geográficas e temporais contidas na Convenção de 1951, sendo ambos atualmente ratificados por 147 países. Assim, os direitos dos refugiados passam a ser garantidos pela comunidade internacional a qualquer tempo e por toda a extensão territorial do globo terrestre¹²⁸.

Destarte, o direito internacional dos refugiados contribuiu desde os seus primórdios para proteção internacional da pessoa humana, bem como para a afirmação da sua personalidade jurídica, ao lhe conferir um estatuto próprio em âmbito internacional. Rompe-se com o estado-centrismo absoluto, pois o refúgio passa a ser visto como um direito do indivíduo – ao contrário do direito de asilo em sentido estrito – devendo ser respeitado e efetivado pelos Estados¹²⁹. Igualmente, a garantia de não ser expulso do território, de não ser devolvido ao lugar de origem onde sofreria perseguição, trata-se de uma grande vitória na salvaguarda dos direitos humanos, sendo importada inclusive para as outras vertentes. O princípio do *non refoulement* confere uma proteção ao indivíduo frente ao Estado, provocando a limitação da sua soberania em favor da pessoa humana¹³⁰.

Dessa forma, comparando com instituto anteriormente exposto, verifica-se que o direito de asilo ainda representa a visão clássica do direito internacional, como uma

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 21 jul 2020.

¹²⁶ NORONHA, 2006, p. 77.

¹²⁷ JUBILUT, op. cit. p. 49.

¹²⁸ BARICHELLO; ARAUJO, op. cit., p. 72.

¹²⁹ RODRIGUES, 2016, p. 82.

¹³⁰ BARICHELLO; ARAUJO. op. cit., p. 73

faculdade dos Estados no exercício da sua soberania plena. Todavia, o direito dos refugiados inova e apresenta-se como um direito do indivíduo, trazendo inclusive garantias que limitam o poder soberano estatal— às vezes tido como irrestrito —, justificando-se na salvaguarda de direitos humanos. Nota-se que o direito de asilo em sentido amplo, abrangendo o direito de refúgio e o direito de asilo *stricto sensu* representa o cenário internacional atual, pois se por um lado ainda existe um grande apego, por parte dos Estados, a uma visão de soberania inflexível, por outro, a proteção do indivíduo torna-se relevante e a comunidade se abre para esse sujeito o qual passa também a atuar e a ter os seus interesses garantidos a nível internacional. Por esse motivo, mostra-se oportuno aprofundarmos os estudos no direito de asilo *lato sensu*, sendo os próximos capítulos destinados a analisar o seu corpo normativo a nível global e regional e comunitário, bem como a jurisprudência europeia e interamericana acerca do tema.

CAPÍTULO 2: O DIREITO DE ASILO NA REALIDADE EUROPEIA E INTERAMERICANA

O processo de internacionalização dos direitos humanos contribuiu para que o indivíduo ganhasse mais destaque no plano internacional e plasmou a responsabilidade da comunidade internacional em protegê-lo. Essa proteção foi-se desenvolvendo a partir de uma rede multinível, em que vários sistemas atuam em complementaridade com vistas a fortalecer a salvaguarda dos direitos da pessoa humana. A rede é composta, em primeiro lugar, pelo sistema de proteção global ou universal, assim chamado, porque se dirige a todos os Estados que compõem a comunidade internacional. Este se encontra sob os auspícios da ONU e dos seus órgãos direcionados à proteção do indivíduo. Em seguida, os sistemas de proteção regionais – europeu, interamericano e africano – os quais complementam a proteção conferida pelo sistema global e muitas vezes vão além, levando em consideração as particularidades de cada região, possuindo cortes especializadas o que permite o controle dos dispositivos e a responsabilização de violadores.

No contexto da proteção da pessoa humana, encontra-se inserido o direito de asilo em sentido amplo, como expressão de direitos humanos, cuja importância é tamanha que passou a ser reconhecido (direta ou indiretamente) por toda a rede multinível de proteção, inclusive de sistemas comunitários, como no caso da União Europeia, contando com diversos diplomas que traçam seus contornos jurídicos. No entanto, a normativa do direito de asilo não é uniforme. O refúgio, por exemplo, é mais explorado em âmbito universal, enquanto o asilo não possui extenso tratamento normativo a este nível. Por sua vez, no sistema regional e comunitário europeu, a diferenciação do direito de asilo e refúgio não é tão clara¹³¹, sendo privilegiado o instituto do refúgio, o que não ocorre no sistema regional interamericano. Neste, o direito de asilo em sentido estrito é objeto de vários diplomas internacionais e a distinção com o refúgio um pouco mais perceptível. Verifica-se, pois, que o direito de asilo apresenta particularidades que lhe são próprias e variam com o seu âmbito de posituação, o que influencia diretamente no seu papel de fundamento da personalidade jurídica internacional do indivíduo.

Assim sendo, com vista a aprofundar-se nessa questão o presente capítulo dedica-se a apresentar o regime do direito de asilo, primeiramente no âmbito universal, uma vez

¹³¹ JUBILUT, op. cit., p. 40.

que neste desenvolveram-se normas que serviram de diretrizes para os demais sistemas de proteção, inclusive, em muito diplomas regionais ou comunitários há menção expressa à Convenção de Genebra de 1951 e seus dispositivos. Em seguida, serão analisadas as normas regionais de proteção do direito de asilo – limitando-se aqui à análise dos sistemas europeu e interamericano – e por fim, a analisar a questão no contexto dos sistemas comunitários em maior destaque nessas regiões, a saber: a União Europeia e o Mercosul.

1 O direito de asilo no sistema universal de proteção

No âmbito do sistema universal de proteção, a DUDH aprovada em 1948, representou um marco na proteção dos direitos humanos a nível internacional ao consagrar uma série de direitos – mesmo não possuindo caráter vinculativo, compondo posteriormente o direito internacional costumeiro¹³². No rol estabelecido pela declaração, o direito de asilo foi expressamente consagrado em seu art. 14:

“Artigo 14º

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

Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas”.

O direito de asilo foi concebido como a proteção conferida à pessoa vítima de perseguição e que busca assistência num país onde não é nacional. Contudo, o seu reconhecimento pela DUDH era ainda tímido não existindo elucidações quanto ao conteúdo e requisitos da proteção conferida¹³³. Por essa razão, foram criados outros instrumentos internacionais visando estabelecer ou definir contornos mais precisos acerca da proteção conferida pelo direito de asilo em sentido amplo. É bem verdade que em relação ao direito de asilo em sentido estrito, a normativa a nível universal ainda é bastante tímida, enquanto que o direito de refúgio, trata-se do ramo que mais se desenvolveu no âmbito do sistema global, tornando-se referência aos demais sistemas.

A despeito da normativa existente, cumpre esclarecer que o sistema universal de proteção dos direitos humanos não possui um tribunal especializado na matéria. O

¹³² GOUVEIA, op. cit., p. 611.

¹³³ FREITAS, Tiago Fidalgo; QUEIROZ, Benedita Menezes; ESPERANÇA, Beatriz - O Conceito De Refugiado Nos Ordenamentos Jurídicos Internacional, Europeu E Português In: DAVID, Sofia (org.). O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária. Centro de Estudo Judiciários: Lisboa, 2006, p. 131.

Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) não possui competência específica para tratar de violações de direitos humanos, bem como não possibilita o acesso de indivíduos à corte, restringindo-se apenas a lides interestatais¹³⁴. Malgrado a limitação do TIJ, o direito de asilo foi objeto de discussão na corte no célebre caso Caso Haya de la Torre de 1950, atrás citado, no qual Colômbia e Peru discutiam a aplicação da Convenção de Havana, de 1928, que firmava regras a serem observadas na concessão de asilo nas relações mútuas entre os países.

Faz-se mister ressaltar ainda o compromisso do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados na promoção dos direitos previstos na Convenção de 1951 e na assistência de vítimas de perseguição. O ACNUR já elaborou diversas recomendações e relatórios com vista a esclarecer as disposições da convenção e possui atuação no mundo todo a fim de auxiliar os Estados e zelar pelas garantias dos solicitantes de refúgios.

Por isso, é inegável os contributos do sistema global de proteção dos direitos humanos para a consolidação do direito de asilo, da personalidade jurídica dos indivíduos e a afirmação destes como sujeitos de direito internacional. À vista disso, analisam-se as normas de âmbito universal atinentes ao direito de asilo em sentido estrito e ao direito dos refugiados.

1.1 A normativa do direito de asilo em sentido estrito

No âmbito do sistema universal de proteção dos direitos humanos, o direito de asilo em sentido estrito tem a Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial, de 1967, como o fundamento de maior relevância. Relembra-se que este ramo do direito de asilo subdivide-se em direito de asilo territorial ou diplomático, portanto, a declaração limita-se ao primeiro, enquanto que o segundo não se encontra positivado ao nível universal até o momento. O diploma possui um texto curto, de apenas 4 artigos e recomenda a comunidade internacional que se inspire nas suas disposições ao pôr em prática suas políticas de asilo territorial.

Em nenhum momento é reconhecido um direito individual a obter o asilo territorial, pelo contrário, a Declaração de 1967 reafirma o entendimento de que o asilo é

¹³⁴ GOUVEIA, op. cit., p. 620.

direito do Estado¹³⁵ em conceder ou não a proteção ao solicitante, no exercício de sua soberania¹³⁶. Mesmo com seu viés conservador, a declaração prega pelo respeito do instituto do asilo e pelo compromisso da comunidade internacional em, solidariamente, garanti-lo, voltando-se principalmente para que o instituto não se torne um fardo muito pesado a um determinado ente. Contudo, ao mesmo tempo em que clama pelos esforços em conjunto, a declaração busca preservar o poder soberano dos entes estatais sobre o tema, ressaltando que cabe a estes determinarem as causas que os motivam.

Apesar de não se referir expressamente à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, celebrada em Genebra em 1951, a Declaração de 1967 importa o princípio da não devolução, típico do direito de refúgio, para a questão do asilo territorial – demonstrando a conexão entre os ramos do direito de asilo – garantindo que o indivíduo não seja devolvido ao Estado onde corra o risco de ter seus direitos violados.

Além disso, segue os ditames da DUDH ao vedar a concessão do asilo a criminosos, recomendando ainda que os Estados proibam que os asilados se dediquem a atividades contrária aos fins da ONU. No entanto, a declaração não apresentou definição do instituto, as causas que o motivam e o conteúdo da sua proteção, no sentido de definir as garantias mínimas às quais o asilado faz jus, relegando a tarefa aos legisladores nacionais, ou aos demais níveis de proteção. Então, não se verifica grandes contributos da normativa analisada para afirmar a pessoa como sujeito de direito internacional. Deve-se ressaltar ainda que a declaração surgiu como instrumento provisório, com a finalidade de impulsionar a criação de normativas de caráter vinculante sobre o direito de asilo em sentido estrito¹³⁷, mas tal instrumento não chegou a ser elaborado, restando deficitária a proteção desse direito pela comunidade internacional a nível global.

1.2 A normativa do direito de refúgio

O Direito Internacional dos Refugiados foi concebido e desenvolvido a partir de uma estreita ligação com a garantia dos direitos humanos e a proteção internacional da pessoa humana, sendo elaborada normativa de referência, no seio do sistema universal de

¹³⁵ Artigo 1.º 1. O asilo concedido por um Estado, no exercício da sua soberania, a pessoas que tenham justificação para invocar o artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, incluindo as pessoas que lutam contra o colonialismo, deverá ser respeitado pelos restantes Estados.

¹³⁶ CIERCO. Teresa. A Instituição de Asilo na União Europeia. Coimbra: Almedina, 2010, p. 53.

¹³⁷ RODRIGUES, 2017, op. cit., 109.

proteção de direitos humanos, que direciona o tratamento jurídico dos refugiados¹³⁸. Nesse ínterim, surge a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, celebrada em Genebra, em 1951, a qual definiu seus destinatários, estabeleceu uma série de garantias aos refugiados, além de diretrizes procedimentais para a sua efetivação. Logo em seu art. 1.º, a convenção determina quem são os refugiados, bem como aqueles que não abrangidos pelo instituo e quando cessa a proteção conferida. O conceito de refugiado, amplamente utilizado, encontra-se disposto no ponto 2 da alínea “A” do art. 1.º da Convenção de Genebra de 1951, o qual dispõe:

“Art. 1º - Definição do termo "refugiado"

A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa: (...)

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

Do referido dispositivo é possível extrair-se algumas importantes observações. Em primeiro lugar, à época de sua elaboração, em razão da reticência dos Estados em assumir as obrigações e os encargos decorrente de um amplo reconhecimento da condição dos refugiados, foram estabelecidas duas limitações, uma temporal, outra geográfica. A restrição temporal encontra-se prevista nessa primeira parte do ponto 2 do art. 1.º, limitando a aplicação da convenção apenas aos acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951. Já a restrição geográfica encontra-se na alínea seguinte, a qual permitiu os Estado escolherem o espaço geográfico abrangido, se restrito ou não ao continente europeu¹³⁹. Importa salientar que ambas as limitações foram removidas por meio do Protocolo Relativo ao Estatuto do Refugiados, de 1967¹⁴⁰, também conhecido por Protocolo de Nova Iorque. Diante do contínuo surgimento de novas situações de refúgio e do entendimento da problemática relacionada aos refugiados como complexa, que não

¹³⁸ RODRIGUES, 2016, op. cit., p. 78.

¹³⁹ Art. 1º - Definição do termo "refugiado" (...)

B. 1) Para os fins da presente Convenção, as palavras "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951", do art. 1º, seção A, poderão ser compreendidas no sentido de ou

a) "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa"; ou

b) "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures";

¹⁴⁰ Cumpre esclarecer que o Protocolo de 1967 trata-se de uma norma específica e independente, portanto, os Estados podem ser aderentes ao protocolo mesmo se não forem partes da Convenção de 1951. Não obstante, a proteção conferida pelo protocolo é suficiente para que diversos dispositivos da convenção sejam observados pelos Estados aderentes. (RODRIGUES, 2006, op. cit., p. 85).

se limita a uma região específica do globo, fez-se necessária a ampliação da proteção conferida¹⁴¹.

Retornando à análise do conceito apresentado, a Convenção de 1951 caracteriza o refugiado com base em elementos determinados: o fundado temor de perseguição, os motivos dessa perseguição, se o indivíduo se encontra fora do país de sua nacionalidade e, por fim, se não conta com a proteção do seu Estado de origem. Apesar de se tratarem de critérios determinados, os termos utilizados ainda geram dúvidas quanto à sua abrangência, cabendo aos Estados a subsunção dos fatos apresentados ao conceito estabelecido. Porém, é imperioso que ao aplicar o direito dos refugiados, leve-se em consideração as normas existentes, as recomendações dos órgãos internacionais, bem como da doutrina que trata do tema a fim de garantir proteção mais ampla e efetiva às vítimas de perseguição.

Com o propósito de contribuir para a melhor aplicação do direito previsto, o ACNUR editou um Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado, com base na Convenção de Genebra de 1951 e no seu Protocolo de 1967. Segundo o manual, o primeiro elemento, qual seja, o fundado temor de perseguição traz para a caracterização do refugiado a conjugação de elementos subjetivos e objetivos¹⁴². A perseguição pode ser objetivamente observada diante de violações graves de direitos internacionalmente reconhecidos, qualificada por OLIVEIRA como “privação grave, intencional e discriminatória dos direitos humanos”¹⁴³. Nesse sentido, o ACNUR exemplifica que a persecução pode ser vislumbrada por meio de ameaças à vida e à liberdade, tratamento diferenciado, medidas discriminatórias da sua nação de origem, punições que não seguem os padrões estabelecidos internacionalmente entre outros¹⁴⁴. O elemento subjetivo, qual seja, o temor, é vislumbrado no medo do solicitante diante de medidas persecutórias, considerando a sua personalidade, os seus antecedentes pessoais e familiares, as suas experiências e de pessoas próximas que podem também ter sido

¹⁴¹ RODRIGUES, 2016, op. cit., p. 85.

¹⁴² ACNUR - Manual De Procedimentos E Critérios Para A Determinação Da Condição De Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, 2011, p. 21.

¹⁴³ OLIVEIRA, Sofia Pinto. Introdução ao direito de asilo. In: DAVID, Sofia (org.). O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária. Centro de Estudo Judiciários: Lisboa, 2006, p. 47.

¹⁴⁴ ACNUR, op. cit., p. 22.

vítimas de perseguição. É primordial a análise individual de cada solicitação, a fim de verificar o preenchimento desse requisito¹⁴⁵.

Destarte, o temor do solicitante (elemento subjetivo) é justificado em alguma situação objetiva, configurando a perseguição¹⁴⁶. A avaliação das declarações dos requerentes de refúgio deve, portanto, analisar ambos os caracteres, olhando para a situação como um todo, a fim de distinguir aqueles que são vítimas de perseguição daqueles que não se encontram nessa situação¹⁴⁷. Nesse sentido, OLIVEIRA evidencia:

“O requerente pode ter sido sujeito a várias medidas que, por si só, não constituem perseguição (por exemplo, discriminação sob diferentes formas), mas que, em alguns casos, combinadas com outros factores adversos (por exemplo, ambiente geral de insegurança no país de origem), podem os diversos elementos envolvidos, se considerados conjuntamente, produzir um estado de espírito no requerente que pode justificar de modo razoável a fundamentação do receio de perseguição por "motivos cumulativos".”

Quanto aos sujeitos perpetradores da perseguição, admite-se tanto a figura tradicional dos Estados e daqueles que atuam em seu nome. Ademais, busca-se alcançar ainda agentes não estatais, como grupos armados que controlam o território ou uma parcela da população que não respeita as ordens das autoridades locais, por exemplo, um grupo religioso com práticas de intolerância contra aqueles que não praticam determinada religião¹⁴⁸ – nesse caso deve-se comprovar a ineficiência por parte do Estado de origem em garantir a proteção do seu nacional ao ponto de motivar a sua fuga para outro país¹⁴⁹.

O segundo elemento trata-se do motivo que levou à fuga do solicitante de refúgio. De acordo com a Convenção de Genebra, a perseguição deve-se dar por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social específico ou opiniões políticas, para estar configurada a condição de refugiado. Desde logo, verifica-se que o instituto do refúgio se distingue do asilo em sentido estrito, uma vez que este último se restringe a perseguições de cunho político. Por fim, segundo a definição apresentada pelo art. 1.º da Convenção de 1951, o solicitante de refúgio deve se encontrar fora do país de sua nacionalidade, ou seja, pessoas deslocadas dentro do seu próprio Estado não são objeto da proteção conferida pela convenção¹⁵⁰. Trata-se de outra distinção ao asilo em sentido

¹⁴⁵ ACNUR, op. cit, p. 13.

¹⁴⁶ Consagra-se a fase individual da concessão do refugiado, uma vez que a análise se volta às declarações dos solicitantes, das perseguições que estes sofreram no país de origem, não sendo mais concebidos pela simples ausência de proteção legal por parte o Estado que seria nacional.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 48.

¹⁴⁸ ACNUR, op. cit, p. 17

¹⁴⁹ FREITAS; QUEIROZ; ESPERANÇA, op. cit., p. 134.

¹⁵⁰ RODRIGUES, 2016, op. cit., p. 79.

estrito, uma vez que na modalidade de asilo diplomático é possível a proteção de solicitantes que ainda se encontrem no território do Estado do qual é nacional e sofre perseguição. Por fim, o solicitante não deve gozar da proteção do seu Estado de origem, sendo a proteção ampliada para o caso dos apátridas que fogem do seu lugar de residência habitual.

Após definir seus destinatários, a Convenção de 1951 determina ainda o momento da cessação e de exclusão da proteção conferida. A proteção cessa quando deixar de existir a circunstância que motivou o reconhecimento da condição de refugiado. Já os excluídos do refúgio são aqueles que já se beneficiam da assistência de um organismo ou instituição da ONU, ou cometeram crime contra a paz, crime de guerra, ou contra a humanidade, delito grave de direito comum, ou culpados de atos contrários aos valores das Nações Unidas¹⁵¹.

Nos artigos seguintes, está disposto o estatuto dos refugiados com a previsão de um regime híbrido, segundo o qual ora o refugiado deve receber um tratamento como se estrangeiro fosse, ora é tratado da mesma forma que um nacional. Nesses termos o refugiado pode adquirir propriedade (art. 13), exercer o direito de associação (art. 15), profissão assalariada (art. 17), não assalariada (art. 18) ou liberal (art. 19), como se estrangeiro fosse ou em condições mais favoráveis, a depender da normativa interna do Estado – respeitado o mínimo. Por outro lado, os refugiados são tratados como nacionais no que diz respeito ao direito de estar em juízo (art. 16), inclusive com assistência judiciária e isenção de custas, educação pública primária (art. 22) e assistência pública (art. 22). O mesmo regime se aplica no caso da legislação trabalhista, previdência social (art. 24) e tributação (art. 29). Assim sendo, a Convenção de 1951, garantiu uma série de direitos aos refugiados, estabelecendo um padrão mínimo a ser observado pelos Estados signatários, afirmando a sua personalidade jurídica a nível internacional e fortalecendo a proteção de indivíduos em situação de vulnerabilidade.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, dispôs, ainda, sobre medidas administrativas atinentes à expedição de documentos de identificação e de viagem (art. 25, 27 e 28). Deve-se ressaltar que a documentação do refugiado é de

¹⁵¹ Verifica-se a incorporação das causas contidas no artigo 14 da DUDH, a fim de preservar o escopo humanitário do direito de refúgio.

fundamental importância para a sua identificação e para suprimir eventuais lacunas ocasionadas pela perda de *status* jurídico por parte seu país natal.

O diploma também trouxe importantes avanços ao dispor acerca da proibição de sanção penal em razão de entrada ou permanência irregular de refugiados (art. 31), inclusive em caso de falsificação de documentos para entrar no território de acolhimento¹⁵², bem como da não expulsão daqueles que se encontrem regularmente em seu território (art. 32). Dessa maneira, o refugiado recebe um tratamento especial devido à sua vulnerabilidade.

No mesmo diapasão, a Convenção de 1951 consagrou em seu art. 33 o importante princípio do *non refoulement*, o qual constitui uma garantia importante para a defesa dos refugiados. O dispositivo proíbe a devolução dos refugiados para o Estado onde corre o risco de ser perseguido pelos motivos de raça, nacionalidade, religião, pertencimento a um grupo social ou opinião política. Trata-se, portanto, de uma limitação da soberania estatal com vista a garantir a proteção do indivíduo, que sem o acolhimento e retornando ao seu país de origem pode ter a sua vida, liberdade e segurança cerceadas. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, ao expressamente prever o princípio da não devolução corroborou para a consolidação de um importante princípio de *jus cogens* do direito internacional¹⁵³.

Sobre o princípio, CIERCO discorre:

“O princípio de non-refoulement é um corolário dos princípios dos direitos humanos fundamentais que incluem o direito de procurar e beneficiar de asilo contra perseguição noutros países, conforme previsto no Artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Este princípio reflecte a preocupação e o compromisso da comunidade internacional em assegurar, àqueles que necessitam de protecção, os direitos humanos fundamentais que incluem, entre outros, o direito à vida, a não sujeição à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e à liberdade e segurança pessoais.”¹⁵⁴

Portanto, o princípio impede qualquer ação do Estado que tenha por consequência o retorno do refugiado ao local onde sofria perseguição, abrangendo o espaço interno dos Estados, suas fronteiras e até mesmo fora do seu território. Segundo CIERCO o reenvio de refugiados ao país de origem, mesmo antes destes atravessarem as fronteiras do território onde buscam a proteção, ou seja, no controle migratório, sem a entrada efetiva,

¹⁵² OLIVEIRA, op. cit., p. 46.

¹⁵³ RODRIGUES, 2017, op. cit., p.106.

¹⁵⁴ CIERCO, op. cit., p. 78.

ainda sim constituíram violação do princípio citado¹⁵⁵. Por conseguinte, um Estado não pode interceptar refugiados em alto mar, por exemplo, e esquivar-se de suas responsabilidades de proteção. O princípio da não devolução constitui, pois, uma importante garantia do indivíduo e representa flexibilização da soberania dos Estados. O princípio reveste-se em uma proteção internacional de que a pessoa não será exposta a ameaças à sua vida e liberdade regressando ao país onde foi perseguido, reforçando a condição do indivíduo como sujeito de direito internacional e a sua personalidade jurídica nesse âmbito. Entretanto, deve-se ressaltar que o Estado pode excepcionalmente revogar a proteção conferida caso o indivíduo seja considerado como perigoso para a segurança nacional ou seja condenado por delito grave, constituindo uma ameaça ao país de acolhimento.

Isto posto, verifica-se que a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo de 1967 trouxeram imensuráveis contributos para a proteção de pessoas vítimas de perseguição. Recorde-se que, em 1948, a DUDH reconheceu diversos direitos à pessoa humana, mas sem constituir em nenhuma obrigação aos Estados, por não ter força jurídica vinculante. No entanto, três anos depois, os Estados se obrigam a respeitar as disposições da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, reduzindo a sua discricionariedade no tratamento do refúgio¹⁵⁶.

Os instrumentos relativos ao refúgio foram responsáveis por trazer um conceito determinado de quem são os refugiados, apresentando parâmetros objetivos e subjetivos para a sua identificação. Ambos os diplomas internacionais garantiram uma série de direitos, de observância obrigatória, aos indivíduos a nível internacional, os quais deviam ser respeitados e implementados pela comunidade internacional. Além disso, a consagração do princípio da não devolução fortalece ainda mais a condição da pessoa humana de sujeito de direito internacional por constituir uma garantia frente à soberania dos Estados em aceitar ou não indivíduos em seu território. O direito de refúgio reveste-se em um importante instrumento para a consolidação da personalidade jurídica internacional do indivíduo, pois este se torna destinatário de direitos, não mais mero objeto, no seio da comunidade internacional. A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967

¹⁵⁵ CIERCO, op. cit., p. 79.

¹⁵⁶ RODRIGUES, 2016, op. cit., p. 82.

constituem os sustentáculos da proteção dos refugiados a nível internacional, influenciando e até determinando as legislações dos demais sistemas de proteção.

2 O direito de asilo nos sistemas regionais de proteção europeu e interamericano

O direito de asilo em sentido amplo encontra desenvolvimento particular a nível regional. Conforme verificado, no que diz respeito ao direito de refúgio, a sua normativa encontra-se plasmada no sistema universal de proteção, portanto, os sistemas regionais limitaram-se a complementar as garantias conferidas, sempre se voltando ou fazendo referência à Convenção de Genebra de 1951 como diretriz a ser seguida.

Como já adiantámos anteriormente, no que diz respeito ao direito de asilo em sentido estrito, no continente europeu é comum a não diferenciação dos solicitantes de asilo e de refúgio, sendo as particularidades dos institutos bastante diluídas nas normativas existentes. Todavia, no sistema interamericano, nota-se uma evolução particular e distinta do direito de asilo em sentido estrito, tendo sido celebrados diversos instrumentos regionais a respeito do assunto. É importante salientar, que ambos os sistemas apresentam cortes especializadas em direitos humanos, as quais são responsáveis por interpretar e exercer o controle das normativas existentes, permitindo inclusive o acesso de particulares aos tribunais (direta, ou indiretamente). Portanto, eventuais violações ao direito de asilo previsto podem ser judicialmente reclamadas por suas vítimas, o que fortalece visivelmente a personalidade jurídica internacional do indivíduo.

Desse modo, mostra-se interessante a análise dos instrumentos que compõem a proteção do direito de asilo *latu sensu* pelos sistemas regionais de proteção, levando em consideração a particularidade de cada um no tratamento da matéria.

2.1 O direito de asilo latu sensu no sistema europeu de proteção de direitos humanos

Inicialmente, cumpre-se lembrar que a normativa base do direito de refúgio, a Convenção de Genebra de 1951, mesmo sendo uma norma criada a nível universal, em seus primórdios limitava-se geograficamente ao continente europeu – restrição posteriormente suprimida pelo Protocolo de Nova Iorque. Por essa razão, verifica-se o maior destaque recebido pelo instituto do refúgio nessa região, bem como da normativa regional basear-se na convenção e buscar complementá-la. Contudo, não há

regionalização formal do instituto, nem mesmo do direito de asilo em sentido estrito, no sentido de positivizar definições e seus contornos jurídicos.

Em se tratando de normas regionais, o sistema europeu tem por espinha dorsal a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (doravante, CEDH), de 1950. A Convenção foi responsável por estabelecer uma rede de proteção para além do âmbito interno dos Estados, com a consagração de diversos direitos e a possibilidade de controle judicial a ser exercido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁵⁷ – o qual possibilita o acesso direto de indivíduos à corte. Mesmo sendo um sistema bastante desenvolvido e de referência na proteção da pessoa humana, a Convenção de 1950 não apresenta nenhuma disposição específica quanto ao direito de asilo, bem como aos seus ramos, o direito de refúgio e o direito de asilo em sentido estrito. Malgrado não tratar diretamente do assunto, indiretamente a CEDH garante a proteção de pessoas vítimas de perseguição por meio da aplicação de outros dispositivos.

Deve-se ressaltar que o desenvolvimento do instituto do asilo pelos Estados europeus deu-se no seio de políticas migratórias contentivas¹⁵⁸. Os Estados fortaleceram o controle de admissão de estrangeiros, realizaram acordos com Estados terceiros para realocar os migrantes recebidos, dentre outras medidas restritivas que buscavam conter o fluxo migratório. Assim, a política de asilo dos Estados muitas vezes dirigiu-se à proteção de fronteiras em detrimento da proteção de pessoas¹⁵⁹. Entretanto, a condição de refugiados está normalmente associada à violação de direitos humanos, o fundado temor de perseguição normalmente advém do perigo à vida, à liberdade, seja de expressão, seja de locomoção, e também à integridade física – direitos acobertados pelo sistema europeu e positivados pela CEDH. Em decorrência dos seus compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, os Estados devem conciliar suas políticas migratórias com à proteção de pessoas vítimas de perseguição.

Apesar de não ser conferida uma proteção especial aos refugiados ou asilados, estes têm seus direitos igualmente salvaguardados como qualquer pessoa que se encontre sob jurisdição do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. De acordo com

¹⁵⁷ CIERCO, op. cit., p. 67.

¹⁵⁸ CARRERA, Sergio; CORTINOVIS, Roberto - The EU's Role in Implementing the UN Global Compact on Refugees Contained Mobility vs. International Protection. CEPS Paper in Liberty and Security. Bruxelas: 2018, p. 3.

¹⁵⁹ RODRIGUES, 2017, op. cit., p. 120.

CIERCO a questão dos refugiados/asilados normalmente demanda a aplicação do art. 3.º, que proíbe a tortura e o tratamento degradante, ou art. 13.º, o qual garante o direito a um recurso efetivo, ambos da CEDH, dentre outros¹⁶⁰. Importa ressaltar o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ao assegurar em diversos julgados a proteção dessas pessoas em situação de vulnerabilidade.

A proteção indireta também é consubstanciada pelos protocolos adicionais à CEDH. O Protocolo adicional à CEDH n.º 4, de 1963, em seu art. 4.º, veda expulsões coletivas de estrangeiros, devendo o Estado realizar a análise da situação individual daqueles que serão extraditados, o que contribui para a identificação de solicitantes de refúgio ou asilo em meio a um grupo de migrantes. Uma vez identificados, os solicitantes podem usufruir de diversas garantias advindas do direito de asilo, com destaque para o princípio da não devolução. Em sentido semelhante, o Protocolo adicional n.º 7.º, de 1984, estabelece garantias processuais relacionadas ao procedimento de expulsão do estrangeiro, o que corrobora para que indivíduo não seja sumariamente extraditado ao estado de origem onde corra o risco de sofrer perseguição¹⁶¹.

Outrossim, no âmbito do Conselho da Europa existem ainda diversas resoluções e recomendações a respeito do tema, como as Resoluções 14 (1967) e 817(1977), as quais buscam reforçar a concessão do asilo e do refúgio como institutos de caráter humanitário e pacífico, que necessita da cooperação da comunidade internacional para a sua efetivação. Salienta-se ainda a Recomendação 787 (1986) sobre harmonização das legislações nacionais à luz da Convenção de Genebra de 1951, relativa aos refugiados, e a Recomendação 1237 (1994) a qual chama atenção para a proteção conferida pelo asilo territorial, mas ao mesmo tempo reafirma a soberania dos Estados quanto ao assunto¹⁶².

Isto posto, observa-se que o sistema europeu de direitos humanos não reconhece expressamente o direito de asilo, o que pode levar a um comprometimento na eficácia do instituto na região. Contudo, deve-se salientar que os estados europeus em sua grande maioria são signatários da Convenção de Genebra de 1951, portanto, vinculados à garantia de suas disposições. Ademais, destaca-se ainda a forte atuação do TEDH, cuja

¹⁶⁰ CIERCO, op. cit., p. 68.

¹⁶¹ RODRIGUES, 2017, op. cit., p. 116.

¹⁶² CIERCO, op. cit., p. 69.

jurisprudência já firmou em inúmeros casos a proteção de pessoas vítimas de perseguição, como nos julgados ilustrados no capítulo seguinte.

2.2 O direito de asilo latu sensu no sistema interamericano de proteção de direitos humanos

A tradição do instituto do asilo em sentido estrito no continente americano remonta ao final do século XIX com o Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideo, em 1889, realizado pela Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai, o qual estabelece em seu art. 16.º que é inviolável o asilo conferido a pessoas perseguidas por motivos políticos. Diversos outros instrumentos jurídicos foram criados a seguir tratando da questão do asilo territorial e diplomático na região¹⁶³.

Dentre os instrumentos jurídicos criados à época, merece destaque a Convenção de Havana de 1928, assinada por 21 países americanos, diploma curto, de apenas 4 artigos, os quais se destinavam a fixar as regras a serem observadas para a concessão do asilo entre os Estados em suas relações mútuas. Primeiramente, a Convenção ratificou a exclusão de criminosos comuns à proteção conferida. Em seguida, discorre acerca dos trâmites da concessão do direito de asilo diplomático, determina que o asilo deve ser concedido apenas em caso de urgência, que o Estado pode exigir que o asilado se retire do seu território o mais rápido possível e que estes não são obrigados a custear as despesas efetuadas pelo Estado asilante. Apesar de tratar-se de um texto conciso, a convenção foi objeto de discussão perante o Tribunal Internacional de Justiça no célebre caso Haya de la Torre, em 1950, no qual Colômbia e Perú discutiram a aplicação a concessão do asilo diplomático à luz da convenção referida.

Outro diploma atinente ao direito de asilo citado no julgado do TIJ foi a Convenção de Montevideo de 1933, assinada por 17 países¹⁶⁴. A convenção afirma a faceta humanitária desse instituto, não estando sujeito à reciprocidade, porém também deixa a qualificação do delito política a critério de cada Estado, o que, em tese, contribui para legislações nacionais divergentes acerca do mesmo assunto, prejudicando a proteção

¹⁶³ RODRIGUES, 2017, op. cit., p. 132-133.

¹⁶⁴ A referida convenção foi assinada por Honduras, El Salvador, República Dominicana, Haiti, Argentina, Uruguai, Paraguai, México, Panamá, Bolívia, Guatemala, Brasil, Equador, Nicarágua, Colômbia, Chile, Perú e Cuba.

das vítimas de perseguição¹⁶⁵. Em 1939, foi adotado o Tratado sobre Asilo e Refúgio Político de Montevideu¹⁶⁶ o qual reiterou as disposições dos diplomas que lhe antecederam, ampliando apenas o asilo político para abarcar também a residência do chefe da missão diplomática caso não habite no local da sua legação¹⁶⁷. Já em abril de 1948, temos o primeiro diploma internacional relativo a direitos humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, consagrando em seu art. 27 o direito de asilo¹⁶⁸ em termos bem semelhantes à sua sucessora DUDH, mas ressaltando o respeito às legislações nacionais, bem como as convenções internacionais¹⁶⁹.

Além dos diplomas citados, deve-se ressaltar duas convenções adotadas no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1954, atinentes ao asilo diplomático e territorial, pelo que se verifica a preocupação no continente e o desenvolvimento legislativo acerca da matéria no continente americano.

A Convenção sobre Asilo Diplomático adotada em Caracas, em 1954, por 20 países americanos¹⁷⁰, apesar de não apresentar definição expressa dessa modalidade de asilo, inspira-se nos documentos antecedentes para estabelecer certos contornos do instituto. Primeiramente, determina os lugares onde o asilo diplomático pode ser outorgado, quais sejam, legações (missões diplomáticas, residência dos chefes de missão e até lugares por eles habilitados para receber asilados caso o prédio utilizado exceda sua capacidade máxima), navios de guerra, acampamentos ou aeronaves militares. Em seguida, determina os seus destinatários: pessoas perseguidas por motivo ou delito político (art. 1.º), excluindo-se aquelas que cometeram delito comum (art. 3.º). No entanto, reafirma o entendimento do direito de asilo como um direito do Estado, o qual pode concedê-lo conforme a sua discricionariedade e não está obrigado a justificar-se em caso de denegação (art. 2.º)¹⁷¹. No mesmo sentido, cabe ao Estado asilante qualificar a natureza do delito e os motivos da perseguição que justifiquem a concessão do asilo (art.

¹⁶⁵ RODRIGUES, 2017, op. cit., p. 134.

¹⁶⁶ Assinado por Bolívia, Argentina, Chile e Peru, porém ratificado apenas por Uruguai e Paraguai.

¹⁶⁷ RODRIGUES, 2017, op. cit., p. 136.

¹⁶⁸ RODRIGUES, 2017, op. cit., p. 137.

¹⁶⁹ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Artigo 27: Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais.

¹⁷⁰ A convenção foi assinada por: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

¹⁷¹ Destaca-se que Guatemala apresentou reserva ao art. 2, defendendo um conceito amplo e firme do direito de asilo. Em sentido semelhante, o Uruguai também apresentou reserva ao dispositivo, afirmando conceber o asilo como um direito de todas as pessoas, independentemente de sexo, nacionalidade, opinião ou religião.

4.º). A convenção determina, ainda, que o asilo seja concedido apenas em caso de urgência, sendo outra prerrogativa do Estado asilante a de apreciar a urgência do caso (art. 6.º e 7.º), sendo traçados alguns trâmites para a concessão do asilo diplomático. O responsável pelo asilo deve comunicar ao Ministro de Relações Exteriores do Estado territorial (art. 8.º), após obter informações acerca do delito ou o motivo da perseguição, a autoridade, se continuar a conceder o asilo, deve solicitar um salvo conduto para o perseguido (art. 9.º). Concedido o salvo conduto, o asilado deve retirar-se do país direto para o Estado que concedeu o asilo (exceto em caso de necessidade por conta do transporte, conforme arts. 15.º e 16.º). Importa salientar que, conforme o art. 17.º da Convenção sobre Asilo Diplomático, após proporcionar a saída do perseguido do Estado territorial, “o Estado asilante não é obrigado a conceder-lhe a permanência no seu território, mas não o poderá mandar de volta ao seu país de origem”. Verifica-se, portanto, o caráter temporário do asilo diplomático que se estende até à chegada no Estado asilante podendo, ou não, ser convertido em asilo territorial.

Pelo exposto, depreende-se que o asilo diplomático apresenta particularidades que o diferenciam do asilo territorial. Primeiramente, o asilo diplomático pode ser solicitado ainda no local onde o solicitante sofre a perseguição, o que lhe distingue do asilo territorial e do refúgio, os quais exigem que o demandante se encontre no território onde requer a proteção. Em segundo lugar, trata-se de um instituto cuja proteção é concedida em casos excepcionais e temporariamente, uma vez que apenas permite que o indivíduo possa solicitar o asilo territorial no Estado onde deseja¹⁷².

Por sua vez, a Convenção sobre Asilo Territorial, assinada em 1954, em Caracas, pelas mesmas partes da convenção anterior, também não apresenta uma definição dessa espécie de asilo, mas possui disposições relevantes ao tema. A convenção é bem enfática ao longo de seus dispositivos ao resguardar a soberania de cada Estado em admitir ou não pessoas em seu território, especificando o respeito da jurisdição estatal ao receber pessoas vítimas de perseguição política (arts. 1.º e 2.º). Portanto, a convenção reforça a concepção do direito de asilo como um direito do Estado, o que o diferencia do direito de refúgio. Nesse sentido RODRIGUES explana:

Com efeito, esta Convenção começa por retratar logo no seu articulado primeiro, o princípio da soberania dos Estados, confrontando-o com o direito subjetivo do indivíduo em procurar asilo. Neste âmbito, é reforçada a ideia de que, a concessão de asilo é um direito absoluto, livre e arbitrário dos Estados,

¹⁷² RODRIGUES, 2017, op. cit, p. 145.

e não um dever do Estado em concedê-lo, embora seja um direito subjetivo do indivíduo¹⁷³.

É evidente que a convenção tem por seus destinatários os Estados partes, uma vez que a redação escolhida não consagra direitos aos indivíduos, mas faculdades aos entes estatais. Por exemplo, o diploma dispõe que Estados não são obrigados a expulsar pessoas vítimas de perseguição política (art. 3.º), ou a estabelecer legislação especial para os asilados (art. 6.º), ou não podem solicitar a outro Estado que restrinja a liberdade de associação dos asilados (art. 8.º). Vislumbra-se que os Estados não quiseram se comprometer ao ponto de garantir um verdadeiro direito individual ao asilo, o qual incluiria a liberdade de associação dos asilados, apesar de tratar indiretamente do assunto. Mesmo a disposição sobre garantias não é direcionada às vítimas, como no caso do art. 5.º que estabelece “O fato de o ingresso de uma pessoa na jurisdição territorial de um Estado se ter efetuado clandestina ou irregularmente não atinge as estipulações desta Convenção.”. O dispositivo garante que aqueles que entrem irregularmente no território do Estado ainda podem usufruir do asilo, mas a redação dada optou por colocar a ênfase no Estado, que não pode utilizar-se desse fato para não aplicar a convenção.

Ainda no continente americano, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), assinada em San José em 1969, é fonte de referência para a proteção dos direitos humanos a nível regional interamericano. Ao contrário da sua correspondente europeia, a CADH consagrou expressamente o direito de asilo em suas disposições. O art. 22.º da Convenção, ao discorrer sobre o direito de circulação e de residência, dispõe em seus itens 7 e 8:

Artigo 22. Direito de circulação e de residência
(...)

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

A CADH garante, pois, o direito de asilo e afirma o princípio do *non refoulement* vedando a expulsão do indivíduo para o seu país de origem, onde pode sofrer as consequências da perseguição que motivou a sua fuga. De acordo com JUBILUT, a

173 RODRIGUES, op. cit., p. 148-149.

CADH inova ao estabelecer um “dever dos Estados de conceder o asilo”¹⁷⁴. O TIADH, por sua vez, já reconheceu em diversos julgados um direito subjetivo ao asilo, no sentido de que os Estados não são obrigados a concedê-lo, mas devem receber e processar devidamente as solicitações. Porém, apesar de vislumbrar-se certo progressismo na conceção do instituto, verifica-se que os Estados ainda assinam normas internacionais que exaltam em demasia a sua soberania.

Quanto ao direito dos refugiados, o sistema regional interamericano de proteção de direitos humanos, inspirando-se no sistema africano¹⁷⁵, promoveu a ampliação do conceito de refugiado prevista pela Convenção de Genebra de 1951. Nesse sentido a Declaração de Cartagena, adotada, em 1984, por dez países da América Central¹⁷⁶, ampliou o âmbito de proteção do direito de refúgio para abarcar pessoas vítimas ou ameaçadas por violações maciças de direitos humanos¹⁷⁷.

O compromisso da declaração foi seguidamente reafirmado e defendido por mais Estados americanos. Em 1994, foi adotada a Declaração de San Jose sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, contando dessa vez com 20 países assinantes¹⁷⁸, a qual além de reiterar as disposições da declaração precedente, realçou o caráter complementar entre as três vertentes de proteção da pessoa humana – DIH, DIDH e DIR. Em 2004, no advento dos 20 anos da Declaração de Cartagena, foram adotadas a Declaração e o Plano de Ação do México, reafirmando o compromisso dos países latino-americanos em cooperar na questão dos refugiados. Nos documentos privilegiou-se a busca por novas estratégias no tratamento da questão dos refugiados, levando em consideração problemas específicos da região, e o estreitamento dos laços com o ACNUR, para prover esse direito na América Latina¹⁷⁹. Apesar de não possuírem valor jurídico vinculante, os textos foram importantes para inspirar as legislações internas dos Estados e fortalecer o direito dos refugiados em âmbito latino-americano.

¹⁷⁴ JUBILUT, op. cit., p. 39.

¹⁷⁵ Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA) de 1969 estendeu em seu artigo 1.2 o conceito de refugiado para abranger a proteção àqueles que fogem do seu país de origem em decorrência de conflitos que afetem a ordem pública

¹⁷⁶ Os Estados que adotaram a declaração foram: Belize, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá e Venezuela.

¹⁷⁷ JUBILUT, op. cit., p. 105.

¹⁷⁸ A presente declaração foi assinada por: Argentina, Bahamas, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Uruguai.

¹⁷⁹ JUBILUT, op. cit., p. 105.

Pelo exposto, verifica-se no sistema interamericano o desenvolvimento do direito de asilo em suas distintas modalidades. A tradição latino-americana de asilo consta de diversos diplomas que discorrem acerca do asilo em sentido estrito, sendo possível traçar mais claramente os seus contornos. Todavia, não se pode olvidar que as disposições ainda são deficientes, pois não apresentam uma definição precisa, tanto do asilo territorial, quanto do asilo diplomático. A falta de profundidade desses diplomas é reflexo da reticência dos Estados em flexibilizar a sua soberania, em detrimento da pessoa humana.

Não obstante, a CADH estabeleceu expressamente o direito de asilo, abrangendo o asilo em sentido estrito e o refúgio, os quais compõem o rol de direitos humanos garantidos regionalmente, passível de controle pelo TIADH. Nesse ponto, corrobora-se para a consolidação dos indivíduos como sujeitos de direitos, os quais além de beneficiários, podem reclamá-los e buscar a sua efetividade a nível internacional.

Outrossim, a ampliação do conceito de refugiado estabelecida pelo sistema interamericano contribuiu para maior proteção de pessoas vítimas de perseguição. O conceito amplo de refugiado permite que indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade, sem a proteção do seu Estado de origem, usufruam das garantias do refúgio mesmo não se encaixando na definição clássica da Convenção de Genebra de 1951. Trata-se, portanto, de um importante contributo do sistema interamericano para fortalecer a proteção garantida pelo direito em debate.

À vista disso, pode-se afirmar que o direito de asilo na realidade interamericana gera contributos para fundamentar a personalidade jurídica internacional da pessoa humana. Entretanto, não se pode negar a existência de certa visão estado-centrista e limitadora do direito de asilo, principalmente em sua modalidade estrita, o que compromete a eficácia plena do instituto e a proteção dos indivíduos que necessitam da proteção internacional.

3 A previsão do direito de asilo em sistemas comunitários: União Europeia e Mercosul

Como explicitado, a proteção internacional da pessoa humana foi objeto de uma rede multinível, a fim de garantir direitos mínimos para além do âmbito interno dos Estados. Do mesmo modo, surge no seio das comunidades supranacionais, de acordo com

suas particularidades e objetivos que se propõem, a preocupação, em maior ou menor grau, com a salvaguarda dos direitos humanos. Nesse sentido, continuando a análise das realidades europeia e interamericana, discutir-se-á a normativa do direito de asilo no âmbito da União Europeia (UE) e do Mercado Comum do Sul (Mercosul), ressaltando-se desde já que o paralelo entre as comunidades deve levar em consideração que os seus objetivos e seu nível de integração são distintos. Contudo, o estudo de ambos enriquece a compreensão do panorama geral da normativa do direito em debate e contribui para que o indivíduo ganhe espaço para além do âmbito interno dos Estados.

3.1 O direito de asilo no seio da União Europeia

No âmbito da União Europeia, o regime do direito de asilo corresponde ao chamado Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), cujo surgimento e desenvolvimento acompanhou o processo de integração das Comunidades Europeias. Tendo em vista o enfoque inicial eminentemente económico, as primeiras normas acerca do tema surgem a partir do contexto particular da implementação da liberdade de circulação entre os Estados membros do bloco¹⁸⁰. Ou seja, o direito de asilo é concebido inicialmente não pelo seu carácter humanitário, mas por influir em questões relacionadas com o estabelecimento do mercado comum europeu.

Os primeiros diplomas a tratar do assunto, porém, não têm origem no direito comunitário¹⁸¹, sendo firmados por via do direito internacional clássico, por meio de acordos intergovernamentais¹⁸². Em 1985, é assinado o Acordo de Schengen com vista a suprimir as fronteiras internas dos Estados-parte, e consequentemente reforçar as fronteiras externas com países terceiros, tangenciando, portanto, a questão do asilo. O acordo demandava a implementação de diversas medidas a fim de estabelecer um equilíbrio entre a supressão de fronteiras, a segurança e a luta contra imigração ilegal. Então, fazia-se necessária a harmonização das legislações que importavam na livre circulação¹⁸³ – dentre elas, aquelas relacionadas ao direito de asilo.

¹⁸⁰ LOUREIRO, Dominique André – O Sistema Europeu Comum de Asilo: a consagração da união ou o pomo da discórdia? (dissertação de mestrado). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 12.

¹⁸¹ É bem verdade que posteriormente são integrados ao direito da União e por isso estão sendo tratados no presente tópico.

¹⁸² DOMINGOS, Clara Alexandra Pais – A proteção Subsidiária na Nova Lei do Asilo – O Sentido e Alcance da Figura. (dissertação de Mestrado). Braga: Universidade do Minho, 2016, p. 59.

¹⁸³ CIERCO, op. cit., p. 96.

Posteriormente, em 1990, também à luz do direito internacional clássico, é firmada a Convenção de Dublin, com a finalidade de determinar o Estado responsável por analisar um pedido de refúgio¹⁸⁴ apresentado a um Estado-membro das comunidades europeias. O diploma trouxe parâmetros para fixar a competência de apreciação do refúgio, minimizando os problemas oriundos da questão dos refugiados em órbita - aqueles em que nenhum Estado se julgava competente para apreciar o pedido - e do *asylum-shopping* - quando os solicitantes de asilo ou refúgio realizavam múltiplas solicitações, com intuito de se favorecer de regimes nacionais mais favoráveis¹⁸⁵. Embora a Convenção de Dublin tenha proporcionado maior segurança jurídica para a questão da competência quanto ao pedido de refúgio, não foi suficiente para solucionar outras problemáticas. A convenção não se dirigiu aos indivíduos, nem apresentou garantias ou expandiu a proteção conferida pela Convenção de Genebra de 1951, mas se limitou à parte administrativa do refúgio. Além do mais, não havia uniformidade nas legislações nacionais, o que importava em proteções diferentes e não solucionava por completo o problema da circulação dos refugiados - que se dirigiam para Estados mais favoráveis, ou tinham sua proteção comprometida em outros Estados.

Dessa forma, a harmonização em matéria de asilo tornava-se cada vez mais uma questão de interesse da então Comunidade Económica Europeia. Em 1992, os Estados-Membros dão início a esse processo por meio das Resoluções de Londres, as quais versavam sobre pedidos manifestamente infundados, questões referentes a países terceiros e países onde não se verificavam graves riscos de perseguição. No mesmo ano foi estabelecido o Tratado de Maastricht, o qual trouxe o direito de asilo para o direito comunitário, a compor o terceiro pilar da construção europeia, destinado à cooperação no domínio da justiça e assuntos internos¹⁸⁶. Merece destaque o dispositivo K.2. 1 do referido diploma, o qual exige para a implementação das questões relacionadas ao artigo anterior, a observância da CEDH, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, bem como das legislações nacionais acerca da proteção conferida a perseguidos políticos. Portanto, o dispositivo atenta para a salvaguarda das garantias mínimas conferidas aos refugiados,

¹⁸⁴ Importa ressaltar que apesar de utilizar a terminologia “asilo”, “pedido de asilo”, “requerente de asilo”, etc. a Convenção de Dublin de 1990 faz referência expressa em seu art. 1.º à proteção conferida pela Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto Internacional dos refugiados. Dessa forma, vislumbra-se que as disposições são atinentes ao refúgio pelo que se adotara o termo a fim de distinguir do asilo em sentido amplo e estrito.

¹⁸⁵ CIERCO, op. cit., p. 102.

¹⁸⁶ DOMINGOS, op. cit., p. 46.

em âmbito universal, do mesmo modo que se depreende o seu respeito ao direito de asilo em sentido estrito, nos termos das normas internas dos Estados¹⁸⁷.

O tratado de Maastricht representou, portanto, um avanço para o tratamento do asilo/refúgio pelo direito comunitário, porém ainda de forma bastante limitada. O controle pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ainda era restrito e a votação por unanimidade no Conselho da União Europeia dificultava a tomada de decisões¹⁸⁸ – levando em consideração que políticas de asilo ou refúgio estão diretamente relacionadas à soberania dos Estados-Membros.

Posteriormente, em 1997, a assinatura do Tratado de Amsterdão representou um marco para a construção do SECA, uma vez que trouxe os assuntos relacionados com a imigração e asilo para o primeiro pilar, dominado pela lógica da integração. Por consequência, essas questões passaram a ser tratadas por instrumentos comunitários, sejam directivas, resoluções, etc., sendo reforçado o controle pelo TJUE¹⁸⁹. O tratado foi responsável, ainda, por trazer para o seio do direito da Comunidade Europeia o Acordo Schengen e a Convenção de Dublin, inicialmente firmadas sob os auspícios do direito internacional clássico¹⁹⁰. No mesmo ano em que o tratado entrou em vigor, em 1999, foi realizado o Conselho Europeu de Tampere, no qual concluiu-se pelo respeito da Convenção de Genebra de 1951, bem como pelo desenvolvimento de uma política de asilo com o fim em si própria. Ou seja, apesar de relacionado à imigração, o SECA não poderia ser implementando apenas sob esse viés¹⁹¹, devendo dirigir sua normativa igualmente à proteção das pessoas vítimas de perseguição.

No ano 2000, o compromisso dos Estados-Membros em incluir no processo de integração a salvaguarda de direitos fundamentais foi corporizado por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). A CDFUE trouxe um rol de direitos a serem garantidos no âmbito comunitário, dentre os quais destaca-se o direito de asilo,

¹⁸⁷ O dispositivo apresenta a seguinte redação:

“Artigo K.2 1. As questões a que se refere o artigo K.1 serão tratadas no âmbito da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e da **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**, assinada em Genebra em 28 de Julho de 1951, e tendo em conta a **protecção concedida pelos Estados-membros às pessoas perseguidas por motivos políticos**.” (grifo nosso)

¹⁸⁸ AMORIM, André Ricci de. O direito de Asilo: uma perspectiva da União Europeia sobre um fenómeno global. (dissertação de mestrado). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 49.

¹⁸⁹ CIERCO, op. cit., p. 122.

¹⁹⁰ DOMINGOS, op. cit., p. 48.

¹⁹¹ CIERCO, op. cit., p. 138

previsto em seu art. 18.º, conforme estabelecido pela Convenção de Genebra de 1951. No entanto, à época, a carta não apresentava caráter obrigatório para os Estados-Membros.

Em seguida, o Tratado de Nice assinado em 2001, não trouxe grandes inovações para a matéria do asilo, contribuindo apenas indiretamente ao tornar regra a tomada de decisões por maioria qualificada no que diz respeito a essa questão. Desse modo o processo de harmonização das políticas de asilo foi facilitado, surgindo diversas diretivas nesse sentido ¹⁹². A primeira diretiva que merece destaque no âmbito do SECA é a Directiva 2001/55/CE, relativa à concessão da proteção temporária, um instituto típico do SECA, destinada à defesa de um fluxo maciço de pessoas, utilizada excepcionalmente quando o sistema de asilo não possa responder corretamente devido a grande quantidade de solicitantes¹⁹³. O instituto proporcionou em grande avanço para o direito refúgio, uma vez que além de considerar a definição da Convenção de Genebra de 1951, amplia a proteção para violações sistemáticas de direitos humanos¹⁹⁴ – de forma semelhante ao sistema interamericano, apesar de, em âmbito europeu, ter sido desenvolvido como uma proteção paralela ao refúgio. Infelizmente a diretiva referida nunca foi aplicada e nenhum afluxo maciço de refugiados foi destinatário dessa proteção¹⁹⁵.

Em 2003, a Convenção de Dublin de 1990, foi substituída pelo Regulamento 343/2003/CE, chamado de Regulamento Dublin II, o qual buscou reforçar os critérios de atribuição de competência anteriormente estabelecidos, sendo acrescentados novos, como no caso de solicitante menor de idade, cujo Estado responsável será aquele onde existir um membro da família. Outro critério estabelecido é o de existir um membro da família do solicitante gozando do refúgio, dentre outros. O regulamento seguiu a mesma linha de incentivar a troca de informações entre os Estados, contribuindo para o desenvolvimento do EURODAC, sistema responsável por comparar as impressões digitais dos requerentes de refúgio e dos imigrantes em situação de irregularidade¹⁹⁶. Contudo, como o documento antecessor, dirigiu suas disposições eminentemente aos Estados membros e não trouxe grandes reflexos na garantia dos direitos dos refugiados.

Ainda em 2003, foi estabelecida a Directiva 2003/9/CE, a qual prevê as normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de refúgio. Interessante destacar que

¹⁹² AMORIM, op. cit., p. 51.

¹⁹³ CIERCO, op. cit., p. 142.

¹⁹⁴ AMORIM, op. cit., p. 52

¹⁹⁵ DOMINGOS, op. cit., p. 51.

¹⁹⁶ AMORIM, op. cit., p. 53.

em seu art. 3.º, item 2, a Directiva exclui do seu âmbito de aplicação os pedidos de asilo territorial e diplomático, pelo que se observa que mesmo utilizando o termo asilo em algumas partes do texto, na verdade o seu objeto é o direito de refúgio. Neste domínio, a Directiva traz algumas obrigações aos Estados-Membros que constituem garantias importantes para os requerentes de refúgio, como: de fornecer informações (art. 5.º), de modo que os solicitantes possam acompanhar o seu processo; expedir documentos que atestem a autorização de permanecer no território enquanto aguardam o processamento (art. 6.º); garantir que os filhos menores dos solicitantes, ou os próprios requerentes menores de idade tenham acesso à educação, (art. 10.º), estabelecer as condições de acesso ao mercado de trabalho (art. 11), cuidados de urgência e tratamento básico de doenças (art. 15.º), dentre outros. Todavia observa-se, também, que a maioria dos dispositivos permite que estas sejam restringidas em determinadas condições.

Em 2004, temos outra fonte comunitária importante, a Directiva 2004/83/CE, conhecida como “Directiva Qualificação”, a qual se destina a estabelecer normas mínimas relativas ao estatuto dos refugiados. A Directiva aprofunda ainda mais a normativa do direito de refúgio consagrando em nível comunitário, garantias estabelecidas pelo sistema universal, mas também complementando em certos aspetos a proteção conferida. A Directiva 2004/83/CE traz importantes esclarecimentos quanto às disposições previstas na Convenção de Genebra de 1951, por exemplo, discorre acerca da análise individual das solicitações (art. 7.º), dos agentes da perseguição que podem ser tanto estatais quanto não estatais (art. 6.º), detalha mais os motivos de perseguição apresentando a noção de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social – evidenciando a questão da orientação sexual e do género nesse contexto (art. 10.º). É qualificado ainda o instituto da proteção subsidiária, o qual visa proteger pessoas que possam sofrer ofensas graves como pena de morte, tortura e ameaça grave à integridade física. Nota-se que, ao invés de ampliar o conceito de refugiado, o direito comunitário optou por criar novas espécies de proteção, mesmo que seus beneficiários gozem das mesmas garantias. Além da parte conceitual, a directiva apresenta o conteúdo da proteção internacional, conferida tanto para os refugiados quanto para os casos de proteção subsidiária. O diploma consagra, portanto, o princípio do *non refoulement* (art. 21.º), além de diversas garantias já previstas no documento anterior, como documentação, livre circulação, educação, saúde, emprego, incluindo segurança social. No entanto, no presente documento o legislador

optou por uma redação mais positiva e afirmativa dos direitos previstos, ao invés de focar em suas restrições¹⁹⁷.

Já em 2005, o SECA é complementado pela Directiva 2005/85/CE relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e exclusão do estatuto de refugiado ao indivíduo. O diploma confere várias garantias e define obrigações processuais aos requerentes (arts. 10.º e 11.º), além de estabelecer diretrizes aos Estados-Membros para apreciação do pedido (art. 8.º), para realização de entrevista (arts. 12 a 14), papel do ACNUR (art 21.º) e normas procedimentais de primeira e segunda instância (art. 23 e seguintes). O diploma estabeleceu normas mínimas a serem respeitadas, mas deixou ainda certa discricionariedade aos Estados para organizarem e implementarem o procedimento de solicitação de refúgio¹⁹⁸.

As três diretivas citadas revestem-se em sustentáculos do SECA e representam uma importante mudança no tratamento da matéria. Nas primeiras normativas existentes vislumbra-se um direcionamento para o ente estatal e dispositivos mais preocupados em garantir o mínimo das obrigações já constantes na Convenção de Genebra, bem como estabelecer limites a sua aplicação. Por outro lado, nas últimas diretivas citadas nota-se o desenvolvimento e esclarecimento do conceito clássico de refugiado, a criação de institutos paralelos com vistas a ampliar a proteção conferida, bem como os direitos dos refugiados passaram a ser tratados de maneira positiva, ou seja, no modo em que serão gozados e não em como restringi-los. A mudança representa o fortalecimento de uma política de asilo com a finalidade na proteção das vítimas, reconhecendo-as como sujeitos de direitos, não apenas na contenção migratória e rechaço de estrangeiros.

Entretanto, a questão dos refugiados ainda carecia de aperfeiçoamento. Os anos subsequentes destinaram-se a planejar os próximos passos do SECA, sendo criado o Programa de Haia (2004-2009) e o Livro Verde sobre o futuro do sistema de asilo (2007) e o Programa de Estocolmo (2009) com vista a continuar os trabalhos de harmonização

¹⁹⁷ Por exemplo na Directiva 2003/9/CE, em seu art. 11, item 1, o acesso ao emprego é disposto da seguinte forma: "Os Estados-Membros devem determinar um prazo, a contar da data de depósito do pedido de asilo, durante o qual um requerente não terá acesso ao mercado de trabalho." Por sua vez, na Directiva 200/83/CE, em seu art. 26, item 1, o mesmo assunto é tratado de forma diferente: "Imediatamente após a concessão do estatuto de refugiado, os Estados-Membros devem autorizar os beneficiários do estatuto de refugiado a exercer actividade por conta de outrem ou por conta própria, sob reserva das regras gerais aplicáveis à profissão e aos empregos na administração pública." Assim, percebe-se que no primeiro momento, o enfoque foi dado à restrição do acesso ao emprego, enquanto que posteriormente ao seu gozo. O mesmo se deu em relação a outros direitos previstos.

¹⁹⁸ DOMINGOS, op. cit. p. 54.

já implementados¹⁹⁹. Em 2008, foi aprovado o Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo, o qual busca organizar e combater a imigração ilegal, fortalecer o controle fronteiriço e aumentar a cooperação no que diz respeito ao SECA. Contudo, o pacto não apresentou grandes inovações em relação à normativa já existente, nem possui caráter vinculativo²⁰⁰.

Nesse período, o direito comunitário passou por uma grande transformação quando, em 2007, entrou em vigor o Tratado de Lisboa. O tratado determinou maior destaque para a proteção dos direitos humanos no seio da União Europeia, que ganha personalidade jurídica e substitui a Comunidade Europeia, sendo responsável por dar valor jurídico vinculante à CDFUE. Assim, o TJUE torna-se competente para realizar o controle da carta, inclusive no que diz respeito ao direito de asilo, previsto em seu art. 18.²⁰¹ Além disso prevê a adesão da UE à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que ainda não se concretizou²⁰². O Tratado de Lisboa destinou ainda o seu art. 78 para tratar do SECA, fazendo menção explícita de que este deve estar em conformidade à Convenção de Genebra de 1951, com vista à implementação de uma política comum de asilo. Para tanto, clamou pela solidariedade dos Estados, reforçando o aprofundamento da integração europeia nessa questão²⁰³.

Por fim, o SECA foi atualizado por meio da reformulação das normas existentes. Dessa maneira, foi aprovada a Directiva 2011/95/UE, a qual reformulou a Directiva 2004/83/CE (directiva qualificação), sem alterar substantivamente suas disposições. Por sua vez, a Directiva 2013/32/EU, foi responsável por reformular a Directiva 2005/85/CE (directiva procedimento), com vista acelerar o procedimento de cessação da proteção internacional, principalmente em relação às solicitações manifestamente infundadas. Do mesmo modo, a Directiva 2013/33/UE reformulou a Directiva 2003/9/CE em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, visando a garantia de direitos fundamentais principalmente em casos de detenção dos solicitantes²⁰⁴.

Procedeu-se ainda à atualização do Regulamento Dublin II, com a aprovação de um novo regulamento (Dublin III), o qual mantém o seu objetivo primordial de

¹⁹⁹ DOMINGOS, op. cit. p. 55

²⁰⁰ CIERCO, op. cit. p.153.

²⁰¹ CIERCO, op. cit. p. 160-161.

²⁰² ALVEZ, Dora Resende – O sistema Institucional, jurídico e jurisdicional da União Europeia. XXXI Curso de Preparação para o Exame de Admissão ao Centro de Estudos Judiciários 2019-2020. Porto: Universidade Portucalense, 2019, p. 41. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/2918>. Acesso em 22 set. 2020.

²⁰³ CIERCO, op. cit. p. 161.

²⁰⁴ AMORIM, op. cit. p., 61.

estabelecer a competência da apreciação do pedido de refúgio, mas traz maior preocupação com os solicitantes²⁰⁵. Nesse sentido, foram estabelecidas mais garantias aos requerentes referentes ao direito à informação, bem como entrevistas pessoais, assistência jurídica gratuita e recurso de decisão de transferência para outro Estado da UE. Deve-se salientar a influência de julgados do TEDH (MSS vs. Bélgica) e do TJUE (N. S. vs. Reino Unido²⁰⁶), em 2011, os quais discutiram a aplicação do Regulamento Dublin II em conformidade às garantias constantes tanto na CDFUE quanto na CEDH. Assim, em 2013, realizaram a atualização do regulamento, reforçando as garantias existentes, com vista a melhor salvaguardar os direitos fundamentais dos solicitantes de refúgio.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o grande contributo do sistema comunitário foi proporcionar a harmonização legislativa dos países membros da EU em matéria de asilo. A observância de regras comuns fomenta a segurança jurídica da apreciação das solicitações, o que é benéfico tanto para os requerentes, quanto para os Estados. A existência de um sistema comum de asilo entre países, como é o SECA, mostra-se como um importante exemplo a ser adaptado às demais regiões do globo, a fim de potencializar a efetividade do instituto do asilo e a proteção de vítimas de perseguição. Ademais, verifica-se que a nível comunitário buscou-se complementar e desenvolver a proteção estabelecida pela Convenção de Genebra de 1951, sendo criado institutos autônomos para ampliar o seu alcance, bem como disposições no intuito de esclarecer e guiar os estados na implementação dos diversos direitos previstos em sede do sistema universal.

Não obstante, verifica-se que o direito da União Europeia reflete o embate entre diversos interesses envolvidos ao consagrar o asilo. De um lado, o protecionismo dos Estados em controlar a entrada de pessoas vindas de países terceiros para o espaço da União, bem como das políticas migratórias e dos custos com a manutenção dos refugiados. A normativa comunitária possui certo direcionamento para a contenção dos migrantes, fortalecendo o controle de fronteiras, reassentando os que chegam no continente europeu para países terceiros considerados seguros, dentre outras formas de buscar esquivar-se dos fluxos migratórios. As normas existentes, apesar de atualizadas ainda necessitam ser aprimoradas, com vistas a garantir a plena eficácia da proteção conferida, ao mesmo tempo em que minimiza os desequilíbrios existentes entre os

²⁰⁵ DOMINGOS, op. cit., p. 60.

²⁰⁶ O caso será melhor aprofundado no capítulo seguinte.

Estados-Membros na aplicação do SECA. As diferenças geográficas e económicas são determinantes para que um Estado possa ou não cumprir efetivamente as suas obrigações oriundas do direito da União e de obrigações internacionais. Por conseguinte, faz-se imperioso o fomento da solidariedade entre os países membros, de forma que os encargos sejam melhor partilhados, sem prejuízo aos Estados e às vítimas.

Por outro lado, o direito da União, com o passar do tempo tornou mais evidente o aspeto humanitário intrínseco da questão do asilo. Por essa perspetiva, o SECA consagrou a defesa das vítimas de perseguição, ao ampliar as garantias conferidas e aperfeiçoá-las no sentido de estabelecer uma proteção prática e eficiente aos indivíduos. Em tom conclusivo, apesar de muitas das normativas citadas apresentarem conteúdo restritivo, o direito de asilo, conforme previsto expressamente pelo direito comunitário, proporciona o reconhecimento de diversos direitos aos indivíduos, afirmando a personalidade jurídica destes. Consolida-se a condição de sujeito de direito internacional, uma vez que a pessoa humana também pode exercer a capacidade de aceder à órgãos jurisdicionais para questionar a aplicação dos direitos a si conferidos. À vista disso, o direito da União e o sistema europeu de proteção de direitos humanos mostram-se como complementares na garantia de proteção de pessoas vítimas de perseguição. Mesmo carecendo de melhorias para dar maior efetividade ao instituto do asilo na região, a normativas contribui para fundamentar a personalidade jurídica internacional do indivíduo.

3.2 O direito de asilo no seio do Mercosul

Em contraposição à política de asilo implementada pela União Europeia, no âmbito americano, no qual o Mercado Comum do Sul (Mercosul) se destaca, ainda impera certa timidez quanto ao tratamento da matéria. A comparação entre as duas realidades deve-se fazer com certa prudência, por conta dos momentos distintos de integração em que os blocos se encontram. A comparação auxilia, no entanto, sobretudo para fornecer uma base na qual o Mercosul possa, eventualmente, se espelhar.

O bloco sul-americano surge com ideal de integração económica e fortalecer as relações comerciais entre seus membros dirigindo sua atuação para esses objetivos. Portanto, em seus tratados constitutivos não há qualquer menção ao direito de asilo. Apesar de, com o passar dos anos, surgir o interesse em garantir direitos humanos, inclusive em relação ao asilo e refúgio, no seio do bloco, materialmente pouco foi feito a

respeito²⁰⁷. Mesmo no que toca às políticas migratórias para a implementação da livre circulação de pessoas – contexto que impulsionou o tratamento do direito de asilo no contexto europeu – não houve grandes reflexos no direito de asilo. A preocupação inicial do Mercosul concentrava-se precipuamente no turismo e o controle de fronteiras, de modo a viabilizar um futuro mercado comum, não havendo interesse quanto à temática dos refugiados ou asilados²⁰⁸. À medida que o bloco se foi desenvolvendo a agenda económica foi sendo complementada, a fim de abranger novas questões, como o direito de asilo, o qual foi objeto de inúmeras conferências, contando com representantes do ACNUR, no intuito de auxiliar nos trabalhos. Nessas conferências discutiram-se diversos projetos para a harmonização das legislações nacionais e até mesmo projetos de acordos com vistas a definir a responsabilidade dos Estados para apreciar os pedidos de refúgio²⁰⁹ (nos moldes da Convenção de Dublin), bem como a criação de um estatuto dos refugiados no Mercosul²¹⁰. Todavia, os projetos não saíram do plano das intenções, não chegando a ser realmente adotados.

Não obstante, no ano 2000 foi firmada a Declaração do Rio de Janeiro sobre a Instituição do Refúgio, a qual recomendava os Estados Partes do Mercosul a elaborarem uma norma jurídica específica quanto ao assunto dos refugiados²¹¹ – no Brasil existente desde 1997. Portanto, optou-se pela elaboração de um documento mais modesto em suas pretensões e efeitos, uma vez que não possui natureza jurídica vinculante. Posteriormente, em 2012, foi adotada uma nova a Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional dos Refugiados. Nesta os Estados partes do Mercosul reafirmaram seu compromisso com a Convenção de Genebra de 1951, com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com a Declaração de Cartagena de 1984 – a qual ampliou o conceito de refugiado. Desse modo, reafirmou-se o compromisso com o princípio da não devolução, de que sejam garantidos aos refugiados, no mínimo, os mesmos direitos do estrangeiro, bem como de que o bloco avance no sentido de prever situações não abrangidas pelos instrumentos internacionais já existentes.

²⁰⁷ NICOLAU, Paola Cristina – Harmonização de normas e procedimentos de refúgio no Mercosul. (dissertação de mestrado). Dourados: Universidade Federal da Grande Dourados, p. 16.

²⁰⁸ CULPI, Ludmila A – A Evolução da Política Migratória no Mercosul entre 1991 e 2014. *Conjuntura Global*, vol. 4 n.3, set./dez., 2015, p. 424-437.

²⁰⁹ NICOLAU, op. cit., p. 71.

²¹⁰ Idem, p. 76.

²¹¹ SANTOS, Gabriel Cremer dos – Sistema de proteção aos refugiados e Mercosul: análise de conformidade legislativa e compromissos conjuntos. (dissertação de mestrado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2020, p. 77.

Em suma, verifica-se que o Mercosul não apresenta um corpo normativo robusto no que diz respeito à proteção de pessoas vítimas de perseguição, deixando para os legisladores nacionais disporem acerca do tema. No entanto, não se pode negar o desejo futuro em proporcionar a harmonização das legislações existentes. Nesse sentido, a experiência da União Europeia mostra-se um bom modelo a ser seguido de modo a reproduzir os seus acertos e buscar melhorar suas deficiências com vista a proporcionar uma efetiva proteção aos asilados e refugiados.

Por todo o exposto, no presente capítulo vislumbrou-se a existência de uma vasta normativa do direito de asilo dirigida, em grande parte, aos indivíduos, como beneficiário desse direito. Os diplomas, tanto oriundos do sistema universal, quanto aqueles advindos das realidades europeia e interamericana, corroboram a afirmação do direito de asilo como um dos fundamentos da personalidade jurídica internacional do indivíduo. Nesse sentido, as jurisprudências dos tribunais regionais e da EU, além de controlar a aplicação do direito de asilo, consubstancia a expressão dessa personalidade por meio da capacidade de aceder à cortes internacionais a fim de fazer valer os direitos concedidos. Portanto, o capítulo seguinte se dedica a apresentar alguns casos em que a proteção de vítimas de perseguição e o direito de asilo tratam-se do cerne da lide, com vistas a corroborar para a consolidação do indivíduo como sujeito de direito internacional.

CAPÍTULO 3: O DIREITO DE ASILO NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA E INTERAMERICANA

De acordo com o explanado anteriormente, um sujeito de direito internacional manifesta a sua personalidade jurídica por meio de diversas capacidades, seja enquanto autor de normas internacionais, como destinatário de direitos e obrigações, ou pela participação em jurisdições internacionais, dentre outras formas de manifestações. Nesse contexto, a normativa do asilo em sentido amplo constante em diversos diplomas internacionais e que tem por seus destinatários os indivíduos, constituiu um veículo fundamental para a afirmação da pessoa como sujeito de direito internacional. É inegável o contributo das normas universais, regionais e comunitárias para a consideração dos indivíduos no seio da comunidade internacional.

Contudo, a simples positivação de normas não é suficiente para garantir a aplicação dos tratados e a efetividade dos direitos neles previstos, fazendo-se necessário o controle por tribunais, para velar pelo bom cumprimento das normas, estabelecer interpretações a serem seguidas e até mesmo responsabilizar os autores de eventuais violações de direitos. Assim, a atuação desses tribunais internacionais e a jurisprudência produzida no âmbito dos sistemas de proteção é fundamental para a salvaguarda de direitos humanos, com destaque para o direito de asilo.

Acontece que a rede multinível de proteção analisada nos capítulos anteriores apresenta suas particularidades, o que influi diretamente na consolidação do direito em debate. A nível universal, por exemplo, o direito de asilo, em sentido estrito, foi objeto de análise do TIJ, no caso *Haya de la Torre, Colômbia vs. Peru*, de 1951, no qual foi questionada a aplicação da Convenção de Havana de 1928 – instrumento regional que previa a normativa do asilo político. No caso, a corte reconheceu a existência do instituto do asilo diplomático, porém o solicitante não preenchia o requisito da urgência para a concessão do asilo. Concluiu-se, portanto, que o Peru não era obrigado a conceder o salvo-conduto, mas que a Colômbia também não era obrigada a entregar o solicitante às autoridades peruanas²¹². Gerou-se um impasse, pois apesar de reconhecido, o direito não

²¹² DELL'OMO, op. cit., p. 14.

foi aplicado de modo a garantir a proteção do indivíduo, ou estabelecer uma interpretação capaz de nortear a atuação da Colômbia e do Peru²¹³.

Apesar de a nível universal se contar com poucas referências jurisprudenciais, os sistemas regionais possuem relevante atuação no que diz respeito ao direito de asilo. O Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH) já apreciaram diversos casos e estabeleceram importantes entendimentos atinentes ao direito de asilo e efetivaram a proteção conferida pelo instituto. Na mesma direção segue o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao aplicar o Sistema Europeu Comum de Asilo para assegurar a melhor efetivação do direito de asilo no âmbito comunitário. O acesso por particulares a essas cortes (seja diretamente, ou por intermédio de uma comissão) amplia a proteção conferida aos indivíduos, pois além de positivarem direitos foi lhes dada a possibilidade de reclamá-los e exigir reparações em caso de violação. Assim sendo, as jurisprudências regionais e comunitária apresentam grandes contributos para a consolidação do direito de asilo e a afirmação do indivíduo como sujeito de direito internacional, pelo que se mostra interessante o estudo de alguns casos dos tribunais citados, relacionados com o tema em análise.

1 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relacionada ao direito de asilo

O TEDH é o órgão responsável pelo controle da CEDH e da aplicação no caso concreto dos direitos nela previstos. Recordar-se que o direito de asilo não se encontra expressamente previsto nesta convenção regional europeia, porém a corte indiretamente o assegura por meio de outros dispositivos²¹⁵. Por diversas vezes o TEDH estabeleceu uma interpretação da convenção que favoreceu os solicitantes de asilo mesmo sem adentrar ao mérito do direito de asilo. A fim de ilustrar o tratamento jurídico concedido pelo tribunal regional em debate, serão apresentados os casos *Chahal vs. Reino Unido*, de 11 de novembro de 1996, e *Hirsi Jamaa vs. Italia*, de 23 de fevereiro de 2012.

²¹³ No presente caso, Haya de la Torre permaneceu ainda por cinco anos na embaixada da Colômbia, no Peru, e após um acordo entre os Estados, foi entregue as autoridades locais e posteriormente conduzido ao México (DELL'OMO, op. cit., p. 15)

²¹⁵ COSTA, Paulo Manuel Abreu da Silva – A Proteção dos Estrangeiros pela Convenção Europeia dos Direitos dos Homens perante processos de asilo, expulsão e extradição: a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 200. Vol. 1. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2000, p. 514.

1.1 Caso *Chahal vs. Reino Unido*

No caso *Chahal vs. Reino Unido*²¹⁶, o TEDH indiretamente conferiu proteção a um solicitante de refúgio, por meio da aplicação do art. 3.º da CEDH, constituindo uma importante referência para os julgados posteriores no tratamento de questões relacionadas ao direito de asilo. No feito houve uma ampliação indireta do princípio do *non refoulement* de modo a abarcar situação excluídas pelas Convenção de Genebra de 1951. Assim, o tribunal aplicou a CEDH de modo a garantir a proteção mais eficaz dos direitos humanos e dos indivíduos. No que diz respeito aos fatos, tratava o caso de Karamjit Singh Chahal e três outros membros de sua família, cidadãos indianos de religião Sikh. O demandante entrou ilegalmente no Reino Unido em 1971, foi amnistiado pelo crime, mas em 1990, foi detido com o propósito de ser deportado ao seu país de origem. Acontece que Chahal estava diretamente envolvido com movimentos de resistência ao governo local, defendendo a autonomia da região do Punjab, na Índia. Após ter sido preso por 21 dias em seu país de origem e submetido a tratamento desumano, Chahal abandonou a Índia e tornou-se uma figura proeminente entre a comunidade Sikh no Reino Unido, continuando a sua militância, o que gerou acusações de terrorismo pelas autoridades inglesas, mas sem qualquer condenação.

Chahal solicitou a proteção do direito de refúgio, alegando que foi torturado no Punjab, corroborado pelo testemunho de parentes e conhecidos terem sofrido tratamento desumanos por parte da polícia indiana. Tendo em vista que sua atuação política no Reino Unido era notória, o solicitante temia ser perseguido caso retornasse à Índia, no entanto, o seu requerimento de asilo foi denegado, sob a justificativa de que a situação entre a região do Punjab e o governo da Índia melhorara consideravelmente. Posteriormente, tendo recorrido do indeferimento, a proteção foi-lhe novamente negada, sob o argumento de que representava uma ameaça para a segurança nacional, por conta de sua suposta relação com movimentos terroristas. Logo, Chahal não fazia jus ao estatuto dos refugiados previsto pela Convenção de Genebra de 1951, bem como poderia ser

²¹⁶ TEDH – *Chahal vs. Reino Unido*, n.º 22414/93, de 15 de novembro de 1996. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b69920.pdf>.

devolvido ao país de origem por conta da exceção ao princípio do *non refoulement* prevista no ponto 2 do art. 33.º do referido diploma²¹⁷.

A corte, ao julgar o caso, analisou primeiramente se a deportação do reclamante para a Índia importaria em violação do art. 3.º da CEDH, segundo o qual “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Para tanto, afirmou, a princípio, que os Estados possuem o direito de controlar a entrada, permanência e a expulsão de estrangeiros em seu território, no exercício de sua soberania. Relembrou ainda que o direito de asilo, bem como o direito de refúgio, não se encontra consagrado na convenção europeia e seus protocolos. Entretanto, conforme estabelecido em jurisprudência do tribunal, a expulsão deve levar em consideração o art. 3.º da CEDH, gerando responsabilidade do Estado, caso se vislumbre que a sua execução coloca o indivíduo em risco de sofrer o tortura ou tratamento degradante caso retorne ao seu país de origem. Ademais, o tribunal ressaltou que o art. 3.º representa um dos valores fundamentais de uma sociedade democrática, portanto, possuindo aplicação absoluta. Por essa razão, não acolheu a justificativa do Reino Unido em expulsar Chahal por conta de representar ameaça à segurança nacional. A corte europeia firmou entendimento no sentido de que a proteção conferida pela CEDH é mais ampla do que a estabelecida pela Convenção de Genebra de 1951, não aceitando qualquer derrogação. Portanto, é vedada a expulsão de qualquer indivíduo, independente de suas qualificações, que corra o risco de sofrer tratamento desumano no país de destino.

O TEDH passou, então, a analisar a situação política da Índia e do Punjab e concluiu que apesar da melhora nas relações e da prática democrática no país, ainda existiam inúmeras denúncias quanto a violações de direitos humanos perpetradas pelas agências de segurança indiana. Também reconheceu a notoriedade de Chahal e a sua relevante participação no movimento político opositor eram suficientes para fundamentar o temor de perseguição e exposição a tratamento desumano, entendendo que a deportação para a Índia constituiria uma violação do art. 3.º da CEDH.

²¹⁷ Art. 33 (...): 2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

Outrossim, também foi analisada a eventual violação do art. 13.º da CEDH²¹⁸, conforme alegação de que Chahal não teve acesso a um recurso efetivo para contestar a sua deportação perante as cortes nacionais. A corte concluiu que os procedimentos internos se limitaram a analisar a questão da segurança nacional, sem averiguar as implicações da expulsão atinentes ao art. 3.º da CEDH. Ou seja, não foi dada a oportunidade de o indivíduo questionar o respeito a um direito previsto na convenção, o que resultou no reconhecimento da violação do art. 13.º pelo TEDH.

O TEDH, por meio do presente julgado, garantiu a efetivação de direitos garantidos aos indivíduos pela convenção europeia e indiretamente resguardou o direito de asilo ao mesmo tempo em que ampliou a proteção conferida. Evidencia-se que o princípio do *non refoulement*, garantia típica do direito de asilo, constitui uma importante salvaguarda do indivíduo e importa em uma expressiva limitação da soberania estatal, contribuindo para maior autonomia da pessoa humana no plano internacional. Nesse contexto, o entendimento do tribunal dando caráter absoluto ao princípio, no caso de risco de tratamento desumano, o fortaleceu e ampliou a proteção internacional conferida aos particulares, de modo geral, e de solicitantes de asilo. Contudo, deve-se ressaltar que, por não existir dispositivos tratando do instituto do asilo, o tribunal possuía competência apenas para reparar as violações dos direitos previstos na convenção. O indivíduo permaneceu sem proteção especial, conferida pelo estatuto dos refugiados e pelo instituto do asilo, pois a corte não podia decidir quanto a esse direito.

1.2 Caso *Hirsi Jamaa vs. Italia*

O presente caso trata da expulsão coletiva de um grupo de pessoas intercetados em alto mar pela Itália e devolvidos à Líbia sem qualquer análise da situação das pessoas que ali se encontravam e sem dar oportunidade de solicitações de asilo/refúgio, fundamentando-se em um acordo bilateral entre os Estados. Quanto aos fatos discutidos, o caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Italia*²¹⁹ ocupou-se de 11 demandantes nacionais da Somália e 13 demandantes de nacionais da Eritreia, os quais deixaram a Líbia, juntamente

²¹⁸ “ARTIGO 13º Direito a um recurso efectivo: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais.”

²¹⁹ TEDH – *Hirsi Jamaa e outros vs. Italia*, de 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>.

com um grupo de 200 pessoas, em embarcações rumo à costa italiana. As embarcações foram interceptadas por navios militares italianos e devolvidas à Líbia, sem ter sido fornecida qualquer informação aos indivíduos, os quais mesmo objetando o regresso, foram forçados a deixar o navio. A referida intercetação foi baseada em um acordo bilateral entre Itália e Líbia, no intuito de combater a imigração irregular rumo ao continente europeu.

À vista do exposto, a corte analisou as alegações de violação do art. 3.º da CEDH, em razão dos demandantes terem sido expostos a um risco de tratamento desumano na Líbia e caso fossem devolvidos aos seus países de origem, Eritreia e Somália. Nesse contexto, mais uma vez ressaltou o direito dos Estados de controlar a entrada, a residência e de expulsar estrangeiros de seu território, no exercício de sua soberania, porém essa deportação deve ser condizente às disposições da CEDH e pode gerar responsabilidade do Estado caso gere o risco de tratamento desumano ao indivíduo, nos termos do art. 3.º da CEDH. O tribunal igualmente externalizou consciência pela situação delicada dos países com fronteiras externas da União Europeia e da dificuldade em equilibrar o controle dos fluxos migratórios e a garantia do direito de asilo. O TEDH evidenciou, ainda, a problemática da migração por meio marítimo que traz mais complicações aos Estados costeiros. Todavia, lembrou o caráter absoluto do art. 3.º, o qual mesmo em situações em que vários interesses legítimos estão em jogo, como na questão apresentada, demanda a responsabilização de Estados que submetem indivíduos ao risco de tratamento desumano. Por essa razão, a Itália também não poderia utilizar o acordo bilateral firmado para esquivar-se de suas responsabilidades.

Assim, observando a situação da Líbia, em que diversos relatórios apontaram falhas no cumprimento de suas obrigações internacionais, principalmente atinente à Convenção de Genebra de 1951, bem como no respeito de direitos humanos, o tribunal concluiu que os demandantes foram expostos a um risco de tratamento degradante. Daqui o tribunal concluiu que a transferência dos indivíduos para a Líbia constitui uma violação do art. 3.º da CEDH. Além disso, o tribunal analisou a violação do princípio da não devolução, de modo indireto, no contexto do art. 3.º da CEDH. A devolução indireta ocorre quando o estrangeiro é transferido para um Estado terceiro e neste há o risco de repatriação do indivíduo ao seu país de origem, onde possa ser submetido a tratamento contrário ao referido dispositivo – risco justificado seja pela prática do país, seja por não ser parte das convenções que garantem direitos humanos, dentre outras razões. Dessa

forma, o tribunal levou em consideração as informações prestadas pelo ACNUR e outras organizações internacionais, de que pessoas repatriadas para Eritreia e Somália eram vítimas de tortura e detidas em condições degradantes apenas por deixarem o país irregularmente, além de outras violações de direitos humanos. Então, o TEDH concluiu que a transferência para Líbia também violou o art. 3.º da CEDH, por expor os indivíduos ao risco de repatriamento arbitrário, ou seja, o princípio do *non refoulement* foi consagrado, mesmo quando a devolução se dá de modo indireto.

O tribunal europeu também procedeu à análise do art. 4.º do protocolo n.º 4 da CEDH²²⁰, o qual veda expulsões coletivas de estrangeiros. Sobre o assunto, a corte discorreu que o simples fato de estrangeiros serem submetidos a decisões similares não constitui uma expulsão coletiva, caso seja concedido a cada indivíduo a possibilidade de manifestar-se no curso do procedimento de expulsão. Isto posto, o TEDH verificou que no caso apresentado, a transferência para a Líbia deu-se sem qualquer exame individual da situação das 200 pessoas que foram intercetadas, evidenciando que os tripulantes do navio italiano não possuíam qualquer treinamento para realizar entrevistas individuais e não contavam com interpretes para garantir a efetiva manifestação dos indivíduos. Portanto, o tribunal concluiu que a expulsão dos demandantes teve natureza coletiva, havendo violação do art. 4.º do Protocolo n.º 4 da CEDH. Diante do exposto, verifica-se que a jurisprudência do tribunal reafirmou a necessidade de análise individual da situação dos estrangeiros, a fim de que seja procedente a expulsão. Indiretamente contribuiu para a efetividade do direito de asilo no âmbito europeu, uma vez que se trata, conforme posicionamento do ACNUR, de medida indispensável para a eficaz concessão do estatuto dos refugiados.

Em continuidade, o TEDH procedeu ao exame das alegações atinentes ao artigo 13.º, relativo à garantia de remédios eficazes a nível interno, a fim de garantir os direitos contidos na CEDH, no caso discutido relacionado com os direitos previstos no art. 3.º da CEDH e no art. 4.º do Protocolo n.º 4. A corte verificou que os demandantes não obtiveram acesso a nenhum procedimento de identificação e de verificação de suas condições pessoais antes de serem devolvidos à Líbia. Realçou-se ainda, os depoimentos dos indivíduos intercetados os quais alegaram não ter recebido qualquer informação por parte da tripulação do navio italiano. Nesse contexto, o tribunal europeu evidenciou que

²²⁰ “ARTIGO 4º Proibição de expulsão colectiva de estrangeiros: São proibidas as expulsões colectivas de estrangeiros.”

a falta de informação constitui um grande obstáculo ao acesso a solicitações de asilo, prejudicando a eficácia dos institutos protetivos, configurando a violação do art. 13.º em conjunção com o art. 3.º da CEDH, bem como o art. 4.º do Protocolo n.º 4 da CEDH. Consequentemente, determinou-se a reparação dos danos sofridos aos indivíduos intercetados.

O presente caso foi importante para sedimentar o entendimento da corte de que a política migratória dos Estados deve estar de acordo com as disposições da CEDH. Indiretamente o posicionamento beneficia os solicitantes de asilo e refúgio, uma vez que os direitos a serem observados durante o controle migratório, como análise individual das solicitações, assistência legal, intérprete e informação, contribuem para maior efetividade do instituto²²¹. Um direito de asilo mais efetivo consequentemente promove maior proteção internacional de pessoas e torna mais evidente a sua fundamentação da personalidade jurídica do indivíduo no seio do ordenamento jurídico internacional.

Isto posto, a atuação do TEDH mostra-se de suma importância para minimizar as lacunas existentes pela inexistência de previsão expressa do direito de asilo, garantindo a salvaguarda deste direito de maneira indireta. Todavia, não se pode negar as limitações do TEDH, justamente pela natureza dessa proteção, o qual não pode adentrar o mérito da questão do asilo, o que pode dar margem para eventuais violações de direitos dos indivíduos.

2 A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relacionada ao direito de asilo

Ainda no âmbito europeu, a proteção do direito de asilo é garantida também no seio do direito da União por meio da normativa do Sistema Europeu Comum de Asilo. Importa destacar que esse sistema e a salvaguarda de direitos dos indivíduos ganhou força após a assinatura do Tratado de Lisboa, o qual tornou a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) um instrumento de observância obrigatória²²², bem como assegurou respeito do SECA à Convenção de Genebra de 1951.

²²¹ MORENO-LAX, Violeta - *Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control*. Human Rights Law Review 12. n.º 3, 2012, p. 595.

²²² DOMAGALA, Przemyslaw – *The Migration Crisis in the Case Law of the ECHR - Some Remarks on the Obligations of Countries to Refugees and Immigrants*. Polish Review of International and European Law 7, no. 2 . 2018 p. 174.

Desse modo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tornou-se competente para realizar o controle judicial do direito de asilo, por força do art. 18.º da CDFUE, bem como das disposições da Convenção de Genebra uma vez que muitas de suas normas foram internalizadas pelo direito da União Europeia e por funcionar como diretriz interpretativa. Ao contrário do TEDH, o TJUE não se limita a questões indiretas relacionadas ao instituto em debate. O tribunal da União possui competência para analisar o mérito, o direito de asilo em sua totalidade, desde o enquadramento do refugiado/asilado, previsto pelo estatuto do refugiado, até sobre questões específicas do direito comunitário. Contudo, deve-se destacar a comunicação existente entre as cortes no sentido de promover a mais eficaz garantia dos direitos humanos consagrados no direito europeu, de sorte que nota-se a influência da jurisprudência do TEDH sobre as decisões do TJUE, e as decisões do TJUE complementando a proteção conferida pelo TEDH. Com vista a ilustrar o exposto, serão analisados os casos Processo C-31/09 Nawras Bolbol vs. Hungria, de 22 de junho de 2010; Processo C-411/10 N. S. vs. Reino Unido, de 21 de dezembro de 2011 e Processos apensos C-199/12 a C-201/12 X, Y e Z vs. Países Baixos, de 7 de dezembro de 2013.

2.1 Processo C-31/09 Nawras Bolbol vs. Hungria

O primeiro caso a ser analisado trata-se de Nawras Bolbol vs. Hungria²²³, no qual o TJUE foi chamado a manifestar-se acerca de uma das hipóteses de exclusão do estatuto dos refugiados. No feito, foi discutido se uma apátrida de origem palestina que não pediu proteção da Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados (UNRWA), poderia se beneficiar do direito de refúgio. Foram trazidos ao tribunal, no que diz respeito aos fatos, a informação de que a demandante N. Bolbol deixou a Faixa de Gaza tendo ingressado na Hungria em 10 de janeiro de 2017, munida de um visto e posteriormente obteve uma autorização de residência. Em 21 de junho de 2007, apresentou um pedido de refúgio sob o argumento de que temia o retorno ao seu local de origem, tendo em vista o contexto de insegurança e conflitos na região. Complementou o pedido informando que não se encontra na região de atuação da UNRWA e, portanto, não

²²³ TJUE - Processo C-31/09, Nawras Bolbol contra Bevéndorlási és Állampolgársági Hivatal (Hungria), Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de junho de 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62009CJ0031>.

usufruída da proteção desta agência, pelo que necessitaria da proteção conferida pelo estatuto dos refugiados.

Em 14 de setembro de 2007, teve o seu pedido indeferido, no entanto, não sofreu qualquer medida de afastamento. A denegação se deu por conta de N. Bolbol ser beneficiária de proteção de outra agência que não seja o ACNUR, no caso a UNRWA, nos termos do artigo 1.D da Convenção de Genebra de 1951²²⁴ e art. 12, n.o 1, alínea “a” da Directiva 2004/83/CE²²⁵. Isto posto, questionou-se ao TJUE se, nos termos da directiva, é excluído do estatuto dos refugiados a pessoa que se beneficia de assistência de organismo da ONU, diferente do ACNUR, pelo simples fato de ter esse direito, ou se é necessário que o indivíduo tenha recorrido efetivamente à proteção conferida.

Em resposta, o tribunal da União, levou em consideração a existência da UNRWA e sua competência sobre refugiados da palestina, portanto, mesmo não registrada, a princípio N. Bolbol faz jus a essa proteção. Contudo, a corte interpretou estritamente as hipóteses de exclusão, tendo em vista a sua natureza restritiva, concluindo que deve ser aplicada somente às pessoas que efetivamente recorreram à assistência prestada pela UNRWA, não podendo estendê-la ao caso de quem pode se beneficiar, mas não o faz. Logo, o TJUE concluiu que os indivíduos que se encontram nessa situação podem requerer normalmente a proteção conferida pelo estatuto dos refugiados.

No caso apresentado, vislumbra-se que uma vez internalizados os preceitos da Convenção de Genebra no âmbito comunitário, permitiu-se o seu controle jurisdicional, mesmo que indiretamente. Como o sistema universal não conta de um tribunal específico para tratar da questão dos refugiados, ou de direito humanos no geral, o papel do TJUE mostra-se de grande relevância no contexto europeu. A presente jurisprudência mostra-se como um exemplo de interpretação dos preceitos contidos no estatuto dos refugiados, no sentido de ampliar e garantir a proteção às pessoas vítimas de perseguição. Assim, ao

²²⁴ “Art.1.D: Esta Convenção não será aplicável às pessoas que atualmente se beneficiam de uma proteção ou assistência da parte de um organismo ou de uma instituição da Nações Unidas que não o Alto Comissário da Nações Unidas para refugiados.”

²²⁵ Artigo 12 Exclusão

1. O nacional de um país terceiro ou o apátrida é excluído da qualidade de refugiado se:

a) Estiver coberto pelo âmbito do ponto D do artigo 1.o da Convenção de Genebra, relativa à protecção ou assistência por parte de órgãos ou agências das Nações Unidas, que não sejam o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Quando essa protecção ou assistência tiver cessado por qualquer razão sem que a situação da pessoa em causa tenha sido definitivamente resolvida em conformidade com as resoluções aplicáveis da assembleia Geral das Nações Unidas, essa pessoa terá direito ipso facto a beneficiar do disposto na presente directiva;

aplicar uma interpretação estrita ao dispositivo de exclusão, a corte preservou o núcleo dos instrumentos que consagram o direito dos refugiados.

2.2 Processo C-411/10 N. S. vs. Reino Unido

O segundo caso encontra-se intimamente relacionado à jurisprudência do TEDH *MSS vs. Belgica*, de 21 de janeiro de 2011, na qual o Estado foi responsabilizado pela aplicação automática do Regulamento de Dublin, sem levar em consideração a realidade e as deficiências do procedimento de asilo grego, expondo o indivíduo a risco de tratamento desconforme ao art. 3.º da CEDH. Assim, levando em consideração a jurisprudência do TEDH, 11 meses depois, o TJUE foi instado a se manifestar sobre caso semelhante. Dessa vez, a lide estava relacionada ao Reino Unido e à Grécia na questão do Estado-Membro responsável por analisar um pedido de refúgio, com base no Regulamento de Dublin e na garantia da efetivação do direito de asilo na aplicação do diploma²²⁶.

O caso em debate trata de N.S., nacional do Afeganistão, o qual ingressou no território europeu pela Grécia, onde foi detido e enviado para a Turquia. Na Turquia, N.S. foi detido em condições degradantes, mas, após dois meses, conseguiu fugir para o Reino Unido, onde solicitou refúgio. Na oportunidade, verificou-se que a primeira entrada do solicitante de refúgio deu-se na Grécia, portanto, começaram os trâmites para a sua transferência ao Estado. Por sua vez, N.S. argumentou que os seus direitos fundamentais garantidos pela CEDH e pelo direito da União seriam violados caso a transferência fosse realizada, porém, o argumento não foi aceito pelas autoridades inglesas, pois a Grécia figurava na lista de países seguros, bem como que se poderia inferir que a Grécia cumpre com as suas obrigações – considerando a imposição do direito da UE, mais especificamente do Regulamento n.º 343/2003 (Dublin II).

À vista disso, a questão principal a ser respondida pelo TJUE estava relacionada à aplicação dos dispositivos do Regulamento Dublin II, ou seja, se a simples transferência do requerente de refúgio para outro Estado-Membro, independentemente da situação fática do referido Estado, seria suficiente para dar cumprimento às obrigações de respeito

²²⁶ TJUE - Processos apensos C-411/10 e C-493/10, N. S. (C-411/10) contra Secretary of State for the Home Department e M. E. e outros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform (Reino Unido). Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 21 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0411>

aos direitos fundamentais. Nesse sentido, questionou-se também se o Estado-Membro deve proceder à verificação do cumprimento das obrigações relativas aos direitos fundamentais, por parte do Estado de destino. Buscou-se entender se, a partir das normas mínimas estabelecidas pelo regulamento, é possível presumir o respeito aos direitos fundamentais ou deve-se analisar efetivamente a realidade do Estado-Membro. Ademais, caso verificado o descumprimento das obrigações pelo Estado de destino, estaria o Estado que busca a transferência obrigado a analisar o pedido?

Diante dos questionamentos, o tribunal da União ressaltou que o SECA tem por diretrizes os preceitos extraídos da Convenção de genebra de 1951, vinculando-se expressamente a esta por meio de diversos dispositivos, como o 78.º do TFUE. Além disso, as normativas advindas do direito da União (directivas e regulamentos) prescrevem a observância de direitos fundamentais, devendo o Estado Membro interpretar a legislação interna conforme essa normativa e de modo não conflituante às garantias conferidas aos indivíduos. Nesse sentido, o TJUE ressaltou que o SECA foi contruído com vista a garantir o respeito aos direitos humanos, baseando-se sempre na confiança mútua entre os Estados para o cumprimento de suas obrigações – tal confiança deve ser observada na aplicação do Regulamento de Dublin II. Ao estabelecer o responsável pela análise da solicitação, o regulamento fortalece a segurança jurídica, ao mesmo tempo em que diminui a existência de pedidos múltiplos e o *asylum shopping*.

O tribunal compreende que na prática exista certas discrepâncias na implementação do direito da união, que podem acarretar o risco a direitos fundamentais, no caso de transferência do requerente do refúgio. Todavia, o TJUE afirma que se deve proceder à análise da violação alegada, uma vez que diante do princípio da confiança mútua, apenas em situações excepcionais haveria um óbice ao cumprimento das obrigações constantes no regulamento de Dublin II. Em regra, o regulamento deve ser respeitado e a transferência realizada, aplicando-se uma interpretação prática do direito da União, a fim de evitar de evitar o esvaziamento do diploma e preservar os critérios de estabelecimento do Estado responsável para analisar a solicitação de refúgio – critérios estes cuja aplicação já havia sido questionada perante o TEDH.

Entretanto, caso averiguada a existência de falhas sistêmicas no procedimento de concessão do refúgio e no acolhimento dos refugiados, inclusive diante de tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, restaria prejudicada a transferência para os Estados-Membros que se encontrem nessa situação. Analisando o caso específico da Grécia, o

tribunal levou em consideração que à época do feito tratava-se da porta de entrada na União, concentrando cerca de 90% do fluxo de solicitações de refúgio de modo que o Estado suportava encargos pesados, desproporcionais em relação aos demais membros, o que comprometeria a atuação dos agentes gregos.

Outrossim, o TJUE destacou a jurisprudência do TEDH, na qual diversos relatórios, produzidos por organizações internacionais, apontaram deficiências na aplicação dos dispostos do SECA pela Grécia. Então, esses relatórios poderiam fundamentar a avaliação dos Estados-Membros dos riscos aos direitos fundamentais que eventual transferência pode acarretar ao indivíduo.

Conclui, portanto, que diante de falhas sistêmicas no procedimento de asilo e na acolhida dos solicitantes, resta prejudicada a transferência. Quanto ao responsável pela análise, serão aplicados os demais critérios constantes no regulamento, caso não sejam suficientes, será responsável o Estado onde foi feita a primeira solicitação de refúgio. Isto posto, não se pode afirmar que a mera ratificação ou a existência de instrumentos normativos gera a presunção de cumprimento das obrigações nestas contidas, devendo ser avaliada a realidade fática, no momento da aplicação do Regulamento de Dublin II.

Assim sendo, por meio do presente julgado o TJUE estabeleceu interpretação favorável à concretização de direitos humanos, precipuamente do instituto do refúgio, de modo a garantir a efetividade dos direitos dos solicitantes. Levando em consideração os encargos gerados pela implementação do direito de asilo, indiretamente, a corte contribuiu para uma repartição destes, sem o total esvaziamento do Regulamento de Dublin II. É inegável que os fluxos migratórios, mesmo os forçados, acarretam impactos de ordem económica e social para os Estados-Membros, todavia, deve-se sempre ter em vista a melhor forma de garantir a proteção da pessoa humana, sem sobrecarregar em demasia um Estado-Membro. O entendimento do TJUE, firmado no mesmo sentido do TEDH, ilustra a atuação em conjunto dos tribunais, corroborando para o fortalecimento do sistema de proteção europeu e das pessoas que encontram sob a sua jurisdição.

3.1 Processos apensos C-199/12 a C-201/12 X, Y e Z vs. Países Baixos

Já a terceira jurisprudência a ser analisada trata-se de X, Y e Z vs. Países Baixos²²⁷. Nesta, o TJUE interpretou o conceito de refugiado de modo a abranger vítimas de perseguição por conta de orientação sexual, inserindo-os como grupo social, nos termos da Convenção de Genebra de 1951, bem como das directivas que a internalizam no direito da União. O caso trata de X, Y e Z, nacionais da Serra Leoa, Uganda e Senegal, que solicitaram refúgio nos Países Baixos fundamentando o pedido no receio de sofrerem perseguição por conta de sua orientação sexual. X, Y e Z alegaram ter sido vítima de violência por parte de familiares, pessoas próximas e pelas autoridades locais, em razão de serem homossexuais. Nesse contexto, verificou-se a criminalização, nos três países, da homossexualidade, com sanções de prisão até mesmo de carácter perpétuo.

No entanto, a solicitação foi denegada, sob a justificativa de que os requerentes não conseguiram juntar provas suficientes de que se regressassem aos respetivos países de origem, sofreriam perseguição por pertencerem a determinado grupo social. Em razão do ocorrido, X, Y e Z interpuseram recurso e o órgão jurisdicional resolveu instar o TJUE a manifestar-se sobre o caso. Destarte, o TJUE foi questionado se a orientação sexual do estrangeiro seria suficiente para enquadrar-lhe como pertencente a um grupo social específico nos termos do conceito de refugiado constante no art. 10.º da Directiva 2004/83/CE. Sendo ainda questionado se a existência de lei incriminatória constituiria por si só ato de perseguição, bem como se poderia ser exigido que o estrangeiro homossexual ocultasse a sua orientação sexual no país de origem, a fim de evitar perseguições.

Ao primeiro questionamento, o tribunal recordou o conceito de refugiado estabelecido no art. 2º da referida directiva, como “o nacional de um país terceiro que, receando com razão ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional”. No que diz respeito a pertencer a um grupo social, o tribunal salientou a necessidade de preenchimento de dois requisitos: a partilha de uma característica inata ou história em comum que constituem um pilar de sua identidade e não ser possível exigir a

²²⁷ TJUE, Processos apensos C-199/12 a C-201/12, Minister voor Immigratie en Asiel contra X (C-199/12) e Y (C-200/12) e Z contra Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12) (Países Baixos). Ac. do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 07 de novembro de 2013. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-199/12&language=PT>

sua renúncia, bem como que no país de origem essa identidade se diferencie do contexto social em que o indivíduo vive. Firmou-se o entendimento de que a orientação sexual constitui uma característica essencial para a personalidade da pessoa, não sendo exigível a sua renúncia, conforme expressamente disposto na Directiva 2004/83/CE²²⁸.

No caso concreto, tendo em vista a legislação que criminaliza a homossexualidade, portanto, verifica-se o segundo requisito do tratamento social diferente, portanto X, Y e Z encontram-se inseridos em um grupo social nos termos da definição de refugiado. O TJUE proferiu entendimento de que não é suficiente a existência de legislação que criminaliza a homossexualidade para configurar a perseguição, sendo necessário que as sanções sejam graves o suficiente para que haja violação de direitos fundamentais, bem como que seja regularmente aplicada no país de origem. Cumprido esses dois requisitos está caracterizada a perseguição. Em relação à última questão apresentada, o TJUE remeteu ao conceito de grupo social, o qual está relacionado a uma característica fundamental e irrenunciável, evidenciando que a orientação sexual se encaixa nesse parâmetro, uma vez que é essencial para a identidade da pessoa. Por essa razão, não é razoável demandar que o requerente de asilo esconda a sua homossexualidade no seu país de origem, para evitar ser perseguido.

O presente caso corrobora para a importância da atuação dos tribunais para a afirmação do direito de asilo. Nesta, procedeu-se a interpretação do conceito de refugiado de modo a cumprir seu objetivo máximo, qual seja a proteção de vítimas de perseguição. Assim, o entendimento da orientação sexual como uma característica que insere o indivíduo em um grupo social, que pode ser alvo de perseguição, é importante, pois não se encontra expresso na Convenção de Genebra de 1951. Vislumbra-se, pois, a importância não apenas da positivação de normas, mas também a existência de órgãos que controlem a sua aplicação. Os tribunais desempenham um papel de imensurável relevância ao estabelecer interpretações que esclarecem, ou até mesmo, ampliem a proteção instituída pelo direito de asilo.

²²⁸ Art. 10, 1, “d”, parágrafo 3º: Dependendo das circunstâncias no país de origem, um grupo social específico poderá incluir um grupo baseado numa característica comum de orientação sexual. A orientação sexual não pode ser entendida como incluindo actos considerados criminosos segundo o direito nacional dos Estados-Membros. Poderão ser tidos em consideração os aspectos relacionados com o género, embora este por si só não deva criar uma presunção para a aplicabilidade do presente artigo;

3. A jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Na região americana, o direito de asilo encontra-se previsto em uma série de instrumentos regionais, com destaque para a Declaração Americana de Direitos Humanos (DADH) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) sobre os quais exercem controle a Comissão Interamericana e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH), interpretando e aplicando as disposições existente. Nesse sentido, merece destaque os inúmeros tratados relacionados ao direito de asilo diplomático, contribuindo para que nessa região a divisão entre refúgio e asilo (territorial ou diplomático) seja mais evidente.

A jurisprudência do TIADH é bastante desenvolvida no âmbito de proteção de pessoas migrantes, de forma que os direitos contidos na CADH também lhes sejam garantidos. Nesse contexto, temos a afirmação do direito de asilo e, conseqüentemente, proteção de indivíduos que migram por motivo de perseguição. Ao promover a proteção dos migrantes e pessoas vítimas de perseguição, a corte preza pela interdisciplinaridade existentes entre as três vertentes de proteção internacional da pessoa humana²²⁹, tendo se manifestado em diversas ocasiões o tribunal pela complementaridade entre o DIH, DIDH e o DIR – amplia-se, pois, a salvaguarda dos direitos dos indivíduos. Desse modo, aos refugiados, além dos direitos previstos no estatuto, são garantidos todos os demais direitos constantes na DADH, na CADH, entre outros. Por outro lado, garante-se a não devolução de pessoas em determinadas circunstâncias (principalmente em caso de risco de tortura) mesmo sem o reconhecimento da condição de refugiados – exemplos, portanto da relação entre as vertentes²³⁰.

No que diz respeito especificamente ao direito de asilo, o TIADH já se manifestou em diversos casos, tanto contenciosos, quanto por meio de opiniões consultivas, apresentando um entendimento sobre o assunto. Nesse contexto, serão apresentados o caso Família Tineo Pacheco vs. Bolívia, de 25 de novembro de 2013, bem como o Parecer Consultivo n.º 21, o qual trata dos direitos de crianças migrantes, de 19 de agosto de 2014, e o Parecer Consultivo n.º 28 que trata do direito de asilo diplomático, de 30 de maio de 2018.

²²⁹ GILBERTO, Camila Marques - A Proteção aos Refugiados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Reflexões a Partir do caso Pacheco Tineo. (dissertação de mestrado). Santos: Universidade Católica de Santos, 2016, p. 79.

²³⁰ GILBERTO, op. cit., p. 80

3.1 Família Tíneo Pacheco vs. Bolívia

O primeiro caso à nível interamericano a ser abordado trata-se do Família Tíneo Pacheco vs. Bolívia²³¹, no qual o TIADH se pronunciou acerca da violação do direito de refúgio dos demandantes que foram devolvidos ao país de origem, onde temiam ser perseguidos. Quanto aos fatos, o caso diz respeito a Rumaldo Pacheco e Fredesvinda Tíneo, nacionais do Peru, onde foram presos acusados de terrorismo, em 1990. Em 1995, foram liberados e se dirigiram a Bolívia, onde foram reconhecidos como refugiados. Três anos depois, os demandantes foram influenciados a assinar uma repatriação voluntária, porém dirigiram-se ao Chile, onde também se beneficiaram do estatuto dos refugiados.

Em 2001, a família decidiu regressar ao Peru para atualizar documentos e verificar se podiam regressar em definitivo para o seu país de origem. Ao chegar no Perú, a Família Tíneo Pacheco foi avisada por seu advogado que a condenação dos demandantes ainda produzia efeitos e que poderiam ser detidos a qualquer momento. Por esse motivo, a Família Tíneo Pacheco se dirigiu à Bolívia, onde ingressaram novamente, mas de forma irregular, tendo se apresentado ao serviço nacional de migração para regularizar a sua situação e informar sobre a sua intenção de transladarem para o Chile. Na oportunidade a Sra. Tíneo foi detida e posteriormente libertada. O serviço de migração determinou a expulsão da Família Tíneo Pacheco, decisão executada sem que fosse analisada novo pedido de refúgio interposto e sem levar em consideração a concessão anterior. Os demandantes foram entregues às autoridades peruanas, onde tiveram a sua liberdade cerceada por quatro meses. Por fim, regressaram ao Chile e ingressaram com pedido de responsabilidade do Estado boliviano por violação do direito de asilo e do princípio da não devolução, nos termos do art. 22.7 da CADH, junto à Comissão Interamericana, a qual, posteriormente encaminhou ao TIADH.

Destarte, a Corte se manifestou primeiramente quanto à expulsão de migrantes. O TIADH lembrou o seu entendimento quanto a necessidade de se coadunar as políticas migratórias, as quais são legítimas e representam o poder soberano dos Estados, com a garantia de direitos humanos consagrados na CADH. No que diz respeito, especificamente ao direito de asilo, destacou o respeito do princípio do *non refoulement* nos procedimentos de expulsão, que devem se dar de forma individual, avaliando as

²³¹ TIADH - Caso Família Pacheco Tíneo vs. Estado Plurinacional de Bolívia. Serie C n.º 272. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=376.

características pessoais do estrangeiro e o risco de a devolução importar em perseguição, ou risco à vida e à liberdade dos indivíduos.

Outrossim, o tribunal citou a existência de diversos diplomas regionais acerca do asilo, os quais chamou de “tradição latino-americana de asilo”, firmando o entendimento de um direito individual ao asilo, no qual encontra-se inserido o instituto universal do refúgio, conforme a Convenção de Genebra de 1951. Todavia, ao aplicar o direito no caso concreto, o tribunal se esquivou de analisar o preenchimento dos requisitos do estatuto dos refugiados pela Família Tíneo Pacheco, por entender ser da competência das autoridades nacionais. De acordo com a corte, a CADH não assegura o reconhecimento do refúgio aos indivíduos, mas determina que sua solicitação seja devidamente analisada e processada. Assim, concluiu pela violação da garantia do devido processo de solicitação de asilo, uma vez que as autoridades bolivianas não procederam com a devida cautela no tratamento da solicitação dos demandantes.

Em seguida, considerando o vício na análise de solicitação de refúgio, conseqüentemente, o TIADH entendeu que houve violação do princípio da não devolução, diante da inexistência de procedimento com vista a verificar se os demandantes sofreriam perseguição no país de origem. Isto posto, o TIAH condenou a Bolívia a reparar os danos causados às vítimas e que implantasse programas de capacitação dos funcionários do serviço de migração para aprimorar processamento das solicitações de refúgio no país.

O caso Família Tíneo Pacheco foi o primeiro caso contencioso em que o TIADH se manifestou acerca do direito de asilo. Apesar de não aplicar as disposições da Convenção de Genebra de 1951, a corte reconheceu a sua importância e garantiu a reparação das vítimas, contribuindo para o fortalecimento do direito de asilo, bem como com a proteção dos indivíduos na região interamericana.

3.2 Parecer Consultivo n.º 21

O segundo caso a ser apresentado trata-se de um Parecer Consultivo²³², no qual a corte é demandada a se manifestar acerca da interpretação e aplicação dos direitos contidos

²³² TIADH - Parecer Consultivo OC-21 de 19 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf

na Convenção Americana. No presente parecer Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai solicitaram que a corte se manifestasse sobre a infância migrante e as obrigações dos estados para garantir a proteção de crianças e adolescentes. Nesse contexto, estava inserido o direito de asilo, conforme previsto no art. 22.7 e 22.8 da CADH e art. 27 da DADH. Foram demandados nove questionamentos ao tribunal, dentre os quais dois estão relacionados ao direito de asilo. Primeiramente sobre os procedimentos a serem realizados para identificar a condição de asilo ou refúgio das crianças. Em seguida, sobre a possibilidade de devolução de crianças migrantes ao seu país de origem – o que pode confrontar com o princípio do *non refoulement*.

Em suas considerações o TIADH apontou que as crianças, seja sob a guarda de seus pais, seja desacompanhadas, se deslocam internacionalmente por razões ambientais, econômicas, reagrupamento familiar, bem como para fugir de perseguições e de ameaças a sua vida e segurança. Nesse contexto, é imperiosa a proteção internacional conferida pelos Estados ao estrangeiro, os quais muitas vezes encontra-se desamparado por seu Estado natal. Assim, apesar de inicialmente pensar-se no estatuto dos refugiados, o tribunal destacou a existência de diversas fontes de proteção, advindas das três vertentes, DIH, DIH e DIR, a saber:

“Deste modo, a expressão proteção internacional compreende: (a) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento nos convênios internacionais ou nas legislações internas; (b) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento na definição ampliada da Declaração de Cartagena; (c) a proteção recebida por qualquer estrangeiro com base nas obrigações internacionais de direitos humanos e, em particular, o princípio de não devolução e a denominada proteção complementar ou outras formas de proteção humanitária, e (d) a proteção recebida pelas pessoas apátridas de acordo com os instrumentos internacionais sobre a matéria.”²³³

Ademais, recordou que os estados são soberanos para estabelecer políticas migratórias, controle de entrada e saída de seu território, contudo estas devem ser implementadas em conformidade com a proteção de direitos humanos constante na CADH e demais diplomas internacionais a respeito do tema. Em se tratando de direito das crianças, faz-se necessário especial atenção dos Estados devido a sua condição de vulnerabilidade.

²³³ TIADH - Parecer Consultivo OC-21 de 19 de agosto de 2014. p. 4. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf

A corte ressaltou ainda o seu entendimento tanto da DADH quanto da CADH de um direito subjetivo de buscar e receber asilo, como uma característica primordial do sistema de proteção interamericano, seja conforme a Convenção de Genebra de 1951 e a garantia ampliada instituída pela Declaração de Cartagena, seja de acordo com os tratados regionais sobre a temática. Trata-se de um direito de todos os indivíduos, sendo destacado, nesse ínterim, a sua aplicação na proteção de crianças, previsto inclusive no art. 22 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989²³⁴, que consiste na possibilidade de solicitarem o asilo ou refúgio, não serem devolvidas ao país de origem e possam usufruir da proteção internacional, junto com sua família, caso estejam acompanhada.

Por essa razão, o tribunal recomendou que os Estados implementassem procedimentos de análise desde logo a chegada da criança, a fim de obter-se informações acerca da necessidade ou não de proteção internacional. Para tanto, estabeleceu-se alguns objetivos básicos a serem respeitados, como o tratamento em conformidade às demandas de uma criança, determinar a sua nacionalidade, o motivo que levou a sua saída e a adoção de medidas especiais de proteção, caso seja necessário. O TIADH estabeleceu também alguns aspetos a serem cumpridos para garantir o devido processamento dos migrantes, aplicáveis igualmente às solicitações de asilo ou refúgio. Assim, foi aconselhado a notificação e informação da criança, bem como que ela seja representada, mas ouvida e participe do processo. Especificamente às solicitações de asilo, dentre as recomendações da corte, destaca-se o tratamento prioritário no casos de crianças como solicitante principal, contar com profissionais preparados para o tratamento da criança, avaliando a sua saúde e entrevistando-a adequadamente, buscar a reunificação familiar quando possível, dentre outras medidas práticas.

²³⁴ “Artigo 22: 1. Os Estados Partes devem adotar medidas adequadas para assegurar que a criança que tenta obter a condição de refugiada, ou que seja considerada refugiada, de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, estando sozinha ou acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas para que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário com os quais os citados Estados estejam comprometidos.

2. Para tanto, os Estados Partes devem cooperar, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não governamentais que cooperam com as Nações Unidas, para proteger e ajudar a criança refugiada; e para localizar seus pais ou outros membros de sua família, buscando informações necessárias para que seja reintegrada à sua família. Caso não seja possível localizar nenhum dos pais ou dos membros da família, deverá ser concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança que esteja permanente ou temporariamente privada de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme estabelecido na presente Convenção.”

No que diz respeito ao princípio da não devolução, o tribunal reasentou a proibição de expulsar a criança para um Estado, onde existe o risco de violação do seu direito à vida, segurança, liberdade, ou por conta de perseguições, violência generalizada e violações massivas de direitos humanos – os últimos constituindo motivos para a concessão do estatuto dos refugiados. O Tribunal salientou ainda que, quando não aplicável em sede do direito de refúgio, o princípio da não devolução deve ser respeitado a fim de preservar direitos humanos em geral, como no caso da proteção à tratamentos degradantes e à tortura.

O presente parecer consultivo tratou da questão do asilo/refúgio de forma bastante prática. O TIADH não se manifestou de forma a interpretar os dispositivos dos diplomas internacionais para enquadrar a proteção da criança nesse contexto. Partindo da premissa do asilo como um direito individual, destinado inclusive as crianças, buscou estabelecer diretrizes concretas a serem seguidas pelos Estado, a fim de tornar efetiva e instrumentalizada a proteção conferida. Portanto, trata-se de uma jurisprudência da corte que contribui para o desenvolvimento do direito de asilo à nível regional interamericano. A corte, como instituição de referência e que se dirige a todos os países da Organização dos Estados Americanos, por meio desse parecer fomentou a harmonização dos procedimentos de asilo nacionais, atuação importante, tendo em vista que não há um paralelo da UE no continente americano, de sorte que o TIADH ao dirigir-se à prática do direito de asilo contribuiu para a proteção dos indivíduos na região.

3.3 Parecer Consultivo n.º 28

O terceiro caso trata-se de outro parecer consultivo²³⁵, no qual o Estado do Equador solicita que a corte se manifeste acerca da instituição do asilo, em suas diversas formas e o seu reconhecimento como um direito humano. Portanto, no presente o TIADH, interpretando o art. 22.7 da CADH e o art. 27 da DADH, manifestou-se expressamente acerca dos contornos do direito de asilo em sentido amplo, ressaltando a ambiguidade que permeia a sua conceituação e diferenciação constante tanto nas legislações nacionais, quanto nas internacionais.

²³⁵ TIADH – Parecer Consultivo OC-25/18, de 30 de maio de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_por.pdf

O tribunal classificou o direito de asilo em asilo em sentido estrito, o que a corte reconheceu como a “tradição latino-americana de asilo”, e no instituto do refúgio, conforme o estatuto da Convenção de Genebra de 1951, em combinação com a definição ampliada instituída pela Declaração de Cartagena 1984. O asilo em sentido estrito, por sua vez estaria dividido no asilo territorial e no asilo diplomático, esse último, por ocorrer ainda no território onde o solicitante sofre perseguição, apresenta implicações que lhe é própria.

Em seguida, o TIADH, passou à análise do direito de asilo à luz da CADH, a partir do art. 22.7 que trata do assunto²³⁶. Por meio de uma interpretação literal, sistemática, teleológica e evolutiva da presente disposição, a corte entendeu pela abrangência do direito de refúgio e do asilo territorial. Contudo, tendo em vista a expressão “em território estrangeiro”, o TIADH não estendeu o alcance do dispositivo ao asilo diplomático. Recorrendo aos trabalhos preparatórios tanto da CADH quanto da DADH, o tribunal chegou a conclusão que os Estados deliberadamente resolveram excluir o asilo diplomático do sistema de proteção interamericano, mantendo a sua regulação por meio das convenções regionais específicas ao tema, mantendo o entendimento do asilo diplomático como uma prerrogativa estatal, um direito do Estado, no exercício de sua soberania. Dessa forma, evidenciou-se que não existe consenso a respeito de um direito individual ao recebimento do asilo diplomático, o qual, em alguns casos quando solicitado, é resolvido por negociações diplomáticas sem que haja formalização do instituto.

Apesar de concluir que essa modalidade de asilo não se encontra protegida pela DADH e CADH, o TIADH o conceitua como uma prática humanitária que visa proteger direitos fundamentais da pessoa humana diante de uma ameaça iminente. Trata-se, portanto, de um instituto regido pelas convenções regionais de caráter intraestatal e de suas legislações internas a respeito do asilo diplomático. Malgrado a exclusão do asilo diplomático do sistema interamericano de proteção, a corte ressaltou a aplicação extraterritorial das disposições da CADH quando a missão diplomática de um Estado parte exerce sua jurisdição, ou autoridade, sobre uma pessoa - nesse caso, obrigações constantes na convenção regional devem ser aplicadas. Dentre elas, a corte destacou que

²³⁶ “Artigo 22. Direito de circulação e de residência (...)

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.”

apesar de não fazer parte diretamente do sistema interamericano, os Estados devem respeitar o princípio da não devolução, o qual deve ser aplicado mesmo que o solicitante de asilo se encontre ainda em seu Estado de origem, mas em sede de uma legação, aeronave, navio estrangeiro. Nesse caso, o TIADH pode realizar o controle jurisdicional, mesmo não adentrando diretamente ao mérito do direito de asilo diplomático.

Assim sendo, verifica-se que o direito de asilo é aplicado pelo TIADH, o que contribuiu para a sua consolidação na região interamericana, bem como fortalece a personalidade jurídica do indivíduo e a sua proteção para além do espaço interno dos Estados. Contudo, vislumbra-se ainda certa timidez da jurisprudência interamericana em analisar o mérito do direito de asilo, mesmo este estando expressamente previsto na CADH. Nesse sentido, apesar de ressaltar a existência de uma “tradição latino-americana do asilo”, excluiu o asilo diplomático do sistema interamericano de direitos humanos – o que compromete a sua efetividade, mesmo garantindo certa proteção indireta. Portanto, diante da ambiguidade que permeia a temática e os interesses em jogo, precipuamente a conciliação entre soberania e a proteção da pessoa humana, o TIADH apresentou uma resposta que ainda deixa lacunas e questionamentos, o que preocupa e pode obstaculizar a proteção conferida pelo direito de asilo.

CONCLUSÕES

Conforme inicialmente apresentado, a personalidade jurídica internacional trata-se da aptidão para ser titular de direitos e obrigações, reconhecidos pelo ordenamento jurídico internacional. Os sujeitos de direito internacional são aqueles que detêm essa personalidade e a manifesta das mais diversas formas, seja pela capacidade de criar normas, de ser destinatário delas, de questioná-las ou fazer valer o seu cumprimento em jurisdições internacionais. Paulatinamente, os indivíduos foram ganhando espaço em meio a um cenário internacional centrado na figura do Estado, deixando de ser mero objeto das relações interestatais e conquistando garantias e deveres para além do âmbito interno de onde é nacional. Historicamente, as três vertentes de proteção da pessoa humana foram determinantes para a ascensão do indivíduo como sujeito de direito internacional, pois o DIH, o DIDH e o DIR atribuíram uma série de direitos aos indivíduos, alguns constituindo normas de direito internacional inderrogáveis, bem como possibilitaram o acesso à cortes internacionais para garantir a sua efetivação e respeito.

Diante do exposto, direcionou-se o estudo aos contributos do direito de asilo em sentido amplo, o qual abarca o asilo em sentido estrito e o DIR, para a fundamentação da personalidade jurídica internacional do indivíduo. Ambos tratam de uma proteção especial, conferida pelo ordenamento jurídico internacional, que se foca nas pessoas que não podem recorrer à proteção do seu próprio Estado, pelo contrário, são perseguidas e obrigadas a abandonar o seu local de origem. Para tanto, buscou-se distinguir suas duas modalidades, analisando as particularidades de cada uma. Constatou-se que o direito de asilo em sentido estrito, desenvolveu-se no continente latino-americano, dirige-se a perseguições de cunho político e subdivide-se em asilo territorial e diplomático – no primeiro o indivíduo se encontra no Estado onde requer proteção, no segundo, o solicitante encontra-se ainda no local onde sofre perseguição, mas é acolhido em missão diplomática, navio, ou aeronave do Estado onde busca proteção. Já o direito de refúgio originou-se a partir do sistema universal de proteção, que se desenvolve sob os auspícios da ONU e dos seus organismos, dentre os quais destaca-se o ACNUR, especializado na proteção de refugiados, sendo complementado pelos sistemas de proteção regionais, comunitários e internos. O direito dos refugiados, no que lhe concerne, dirige-se à proteção de pessoa vítimas de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social e opinião política.

Da normativa do direito de asilo em sentido amplo advém um importante princípio que compõe o *jus cogens*³¹⁴, isto é, o princípio do *non refoulement*, o qual veda a devolução do solicitante de proteção para o país onde possa vir a sofrer perseguição. Trata-se de um preceito de grande importância, originado do direito de refúgio, mas integrado ao asilo em sentido estrito, cujo potencial protetivo é tamanho que também foi estendido às outras vertentes de proteção. O princípio da não devolução mostra-se como uma importante restrição da soberania estatal, em favor da proteção da pessoa humana, posto que o exercício legítimo do direito dos Estados em acolher ou expulsar um estrangeiro de seu território, passa a ser limitado, considerando a situação individual deste, caso se trate de um solicitante de asilo/refúgio, ou sofrerá perseguição, tratamento desumano ou tortura em seu país de origem.

Todavia, apesar de semelhantes, os institutos possuem especificidades que influem diretamente na proteção conferida, na efetividade desta e, consequentemente, na afirmação do indivíduo como um sujeito de direito internacional. Vislumbrou-se que o direito de asilo em sentido estrito é impregnado por uma concepção estado-centrista, sendo considerado como um direito do Estado, garantido ao indivíduo apenas a possibilidade de requerê-lo e usufruí-lo, caso seja do desígnio do ente estatal. Na região interamericana, onde mais se desenvolveu o instituto, tendo o TIADH inúmeras vezes exaltado a chamada “tradição latino-americana do asilo”, nota-se o reflexo dessa proteção restrita a uma soberania estatal mais rígida. Do Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideu, de 1889, à CADH, de 1969, temos diversas normas regionais que consagram o asilo diplomático e o asilo territorial, mas sempre evidenciando a discricionariedade do Estado em concedê-lo, em qualificar o crime político que motiva a solicitação, bem como em estabelecer internamente o seu procedimento e os direitos derivados da proteção conferida. A proteção da vítima de perseguição era tratada como uma benevolência do Estado que a concede conforme seus interesses e nem precisa justificar a sua denegação.

A partir da CADH desponta, conforme posição do TIADH, o entendimento de um direito individual ao asilo, correspondendo a um dever do Estado em garanti-lo. Porém a própria jurisprudência do TIADH revela que na prática o Estado está obrigado a receber as solicitações de asilo e processá-las observando certas garantias – como o devido processo legal, possibilidade de recurso das decisões administrativas, direito à

³¹⁴ RODRIGUES, 2017, op. cit., p.106; PIOVESAN, op. cit., p. 135;

informação, dentre outras – mas não está necessariamente obrigado a conceder o asilo territorial ou diplomático, ainda ficando este ao critério dos seus interesses. Deve-se destacar ainda, que no Parecer Opinativo n.º 28, de 2018, o TIADH posiciona-se quanto à não abrangência do asilo diplomático pelo sistema de proteção interamericano, justificando-se na escolha deliberada dos Estados em resguardar a sua soberania. Em suma, trata-se de um instituto tipicamente latino-americano que não é passível de controle pela corte regional de proteção de direitos humanos. Dessa forma, a efetividade da proteção do direito de asilo em sentido estrito é prejudicada pela demasiada discricionariedade dos Estados, conseqüentemente resta enfraquecida a sua contribuição para a afirmação da personalidade jurídica internacional do indivíduo.

No que diz respeito ao direito de refúgio, observou-se que desde os seus primórdios já existia o interesse em reconhecer o indivíduo como um sujeito de direito internacional ao lhe conferir um estatuto próprio, garantindo uma proteção internacional àqueles que não podiam contar com o seu país de origem. Nesse contexto, merece destaque a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra em 1951, da qual decorreram inúmeras contribuições para o desenvolvimento da matéria ao estabelecer um conceito determinado, indicar o conteúdo da proteção³¹⁵, positivizar o princípio da não devolução, vedar sanções por entrada irregular, dentre outras garantias. Dessa forma, o ordenamento jurídico internacional conferiu às vítimas de perseguição, por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social e opinião política, diversos direitos derivados da condição de refugiado, fortalecendo a personalidade jurídica internacional da pessoa humana.

O direito de refúgio estabelecido pela Convenção de Genebra, de 1951, a partir das diretrizes firmadas pelo sistema universal, passou a ser desenvolvido pelas demais redes de proteção de direitos humanos. No continente americano, por exemplo, o estatuto foi estendido às vítimas de violação maciça de direitos humanos, conforme Declaração de Cartagena de 1984. No continente europeu, deve-se salientar que ao nível regional a CEDH não faz menção expressa a um direito de asilo (tanto em sentido estrito, quanto ao

³¹⁵ A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados não apenas determinou a proteção das vítimas de perseguição, mas também traçou diretrizes mínimas a serem seguidas, com a salvaguarda de diversos direitos como liberdade religiosa, não discriminação, direito de associação, propriedade, exercício de profissão, educação primária, além de garantias processuais e medidas administrativas, por exemplo, documentação, liberdade de movimentação, dentre outras. O diploma estabeleceu uma ampla proteção a nível internacional deixando aos Estados e demais sistemas de proteção a complementação e implementação de suas disposições.

refúgio), pelo que a proteção de vítimas de perseguição é realizada de modo indireto pelos demais dispositivos da convenção, com ênfase no seu art. 3.º, art. 8.º e o art. 13.³¹⁶. Nesse sentido, o TEDH já reconheceu em inúmeras ocasiões o direito de refúgio nos termos da Convenção de Genebra de 1951 (considerando que todos os países europeus assinaram o documento), firmando proteção mais ampla quanto ao princípio da não devolução, lhe conferindo caráter absoluto quando existir o risco de o indivíduo ser submetido à tortura caso seja devolvido ao país de origem. Apesar da forte atuação do TEDH na defesa das vítimas de perseguição, esta é limitada por não haver previsão expressa do instituto do asilo na CEDH.

Ainda no continente europeu, merece destaque os contributos do SECA, instituído no seio da União Europeia³¹⁷, para o fortalecimento do instituto do refúgio na região, bem como da personalidade internacional do indivíduo. A princípio, a normativa fora criada a partir do viés da contenção migratória, com normas garantindo o mínimo previsto pela Convenção de Genebra e as hipóteses de limitação dos direitos previstos. Mesmo ainda existindo grande preocupação com a questão migratória, progressivamente o direito de refúgio foi sendo desenvolvido pelo direito comunitário/da União Europeia, internalizando e completando o conceito de refugiado, criando novos institutos a fim de abranger mais indivíduos, especificando o conteúdo da proteção e os direitos dela derivados. Ademais, o processo de harmonização das normas relacionadas ao refúgio contribuiu para maior segurança jurídica na análise das solicitações, favorecendo tanto os requerentes quanto aos Estados. O SECA possibilitou ainda que o TJUE adentrasse ao mérito do direito de refúgio e controlasse a aplicação do instituto pelos Estados-Membros, de modo a garantir a sua eficácia – ressaltando-se que os indivíduos possuem acesso, mais ou menos facilitado, tanto ao TJUE, quanto ao TEDH e TIADH, o que permite a manifestação de sua personalidade jurídica para reclamar os direitos que lhes são conferidos.

Por todo o exposto, pode-se concluir que o direito de asilo, principalmente em sua modalidade de refúgio, com base nas normativas de âmbito universal e regionais europeia e interamericana, constitui importante fundamento da personalidade jurídica

³¹⁶ Na jurisprudência do TEDH a proteção às vítimas de perseguição é normalmente assegurada com base na vedação a tratamento desumano e tortura (art. 3.º), no respeito à vida privada e familiar (art. 8.º), bem como no direito a um recurso efetivo (art. 3.º).

³¹⁷ No continente americano, o MERCOSUL ainda não conquistou nível de integração suficiente para estabelecer um sistema comum de asilo e contribuir para a normativa em análise, apesar de existir tal intenção. Desse modo, a UE serve como modelo a ser seguido pelos demais blocos do globo.

internacional do indivíduo ao lhe garantir uma proteção internacional, com uma série de direitos que podem ser reclamados em instâncias internacionais. Todavia, é preciso atentar-se para a efetividade do instituto, o qual por vezes é limitado com vista a preservar a soberania dos Estados (e seus diversos interesses, sejam económicos, sejam de segurança). Não se pode negar que o direito de asilo influi em diversos aspetos da atividade estatal, porém, por muito complexo e desafiante que seja em múltiplos fatores, tudo deve ser conciliado de modo a assegurar o cumprimento das obrigações internacionais e a proteção de pessoas vítimas de perseguição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1 Livros, capítulo de livros e artigos³¹⁸:

ACNUR - Manual De Procedimentos E Critérios Para A Determinação Da Condição De Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, 2011, p. 21.

ALVEZ, Dora Resende – O sistema Institucional, jurídico e jurisdicional da União Europeia. XXXI Curso de Preparação para o Exame de Admissão ao Centro de Estudos Judiciários 2019-2020. Porto: Universidade Portucalense, 2019, p. 41. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/2918>. Acesso em: 22 set. 2020.

AMORIM, André Ricci de – O direito de Asilo: uma perspectiva da União Europeia sobre um fenómeno global. (dissertação de mestrado). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/84023>. Acesso em: 14 out 2020.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de – Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional dos status de refugiado. Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 12, n. 2, p. 63-76, jul./dez. Brasília. 2014.

BIJOS, Leila – O Direito Internacional E O Refúgio Político. Revista CEJ. Ano XVII, n. 61, set./dez. Brasília: 2013 p. 17-26. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/2997/2486>. Acesso em: 14 out 2020.

BORDA, Aldo Zammit – Introduction to International Humanitarian Law. Commonwealth Law Bulletin, vol. 34, no. 4, December 2008, p. 739-748.

BROWNLIE, Ian – Princípios de Direito Internacional Público. ed. 4. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto – Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século. IN: PINHEIRO, Paulo Sergio, et al. (org). Direitos humanos no século XXI. IPRI. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/253-Direitos_Humanos_no_Seculo_XXI_-_Parte_I.pdf. Acesso em: 14 out 2020.

³¹⁸ Devido à pandemia do corona vírus e as condições sanitárias impostas em decorrência desta, restou limitado o acesso à bibliografia a respeito do tema e em alguns casos não foi possível a consulta da última edição das obras utilizadas.

_____. Sistema Internacional de proteção dos direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Visão Integral dos Direitos Humanos. Porto Alegre, 1997, p. 304-340.

_____. Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados: aproximações ou convergências. San José: IIDH, 2015.

_____. – Reflexões Sobre a Personalidade Jurídica Internacional dos Indivíduos. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas n.º 38 e 39. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 2012, pp. 87-141. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista38e39/revista38e39%20ANT%C3%94NIO%20AUGUSTO%20CAN%C3%87ADO%20TRINDADE%20Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20personalidade%20jur%C3%ADdica%20internacional%20dos%20indiv%C3%ADduos.pdf>. Acesso em: 14 out 2020.

CARREIRA, José Manuel Silva – O Direito Humanitário, As Regras De Empenhamento E A Condução Das Operações Militares. Cadernos Navais. 11/Out.-Dez. Lisboa: Comissão Cultural da Marinha, 2004. Disponível em: https://www.marinha.pt/pt/a-marinha/estudos-e-reflexoes/cadernos-navais/Documents/cadernos_navais_n11_outubro_dezembro_2004.pdf. Acesso em: 14 out 2020.

CARRERA, Sergio; CORTINOVIS, Roberto - The EU's Role in Implementing the UN Global Compact on Refugees Contained Mobility vs. International Protection. CEPS Paper in Liberty and Security. Bruxelas: 2018.

CHEREM, Mónica Teresa Costa Sousa – Direito internacional humanitário. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Santa Catarina: 2002.

CIERCO. Teresa – A Instituição de Asilo na União Europeia. Coimbra: Almedina, 2010.

COSTA, Paulo Manuel Abreu da Silva – A protecção dos estrangeiros pela convenção europeia dos direitos do homem perante processos de asilo expulsão e extradição. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. A.60, n.º 1 (Janeiro 2000), pp. 497-541.

CULPI, Ludmila A – A Evolução da Política Migratória no Mercosul entre 1991 e 2014. Conjuntura Global, vol. 4 n.3, set./dez., 2015, pp. 424-437. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/view/45387>. Acesso em: 14 out 2020.

DE PAULA, Vera Cecília Abagge; PRONER, Carol – Convergência E Complementaridade Entre As Vertentes De Proteção Internacional Dos Direitos Humanos. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, n. 48. Curitiba: 2008, pp.219-241.

DEL'OMO, Florisbal de Souza – Asilo Diplomático E Refúgio: Especificidades, Semelhanças E Um Breve Estudo De Casos. IN: SILVEIRA; SILVA; ANGELIN (cord.). D598 Direito Internacional. Florianópolis: CONPEDI, 2014. pp. 156-179. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9831384e2ed3938f>. Acesso em: 14 out 2020.

DEFEIS, Elizabeth F. – Universal Declaration of Human Rights: A Standard for States. Seton Hall Legislative Journal, vol. 28, no. 2, 2004, p. 259-280.

DOMAGALA, Przemyslaw – The Migration Crisis in the Case Law of the ECHR - Some Remarks on the Obligations of Countries to Refugees and Immigrants. Polish Review of International and European Law 7, no. 2 . 2018 pp. 173-194.

DOMINGOS, Clara Alexandra Pais – A proteção Subsidiária na Nova Lei do Asilo – O Sentido e Alcance da Figura. (dissertação de Mestrado). Braga: Universidade do Minho, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/41172>. Acesso em: 14 out 2020.

FREITAS, Tiago Fidalgo; QUAIROZ, Benedita Menezes; ESPERANÇA, Beatriz - O Conceito De Refugiado Nos Ordenamentos Jurídicos Internacional, Europeu E Português In: DAVID, Sofia (org.). O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária. Centro de Estudo Judiciários: Lisboa, 2006.p. 131.

GUERRA, Sidney – A proteção Internacional da pessoa humana e a consolidação do direito internacional dos direitos humanos. Anais do XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte. p. 940 Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/sidney_guerra.pdf. Acesso em: 14 Out 2020.

GILBERTO, Camila Marques - A Proteção aos Refugiados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Reflexões a Partir do caso Pacheco Tineo. (dissertação de mestrado). Santos: Universidade Católica de Santos, 2016. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br:8181/handle/tede/3301>. Acesso em: 14 out 2020.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – Manual de Direito Internacional Público. Ed. 3. Coimbra: Almedina, 2008.

HATHAWAY, James C. – The Evolution of Refugee Status in International Law: 1922-1950. *Int'l & Comp LQ* 348. 1984, p. 349-350.

JUBILUT, Liliana Lyra – O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento brasileiro. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 14 out 2020.

LOUREIRO, Dominique André – O Sistema Europeu Comum de Asilo: a consagração da união ou o pomo da discórdia? (dissertação de mestrado). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/85759>. Acesso em: 14 out 2020.

MARQUES, Mario Reis – A protecção internacional dos direitos humanos: dos sistemas regionais ao intento global da ONU. *Boletim de Ciências Económicas*. Vol. LVII. Tomo II. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, pp. 2005-2058. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/39780>. Acesso em: 19 jun. 2020.

MAGALLANES, Catalina - La Ambigüedad En El Uso Terminológico Del Asilo Y Refugio En La Región De América Latina Y El Caribe. *Rev. secr. Trib. perm. revis.* Año 7, Nº 13; Marzo 2019; pp. 137-162.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira – Curso de direito internacional público. Ed. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORENO-LAX, Violeta - *Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control*. *Human Rights Law Review* 12. n.º 3. 2012: 574-598.
NICOLAU, Paola Cristina – Harmonização de normas e procedimentos de refúgio no Mercosul. (dissertação de mestrado). Dourados: Universidade Federal da Grande Dourados.

NICOLAU, Paola Cristina – Harmonização de normas e procedimentos de refúgio no Mercosul. (dissertação de mestrado). Dourados: Universidade Federal da Grande Dourados, p. 16.

OLIVEIRA, Sofia Pinto. Introdução ao direito de asilo. In: DAVID, Sofia (org.). *O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária*. Centro de Estudo Judiciários: Lisboa, 2016.

ORAA, Jaime Orará; IZA, Felipe Gómez – La Declaration Universal de los Derechos Humanos: Un breve comentário en su 50 aniversário. Bilbao: Forum Deutso, 1997.

PICTET, Jean – La formation du droit international humanitaire. *International Review of Red Cross*, vol. 84, no. 846, June. 2002, pp. 321-344.

PIOVESAN, Flávia – Temas de direitos humanos. Ed. 5. São Paulo: Saraiva 2012, p. 28.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – Direito Internacional Público e Privado. Ed. 7. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMOS, André Carvalho – Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. IN: RAMOS; RODRIGUES; ALMEIDA (org.) – 60 anos do ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

RODRIGUES, José Noronha – Anais de Direito de Asilo. CEEAplA WP No. 12/2008. Ilha da madeira, 2008. Disponível em: <https://repositorio.uac.pt/bitstream/10400.3/4809/1/Paper12-2008.pdf>. Acesso em 14 out 2020.

_____ A História do direito de asilo no direito internacional. In: DAVID, Sofia (org.). O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária. Centro de Estudo Judiciários: 2016.

_____ O instituto do asilo no direito internacional. IN: DAVID, Sofia, et. al. - O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária. Ed. 2. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017.

QUEIROZ, Cristina M.M – A proteção Internacional dos Direitos do Homem. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. A 10. Porto: 2013, p. 77-109.

REZEK, José Francisco – Direito internacional público. Ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Gabriel Cremer dos – Sistema de proteção aos refugiados e Mercosul: análise de conformidade legislativa e compromissos conjuntos. (dissertação de mestrado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2020. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=78445&idprograma=40001016017P3&anobase=2020&idtc=160>. Acesso em: 14 out 2020.

SHAW, Malcolm N – International Law. Ed. 8. New York: Cambridge University Press, 2017.

SWINARSKI, Christophe – O Direito Internacional Humanitário Como Sistema De Proteção Internacional Da Pessoa Humana. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 4, p. 33-48, dez. 2003. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/5>>. Acesso em: 19 maio 2020.

TINE, Martin Pascal Famara – La situation juridique de l'individu dans le contentieux international: Analyse d'un mode de traitement du sujet interne par le droit international. (These de doctorat). Toulouse :Université de Toulouse, 2014. Disponível em : <http://www.theses.fr/2014TOU10070>. Acesso em 14 out 2020.

UNITED NATIONS. HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Global Trends Forced Displacement in 2019. UNHRC, 2020.

2 Instrumentos normativos (em ordem cronológica)

Sistema Universal

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas em São Francisco. 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 20 jul 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 21 jul 2020.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Conferência das Nações Unidas em Genebra. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 21 jul 2020.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O ASILO TERRITORIAL. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução n.º 2312 (XXII). 1967. Disponível em: <https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24587/declaracao-sobre-asilo-territorial>. Acesso em: 10 ago 2020.

Sistema Regional Europeu

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 10 ago 2020.

Sistema Regional Interamericano

CONVENÇÃO DE HAVANA DE 1928. Havana. 1928. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>. Acesso em: 10 ago 2020.

CONVENÇÃO SOBRE ASILO POLÍTICO. Sétima Conferencia Internacional Americana. Montevideu. 1933. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm. Acesso em: 10 ago 2020.

TRATADO SOBRE ASILO E REFÚGIO POLÍTICO DE MONTEVIDEU. Montevideu. 1939. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratado_sobre_asilo_y_refugio_politico_montevidео_1939.pdf. Acesso em: 22 ago 2020.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. 1948. IX Conferência Internacional Americana. Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 20 ago 2020.

CONVENÇÃO SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO. Caracas. 1954. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42628.htm. Acesso em: 10 ago 2020.

CONVENÇÃO SOBRE ASILO TERRITORIAL. Caracas 1954. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55929.htm. Acesso em: 10 ago 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica. Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos. San Jose. 1969. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em: 10 ago 2020.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA DE 1984. Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, Mexico e Panamá: Problemas jurídicos e humanitários. Caratgena. 1984. Disponível em: <https://direito3c.files.wordpress.com/2013/03/declaracao-de-cartagena-1984.pdf>. Acesso em: 10 ago 2020.

DECLARAÇÃO DE SAN JOSE SOBRE REFUGIADOS E PESSOAS DESLOCADAS. Colóquio Internacional em Comemoração do Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados. San Jose. 1994. Disponível em: <https://direito3c.files.wordpress.com/2013/03/declarac3a7c3a3o-de-san-jose-1994.pdf>. Acesso em: 10 ago 2020.

DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO MÉXICO PARA FORTALECER A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA AMÉRICA LATINA. Adotada durante a Reunião Comemorativa do Vigésimo Aniversário da Declaração de

Cartagena sobre Refugiados. Cidade do México. 2004. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico.pdf. Acesso em: 10 ago 2020.

Direito da União Europeia

TRATADO DE MAASTRICHT. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>. Acesso em: 13 out 2020.

DIRETIVA 2001/55/CE. Conselho Europeu. 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0055>. Acesso em: 20 ago 2020.

DIRETIVA 2003/9/CE. Conselho Europeu. 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0009>. Acesso em: 20 ago 2020.

DIRETIVA 2004/83/CE. Conselho Europeu. 2004. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=RO>. Acesso em: 20 ago 2020.

DIRETIVA 2005/85/CE. Conselho Europeu. 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:PT:PDF>. Acesso em: 20 ago 2020.

TRATADO DE LISBOA. 2007. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 20 ago 2020.

Documentos firmados no âmbito do Mercosul

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO MERCOSUL SOBRE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS. Fortaleza. Reunião de Ministros de Interior do MERCOSUL e Estados Associados. 2012.

Outros

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Carta de Banjul. Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana. Banjul. 1981. Adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Unidade Africana, em Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 10 ago 2020.

3. Jurisprudência

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TEDH – Chahal vs. Reino Unido, n.º 22414/93, de 15 de novembro de 1996. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b69920.pdf>. Acesso em: 15 set 2020.

TEDH – Hirsi Jamaa e outros vs. Itália, de 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>. Acesso em: 15 set 2020.

Tribunal de Justiça da União Europeia

TJUE - Processo C-31/09, Nawras Bolbol contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (Hungria), Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de junho de 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62009CJ0031>. Acesso em: 15 set 2020.

TJUE - Processos apensos C-411/10 e C-493/10, N. S. (C-411/10) contra Secretary of State for the Home Department e M. E. e outros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform (Reino Unido). Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 21 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0411>. Acesso em: 15 set 2020.

TJUE, Processos apensos C-199/12 a C-201/12, Minister voor Immigratie en Asiel contra X (C-199/12) e Y (C-200/12) e Z contra Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12) (Países Baixos). Ac. do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 07 de novembro de 2013. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-199/12&language=PT>. Acesso em: 15 set 2020.

Tribunal Interamericano de Direitos Humanos

TIADH - Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia. Serie C n.º 272. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=376. Acesso em: 15 set 2020.

TIADH - Parecer Consultivo OC-21 de 19 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 15 set 2020.

TIADH - Parecer Consultivo OC-21 de 19 de agosto de 2014. p. 4. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 15 set 2020.