

A CONTROVERSA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO REFÚGIO: REFLEXÕES SOBRE CONCEITOS POSITIVADOS E INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA

Henrique Gentil Oliveira¹

OLIVEIRA, H. G. A controversa definição jurídica do refúgio: reflexões sobre conceitos positivados e interpretação contemporânea. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR.** Umarama. v. 20, n. 1, p. 101-118. jan./jun. 2017.

RESUMO: O conceito originário de refugiado foi delimitado pelo artigo 1º da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de modo conscientemente insuficiente, e tal delimitação formal ainda perdura no sistema global de proteção aos direitos humanos. A aplicação sem temperamentos do instituto pode ensejar flagrantes injustiças, na medida em que a letra fria da convenção não contempla a realidade da maior parte dos deslocados do século XXI. O artigo analisará detidamente tal definição, contrastando-a com as veiculadas em outros instrumentos e propondo modo de interpretação para contextualizá-la aos problemas atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Definição; Direitos humanos; Interpretação; Refúgio.

1 INTRODUÇÃO

Após a virada do milênio, o mundo assistiu a súbita ampliação do número de pessoas deslocadas. Conflitos e desastres na Síria, Afeganistão, Haiti, Sudão, Somália, Nigéria, Angola, Congo e Colômbia impulsionaram o total dos que se viram forçados a abandonar suas pátrias para o patamar de 60 milhões², maior cifra contabilizada desde a Segunda Guerra, instalando uma crise sem precedentes na Idade Contemporânea.

Nos três últimos anos, a encruzilhada foi ampliada com o crescente quantitativo de sírios que buscam entrar no continente europeu por seu Leste e dos nigerianos que avançam para o vizinho Chade, fugindo das atrocidades cometidas pela organização terrorista *Boko Haram*. O panorama desafia os membros das Nações Unidas a afinarem seu diálogo político, sendo pouquíssimos os Estados que se dispõem a hospedarem refugiados massivamente, merecendo referência inicialmente positiva a Turquia, o Paquistão, a Jordânia e o Quênia.

DOI: 10.25110/rcjs.v20i1.2017.6735

¹Procurador da República do Ministério Público Federal.

²Relatório do ACNUR publicado em 18 de junho de 2015. Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

Para os deslocados, a perspectiva atual é de absoluto desalento. A imagem emblemática da crise, que despertou o mundo para a problemática - a foto do corpo de Alan Kurdi, menino de três anos, prostrado nas areias frias de uma praia turca -, ilustra como nenhuma outra a indiferença que lhes é comumente reservada na busca por uma vida melhor.

A política das Organizações Unidas para os refugiados está longe de ter um desfecho exitoso. E, se para conferir tal *status* aos deslocados, os Estados utilizarem friamente o conceito clássico de refugiado pela Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, o fracasso será certo, pois a maior parte dos que atualmente integram fluxo migratório não se enquadram naquela definição. E, assim sendo, estarão alheios ao correspondente conjunto de regras protetivas, inclusive não se lhes aplicando o princípio do *non-refoulement*.

O conceito de refúgio está em pauta, e a adequada aceção da extensão do instituto pode fazer a diferença na vida de milhões de pessoas.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES DO REFÚGIO

A migração é um traço marcante do comportamento humano desde sempre. O desejo de mudar é companheiro constante de nossa espécie, seja para buscar sobrevivência em outros pontos do globo, incrementar a qualidade de vida, colonizar novos territórios, explorar fronteiras, ampliar os horizontes científicos, acumular riquezas, conquistar novos povos para, posteriormente explorá-los, traficar escravos, prestar socorro humanitário, transportar drogas e armas, ou seja, simplesmente, para realizar atividades de cultura e lazer.

O traslado forçado de grupos de pessoas que, por determinado motivo, se identificam entre si e a necessidade de conferir proteção a elas em terras desconhecidas também não são novidades. Sobre a ocorrência do fenômeno em épocas remotas, versa Barreto (2003, p. 201):

O refúgio é tão antigo quanto a humanidade. Em princípio, beneficiava criminosos comuns, já que eventual proteção a dissidentes políticos de regimes imperialistas constituiria ato de afronta entre as Nações. Os crimes políticos eram considerados mais graves do que os comuns, já que consistiam em atos contrários aos regimes e aos soberanos.

Na Idade Média, do século XIII ao XV, em virtude da ampliação europeia do reino unificado de Castela e Aragão, o povo judeu foi expulso da Inglaterra, da França, da Espanha e de Portugal, assentando-se em outros países

européus e no norte da África. Somente na parte final do século XV, mais de trezentos mil foram deslocados, contra sua vontade, para a Itália, a Turquia e para os Países Baixos (JUBILUT, 2007, p.23).

No século XVII, as guerras religiosas que ocorreram na França, entremeadas por fortes contextos de perseguição político-ideológica, ensejaram o deslocamento forçado de cerca de trezentos mil integrantes de comunidades protestantes, que foram acolhidos em outros países europeus e nos Estados Unidos. A proteção conferida por Estados estrangeiros na ocasião é o antecedente histórico mais marcante do instituto que, alguns séculos depois, seria batizado como refúgio.

Com o repensar do papel dos Estados e do conceito de igualdade que sobreveio à Revolução Francesa, iniciou-se a aplicação, de certa forma organizada, dos institutos de asilo e refúgio para os que cometiam crimes políticos e de opinião.

No entanto, somente no início do século XX, quando já encerrada a primeira grande guerra e instalada a Liga das Nações, foi que a migração forçada passou a ser reputada como uma questão a ser tratada globalmente e de modo cooperativo entre os Estados. O incidente que fez com que os olhos das lideranças mundiais se voltassem para o tema foi o massacrante período de fome que afetou a Rússia depois da Revolução Bolchevique, ocasionando o êxodo de dois milhões de pessoas (JUBILUT, 2007, p. 25).

Durante essa crise, que se desenrolou na década de 20, a Liga das Nações prestou socorro humanitário aos refugiados russos, conseguindo o acolhimento de cerca de sessenta mil deles em outros Estados. Esse feito foi precedido de duras rodadas de negociação pelo corpo diplomático da entidade. Um dos entraves mais significativos foi definir a condição jurídica do refugiado e destinar recursos suficientes para amparar as necessidades deles.

A Segunda Guerra elevou o problema da migração forçada a patamares nunca antes imaginados, estimando-se que o total de refugiados, ao final do conflito, ultrapassou a casa dos cinquenta milhões, uma catástrofe humanitária que tornou inevitável que o assunto fosse tratado em perspectiva global, em instrumento internacional que o definisse juridicamente e impusesse deveres aos Estados que o acatassem (ANDRADE, 2005, p. 72).

1.2 DA DEFINIÇÃO JURÍDICA ORIGINAL DE REFÚGIO

Em 1946, logo na sequência da Segunda Guerra, a então recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) editou alguns princípios que deveriam reger as relações dos Estados com os refugiados³:

³Note-se que a ONU teve a preocupação de, logo após declarar a amplitude da celeuma, já afirmar

- 1- O problema dos refugiados tem alcance e caráter internacional;
- 2- Não se deve obrigar o regresso ao país de origem aos refugiados que expressarem objeções válidas ao retorno;
- 3- Um órgão internacional deveria ocupar-se do futuro dos refugiados e pessoas deslocadas;
- 4- A tarefa principal consistiria em estimular o pronto retorno dos refugiados a seus países e ajudá-los por todos os meios possíveis (BARRETO, 2003, p. 203).

Em 1951, três anos depois de editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi aprovado o primeiro instrumento solene da ONU sobre a questão, qual seja, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados. Segundo Piovesan (2009, p. 123-124), esse instrumento “constitui a carta magna que define esse caráter universal a condição de refugiado, dispondo sobre seus direitos e deveres”.

Malgrado alguns dos aspectos desse tratado serem alvo de críticas, como a própria definição de refúgio, não se pode deixar de reconhecer que ele representou um grande avanço. Trata-se do primeiro documento a versar sobre a condição geral do refugiado, delimitando seus direitos e seus deveres. Os anteriores se referiam a grupos específicos de refugiados, como russos, armênios e alemães, sendo editados, posteriormente ao surgimento das massas de deslocados (RAMOS, 2011, p. 25).

A partir dos princípios da Convenção, o sistema global de proteção aos direitos humanos passou a determinar o ordenamento jurídico dos refugiados em todo o globo. No art. 1º desse instrumento, que é foco de críticas deste escrito, o predicado “refugiado” se aplica a qualquer pessoa 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 (ONU, 1951).

O primeiro aspecto que se destaca da definição é que ela foi restritiva, qualificando como refugiados apenas grupos de pessoas que compartilham al-

a absoluta vedação ao rechaço de refugiados. Assim dizendo, o formal reconhecimento do princípio do *non-refoulement* – que será tratado com profundidade no próximo capítulo – se deu topicamente em posicionamento superior à própria estruturação do sistema de proteção e à eleição de demais prioridades.

gum traço marcante (raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política). Isso se deu porque os ditames da Convenção foram concebidos para aplicação puramente retroativa, mirando alcançar apenas os que foram forçadamente deslocados durante a Segunda Guerra (1939-1945).

Nesse espírito, a Convenção se ateve a considerar como refugiados os que foram atingidos pela guerra na Europa, deixando de proteger os grupos de pessoas forçadas a migrar em razão de conflitos diversos deflagrados em outros continentes.

Evidentemente, a ousadia de ampliar a abrangência semântica e territorial do instituto naquele momento seria uma escolha política arriscada. Tal opção poderia arrastar bastante as discussões sobre os termos do anteprojeto e, até mesmo, obstar sua aprovação, o que não era desejável quando hordas de deslocados padeciam ao aguardo de proteção.⁴ Uma descrição conservadora, vaga e pouco ampla se justificava naquele momento, embora fosse previsível que muitas pessoas que forçadamente deixaram suas pátrias não se amoldariam àquela definição.

Os grandes malefícios causados aos refugiados pela Segunda Guerra eram de difícil solução, fazendo com que a implementação dos termos da Convenção fosse protelada. Em decorrência disso, em 1967 foi aprovado o Protocolo Adicional sobre o Estatuto do Refugiado que, em essência, apenas suprimiu da Convenção de 1951 os dizeres “como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, mantendo as características da definição de refugiado. Quer dizer, o protocolo projetou para o futuro uma acepção insuficiente, fadando as gerações seguintes a se orientarem por um incompleto conceito, formalizado no clima de discussões pós-guerra, concebido para um problema que se imaginava transitório e majoritariamente europeu.

A atitude contrariou o postulado essencial das inovações normativas, pois desprezou a coerência estratégica que deve haver ao se tratar assunto tão

⁴Fischel (2005, p. 73) sintetiza bem as resistências enfrentadas para a aprovação: “A Assembleia Geral, que realizou a segunda parte de sua primeira sessão em Nova York, de 23 de setembro a 15 de dezembro de 1946, remeteu ao seu Terceiro Comitê todas as discussões havidas, sendo que finalmente, no último dia da Sessão da Assembleia, a Constituição da Organização Internacional para os Refugiados (Constituição da OIR) foi votada, tendo sido objeto de 18 abstenções (dentre elas a do Brasil), trinta votos a favor e cinco contra (Holborn 1956: 45; Yundt 1988: 32; Gordenker 1987: 25; Bolesta-Koziebrodzki 1962: 158; Ruiz de Santiago 1989: 235). O resultado dessa votação foi significativo, tanto pelas abstenções quanto pelos votos contra. As abstenções podem ser vistas como uma falta de interesse pelo problema dos refugiados, em especial se se levar em conta que somente dois dos Estados que se abstiveram da votação eram europeus (i.e. Tcheco-Eslováquia e Suécia). Já os votos contrários foram consequência tanto da discordância do Bloco socialista com o texto da Constituição da OIR, quanto do seu desejo de manter a problemática dos refugiados fora da Agenda internacional. A votação, portanto, refletiu a criação de uma organização que, apesar de originalmente ter como escopo propósitos humanitários, já exibia muitas características de natureza essencialmente política”.

sensível.

Nessas circunstâncias, a instituição que inovou o Direito deveria se acautelar para que, conforme explica Dworkin (2010, p. 162), “as novas regras que estabelece se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor”.

Sobre os entraves decorrentes dos dois instrumentos internacionais, assinala Anker (2005, p. 616) que:

Esses instrumentos conferem o processo para determinar o *status* de refugiado à discricionariedade dos Estados. Assim, a preponderante política pós-guerra fria para controle de imigração resultou na injusta aplicação de um confesso conceito de definição muito maleável⁵.

Nenhum outro tratado de amplitude mundial foi posteriormente concluído para corrigir a insuficiência da definição. Há tentativas em curso, como a do *Convention Plus*, um esforço internacional iniciado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

Como destaca Jubilut (2007, p. 162), trata-se de um esforço internacional “que tem como objetivo melhorar mundialmente a proteção aos refugiados e facilitar resoluções dos problemas dos refugiados por meio de acordos especiais multilaterais”. A *Convention Plus* trabalha a partir da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, mas tenta modernizá-los, em face dos maiores desafios enfrentados pelo direito internacional dos refugiados, os quais o ACNUR considera como as soluções duráveis e a divisão de responsabilidades ao se acolher e proteger refugiados.

A *Convention Plus* foca em três prioridades: uso estratégico do reassentamento como uma ferramenta de proteção, enfoque mais efetivo no auxílio ao desenvolvimento e clarificação das responsabilidades dos Estados em caso de movimento irregular secundário, que vem a ser a mudança irregular de um refugiado do Estado que o acolheu para outro (JUBILUT, 2007, p. 163).

No entanto, a despeito dos esforços levados a efeito, ainda não foi editado novo texto normativo internacional no plano do sistema internacional dos direitos humanos, deficiência que foi contornada por alguns dos sistemas regionais.

⁵Tradução livre. Do original: “These instruments leave the determination process for refugee status to the discretion of acceding States. Thus, salient foreign-cold-war policies and domestic policies of immigration control have resulted in unfair application of an admittedly very malleable definitional concept”.

1.3 NOVOS PARADIGMAS REGIONAIS - CONTORNANDO LIMITAÇÕES DO SISTEMA GLOBAL

O dilema essencial que surge neste artigo é se os Estados signatários da Convenção poderiam se ater à linguagem limitada do Protocolo de 1967, não concedendo refúgio a deslocados forçados a deixar para trás suas nações, por razão que não fosse a perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

Outro impasse é a pertinência de se impor a um Estado proporcionar segurança àqueles que foram apartados dentro de seu próprio território, os chamados deslocados internos.

Enfim, a definição de qual a extensão do *jus cogens* refúgio é o ponto a ser debatido.

De partida, tem-se que, em razão da proteção deficiente concebida no plano global, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, notadamente o americano e o africano, concentraram energia para ampliar a qualificação de quem se enquadra como refugiado.

Com o fim da Guerra Fria, a comunidade internacional começou a se preocupar mais com a satisfação dos direitos dos inocentes que foram forçados a deixar suas casas, a sofrer perseguições, torturas e a se perder de suas famílias (BIJOS; CAÇADOR, 2016, p. 276). Nesse esforço, merecem relevo as definições estabelecidas na Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969⁶ e na Declaração de Cartagena de 1984⁷, em decorrência da amplitude das duas

⁶Sem excluir as hipóteses previstas na Convenção de 1961 e no Protocolo de 1967, a Convenção da Organização da Unidade Africana assim define os refugiados: “1 - Para fins da presente Convenção, o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar. 2 - O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade” (OUA, 1969).

⁷Estabelece a Conclusão Terceira da Declaração de Cartagena: “Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a

delimitações regionais, que contrastam com o exíguo alcance do conceito do sistema global, é elogiosa.

No sistema africano, a proteção foi engrandecida para contemplar todas as pessoas “que são compelidas a cruzar as fronteiras nacionais em razão de agressão estrangeira ou perturbação da ordem pública, independentemente da existência do temor de perseguição” (PIOVESAN, 2009, p. 126).

No americano, a definição foi ainda mais elástica, pois, no intuito de albergar aqueles que deixaram seus países em decorrência das então comuns perseguições ditatoriais, também concebeu como refugiado quem foge de seu país em razão de conflitos internos, da violação sistemática de direitos humanos ou por outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Os dois sistemas, ao adaptarem a definição insuficiente do sistema global às realidades regionais, acenaram, com rigor, a premente necessidade de se conceber um novo tratado multilateral no âmbito das Nações Unidas, editando uma definição de refúgio que se alinhe às dinâmicas próprias dos deslocados na modernidade. Mas, como dito, um novo tratado global nunca foi finalizado.

No Brasil, em meados da década de 90, foi promulgada a Lei 9.474/97, que trouxe um conceito de refugiado até hoje reputado como assertivo⁸, por estipular que o é quem, devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, se vê obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro lugar. O sistema brasileiro é reverenciado como bastante progressista pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, notadamente pelo vultoso potencial protetivo e por criar um órgão nacional, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), com atribuição para decidir sobre os pedidos de refúgio e para conduzir as respectivas políticas.

Em razão de seus altos créditos, a experiência do Brasil também é forte referência da insuficiência protetiva do sistema global. Aqui há algo inusitado, porque o usual é os direitos humanos preverem um aparato mais avançado do que o ordenamento interno (especialmente em Estados periféricos) e não o contrário.

O que se observa, na verdade, é que o conceito de refugiado no sistema global de direitos humanos foi incompleto desde seu berço⁹, afinal não incluiu

violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública” (ACNUR, 1984).

⁸“Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país” (BRASIL, 1997).

⁹Sobre isso, Raiol (2010, p. 140-141) faz constatação muito precisa: “Conclui-se que ficaram de fora da tutela da Convenção de 1951 outros fatos gravíssimos que ocasionam a partida de uma grande

boa parte dos grupos que, contemporaneamente, são deslocados de suas pátrias a contragosto, restringindo-se a abarcar pessoas que têm um traço distintivo afim, como o compartilhamento de nacionalidades ou de religião.

Note-se que a definição global sequer ampara aqueles que foram expulsos em razão de sistemáticas violações de direitos humanos em situação de guerra civil ou militar¹⁰, a exemplo do que ocorre atualmente na Síria. Aliás, a alusão à Síria é sintomática para ilustrar quão defasada é a definição da Convenção de 1951, porque, se aplicado friamente, seu ditame não conferirá proteção aos milhões de pessoas que foram repelidas em seu país, devido aos longos conflitos entre as tropas do ditador Bashar al-Assad e grupos paramilitares dissidentes.

A definição também não confere proteção aos que têm de abandonar seus lares em razão de desastres, circunstância cada vez mais usual. É o caso dos haitianos, que abandonaram a ilha caribenha, arrasada por um terremoto em 2009, para buscar trabalho no Brasil¹¹, e dos birmaneses e tailandeses, que deixaram o sudeste asiático, devido à devastação provocada pela sequência de tsunamis em 2004.

A Convenção é igualmente omissa quanto aos chamados “refugiados ambientais”, que saem de suas casas porque as constantes mudanças climáticas os impedem de tirar o sustento da economia local, como os sudaneses que sofrem as consequências de forte seca.

quantidade de pessoas para fora do país de origem. O sentido restrito de perseguição, limitado pelos motivos que provocam a saída de refugiados de seu território, concentrou a concessão do refúgio na verificação das hipóteses criadoras do fundado temor de perseguição. Assim, a guerra militar ou civil, a fome, a miséria, o desemprego, as rivalidades étnicas, as mudanças climáticas, as degradações e os desastres ambientais, somente para citar alguns, são novos motivos que, também, podem conduzir milhares de pessoas a abandonarem o lugar em que residem ou até mesmo o país em que moram. Dessarte, tais fatos demonstram a necessidade de um urgente reexame daqueles motivos clássicos para a concessão da condição de refugiado, diante do esgotamento das situações previstas na Convenção de 51, para dar conta da nova realidade político-econômico-social.”

¹⁰Conflitos armados cada vez mais dilaceram as populações civis, e são um dos principais motivos - caso não o principal - do incremento do número de refugiados no Século XXI. Acerca da escalada do número de vítimas que não participam diretamente do conflito, Camargo (2012, p. 23) pontua: “Com o enfraquecimento dos estados nacionais, muitos conflitos vêm marcados pela identidade de grupo como na ex-Iugoslávia, ou na África, principalmente a partir do genocídio de Ruanda. Nestes conflitos, o 'outro', seja quem for, é inimigo e consequentemente alvo militar. Durante a Primeira Guerra Mundial, apesar de sua extensão e tragicidade, as vítimas civis foram 5%, sendo o restante combatentes. Nos conflitos dos anos 90, somente cerca de 10% das vítimas foram combatentes, sendo a esmagadora maioria das vítimas civis inocentes”.

¹¹Sobre o recente fluxo de haitianos que imigram para o Brasil, registra Bijos (2015, 121-122): “O Brasil com um fluxo notável de imigrantes haitianos tem sua solidariedade reconhecida pelo ACNUR, que ressaltou o fluxo migratório iniciado em fevereiro de 2010, que se intensificou recentemente, especialmente nas cidades de Tabatinga e Basiléia, próximas à fronteira com o Peru. [...] De acordo com pesquisa realizada pela PUC de Minas Gerais, até o final de 2014, o Brasil receberá 50 mil imigrantes haitianos”.

Tampouco aos deslocados internos, que vão buscar proteção em outro ponto do território de seu próprio país, por causa de conflitos armados, situação recorrente na vizinha Colômbia que, da década de 80 até 2016 conviveu com o fantasma das narcoguerrilhas de viés ideológico.

Aliás, em seu propósito, a definição global enfoca somente os indivíduos perseguidos pelo Estado, não proporcionando segurança aos perseguidos por agentes privados. Na perspectiva de gênero e de idade, mulheres e crianças são muito vulneráveis à perseguição de agentes não estatais, incluindo familiares e exploradores de prostituição e de trabalho infantil. Há muitos casos, já reconhecidos pelos Estados de acolhida, nos quais mulheres e crianças foram perseguidas por familiares, por traficantes ou outros agentes privados, inclusive conferindo-lhes *status* de refugiados¹², assentando a insuficiência da definição também nesse prisma (RAMOS, 2008, p. 118-119).

Nesse sentido, a previsão textual mais ampla somente nos tratados regionais não basta para conferir segurança suficiente aos deslocados, que não têm a opção de escolher como destino um Estado que tenha aderido a um instrumento razoável. Aliás, escolha lhes é algo estranho, afinal foram subitamente forçados a deixar suas pátrias, havendo pouquíssimo espaço para preferências pessoais em seus cotidianos.

A propósito, a atualmente propalada “crise dos refugiados” ensejou que deslocados buscassem proteção, principalmente, em países da Europa, da África e da Ásia. É uma circunstância multifacetada que, por si só, mostra a insuficiência de se relegar, ao plano regional, a entrega de proteção. O sistema regional protetivo da Ásia, por exemplo, ainda é incipiente, sequer conferindo feições próprias à definição de refúgio, o que reforça a afirmativa.

1.4 DA INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA

O traço reducionista da definição não é escusa para qualquer signatário da Convenção de 1951 e, especialmente, do Protocolo sobre o Estatuto do Refugiado de 1967 deixar de acolher refugiados ambientais e aos que pedem tal *status* em decorrência de sistemática violação de direitos humanos em seu local de origem. É inidôneo inferir que há um sentido restritivo ao se interpretar o sistema global de proteção aos refugiados.

Tal qual se viu na digressão histórica, a acepção pouco abrangente do termo refugiado foi uma articulação retórica que não refletiu o espírito da co-

¹²Como exemplo, “no caso *Lyudmyla Dzhugum*, o Reino Unido considerou que uma mulher forçada a se prostituir pelo crime organizado, sem recurso à efetiva proteção de seu Estado (Ucrânia), deveria ser vista como refugiada, pois era perseguida por motivo de pertencimento a grupo social (mulher)” (RAMOS, 2008, p. 118-119).

munidade internacional, devendo ser ponderado em relação a isso. A redação contempla muito menos do que se quis dizer, atecnia que precisa ser saneada no momento de efetiva aplicação do complexo protetivo.

A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969, em seu artigo 31, assinala que um tratado deve ser interpretado de acordo com o teor do ser texto e com o momento de sua interpretação, de modo a prestigiar a finalidade do instrumento.

É coerente que um instrumento promulgado pela instituição tenha que ser interpretado em consonância com sua essência, não podendo dignificar algumas pessoas e menosprezar outras quando não existir motivo razoável para tanto. A Carta das Nações Unidas afirma a fé que deve ser creditada aos direitos fundamentais do homem, à dignidade, ao valor da pessoa humana e à manutenção da paz e da segurança internacionais, valores harmônicos que são objetivos primordiais da ONU.

A reverência aos direitos humanos é a raiz dessa Carta, que tinha como impulso principal obstar o quadro de violações ocorridos anos antes na Segunda Guerra. A preservação dos valores essenciais da pessoa adstringe a organização e impõe a obrigação de resguardar direitos essenciais aos Estados-membros amantes da paz que, expressamente, aderiram a tal desígnio.

Seguindo a linha de ideias, ao integrar a ONU, o Estado abre mão do princípio do domínio reservado, quanto à aplicação da prevalência dos direitos humanos em seu território, e deve interpretá-los no tom da Carta. O domínio de jurisdição sugere uma reinterpretação no campo dos direitos humanos, para que padrões ético-morais de amplitude, na comunidade internacional, adquiram o devido respeito.

Nessa perspectiva, o “direito internacional tem evoluído no sentido de ampliar o sistema de proteção dos direitos humanos, o que termina por relegar para o plano secundário a distinção, outrora relevante, entre conflitos internos e conflitos internacionais” (GARCIA, 2015, p. 129). Importante é assegurar um nível mínimo de proteção dos direitos humanos, velando pela concretização das regras internacionais que geram obrigações *erga omnes* e dissociando, do alcance desse objetivo, possíveis concessões realizadas pelo Direito interno.

Noutro vértice, a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece, em seu art. 28, que toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades anunciados na presente Declaração (ONU, 1948). Tais termos denotam uma previsão do que viria a ser considerada a terceira geração ou dimensão dos direitos humanos, “alcançando os ‘direitos dos povos’, que são difusos e rompem a individualidade do ser humano para abarcar grande parcela do grupamento ou da própria espécie, [...] caracterizando-se pelo ideal de soli-

dariedade” (GARCIA, 2015, p. 29-30).

Seu art. 14¹³ traz, como única condição para o gozo de asilo, estar o interessado sendo vítima de perseguição e nada mais. A Declaração não estampa, como requisito, qualquer dissidência ideológica, tampouco a presença de traço étnico ou religioso minoritário para a entrega da proteção, mas, simplesmente, a ocorrência de perseguição.

É assente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem *status de jus cogens*, não podendo ser derogada por fontes axiologicamente inferiores. Merece, ainda, ser observada por todos os tratados, posteriormente editados por Estados.

A solidariedade e a proteção versadas pela Declaração não poderiam ter o cerne de seu art. 14 reduzidos pela “letra acanhada” do Estatuto de 1951 e do Protocolo de 1967¹⁴, com a inserção de condicionantes inéditas. Logo, impor à aplicação das salvaguardas requisitos restritivos que não estavam na Declaração é cancelar um grave retrocesso aos direitos humanos, o que não se admite.

O conteúdo positivado nos textos internacionais mencionados é suficiente para indicar que o Estatuto de 1951 e o Protocolo de 1967 padecem de omissão nefasta, vício que deve ser superado com a interpretação sistemática das regras de proteção aos direitos humanos. Essa superação deve se dar no intuito de se contemplar deslocados que, em decorrência de falha estatal, foram forçados a deixar seus locais por motivos diversos, inexistindo outro modo de se homenagear as diretrizes do art. 31 da Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados.

Ainda que assim não fosse, vale lembrar que o art. 32 da mesma Convenção estipula que, caso a interpretação traga um resultado desarrazoado - negar proteção aos deslocados internos, aos deslocados em decorrência de catástrofes e aos refugiados ambientais é desproporcional -, deve o intérprete se valer de meios suplementares para extrair o real sentido e extensão da regra. O passo

¹³“Artigo XIV 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas” (ONU, 1948).

¹⁴Piovesan (2009, p. 128) entrelaça com muita coerência a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos dos refugiados: “A própria condição de refugiado aponta à violação de direitos humanos básicos, consagrados na Declaração Universal de 1948 e consequentemente tem estreita relação com o direito de solicitar asilo de dele gozar, previsto no art. 14 da Declaração. [...] Quando se relaciona refugiados e direitos humanos, imediatamente percebe-se uma conexão fundamental: os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos. Todos os refugiados têm sua própria história - uma história de repressão e abusos, de temor e medo. Há que se ver em cada um dos homens, mulheres e crianças que buscam refúgio o fracasso da proteção dos direitos humanos em algum lugar. [...] Há assim uma relação estreita entre a Convenção de 1951 e a Declaração Universal de 1948, em especial seu art. 14, sendo hoje impossível conceber o direito internacional dos refugiados de maneira independente e desvinculada do direito Internacional dos direitos humanos.”

seguinte para se superar a iniquidade é buscar referências nos princípios interpretativos dos direitos humanos.

A exegese desses direitos humanos tem como núcleo indissociável o princípio da interpretação *pro homine*, que impõe a necessidade de que a interpretação seja sempre levada a efeito em favor da proteção aos indivíduos. Nos dizeres de Ramos (2013, p. 94), “toda obrigação internacional de respeito aos direitos humanos não pode ser interpretada restritivamente em prol dos Estados, mas sim em prol do destinatário da proteção internacional de direitos humanos, ou seja, o indivíduo”.

Outro princípio de relevo é o da máxima efetividade no direito internacional dos direitos humanos, que se traduz em “assegurar às disposições convencionais seus efeitos próprios, evitando-se que sejam consideradas meramente programáticas” (TRINDADE, 1999, p. 27).. A interpretação há de ser no sentido de aumentar a proteção proporcionada e de aplicar tratados ao extremo de suas forças.

E considerando que, muitas vezes, foi indicada a insuficiência protetiva do Estatuto de 1951 e do Protocolo de 1967, notadamente quando comparada com outros instrumentos internacionais, é essencial que se faça presente o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Por tal princípio, nenhuma norma pode ser invocada para frenar o exercício de liberdade ou direito já consagrado no plano internacional ou interno.

Os Estados constituem os principais personagens na implementação do direito internacional dos refugiados. Mas, a arbitrária imposição de interpretação restritiva do conceito e a oscilação dos parâmetros protetivos em virtude de vicissitudes político-econômicas esvaziam a segurança mínima que se espera do sistema. Crises sempre existirão, não podendo as finanças públicas ser a referência mais relevante na hora de se definir a flexibilidade de um instituto salutar de aplicação vinculada.

Não se está defendendo algo irrealizável. O histórico do direito internacional assinala que, em tempos de bonança, os direitos humanos são concretizados com mais facilidade; também que, corriqueiramente, países pobres acolhem mais deslocados do que países ricos¹⁵, sobressaindo que a boa vontade estatal é mais essencial para o respeito ao direito de refúgio do que a fortuna.

A ideia é que a apreciação do conceito de refúgio deixe de ser puramente casuística e utilitarista, valendo-se de uma interpretação razoável que priorize a essência do instituto, colocando-o ao lado de outras prioridades nas agendas

¹⁵Para exemplificar, os cinco Estados que mais receberam refugiados sírios em decorrência da recente crise foram Turquia, Líbano, Jordânia, Iraque e Egito, nessa ordem, conforme informa a BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_vizinhos_refugiados_1k>. Acesso em: 29 mai. 2016.

dos Estados¹⁶.

O conceito formal de refugiado no plano global sempre foi insuficiente, o que está longe de ser suprido, pois inexistente um consenso, ainda que sutil, sobre o tema. A definição literal do Protocolo de 1967 não basta para conferir a proteção necessária, pois, se aplicada sem ponderações, deixará de lado a maior parte dos deslocados que clamam por defesa.

A bem da verdade, considerando a infinidade de conflitos e de adversidades da história, é inviável imaginar que, em qualquer momento, existirá uma formulação duradoura para se definir o que é refúgio e quem tem direito a ele. A complexidade das relações que tangenciam a realidade dos compulsoriamente deslocados revela a necessidade de constante mudança do instituto e a decorrente urgência de revisitá-lo, para que novos contrastes não sejam impeditivos para um pouco de fraternidade.

O Direito não pode desconsiderar a realidade e reinar obsoleto. Cabe a seus intérpretes modernizá-lo quando textos estanques não atingirem a finalidade à qual se destina, para que a ciência jurídica cumpra seu papel essencial, que é propiciar a harmonização entre as pessoas. Esse patamar apenas será alcançado quando o núcleo essencial dos direitos humanos for respeitado, independentemente da origem de cada um de seus titulares.

A ideia central é a de que, ao invés de “categorizações subjetivas de pessoas (de acordo com as razões que as levaram a abandonar suas casas), próprias do passado, impõe-se hoje em dia a adoção do critério objetivo das necessidades de proteção” (TRINDADE, 1994, p. 14-15), abrangendo um número bastante maior de vulneráveis.

A matriz principiológica, somada à contextualização histórica e à interpretação sistemática realizada acima, permite destacar que a adequada conceituação de refugiado, no sistema global dos direitos humanos, deve encampar,

¹⁶Trindade (2006, p. 311) sintetiza muito bem o cenário atual (tradução livre): “Com efeito, em um mundo 'globalizado' - o novo eufemismo em voga, - se abrem as fronteiras aos capitais, investimentos, bens e serviços, mas não necessariamente aos seres humanos. Se concentram as riquezas cada vez mais nas mãos de poucos, ao mesmo tempo em que lamentavelmente aumentam, cada vez mais (e estatisticamente comprovada), os marginalizados e excluídos. As lições do passado parecem esquecidas, os sofrimentos de gerações anteriores parecem ter sido em vão. O atual frenesi 'globalizante', apresentado como algo inevitável e irreversível, - na realidade configurando a mais recente expressão de um perverso neodarwinismo social, - mostra-se inteiramente desprovido de todo sentido histórico”. Do original: “En efecto, em um mundo 'globalizado' – el nuevo eufemismo *em vogue*, - se abren las fronteras a los capitales, inversiones, bienes y servicios, pero no necesariamente a los seres humanos. Se concentran las riquezas cada vez más en manos de pocos, al mismo tiempo em que lamentablemente aumentan, de forma creciente (y estatisticamente comprobada), los marginados y excluídos. Las lecciones del pasado parecen olvidadas, los sufrimientos de generaciones anteriores parecen haber sido em vano. El actual frenesi 'globalizante', presentado como algo inevitable e irreversible, - em realidade configurando la más reciente expresión de un perverso neodarwinismo social, - muéstrase enteramente desprovisto de todo sentido histórico.

também e ao menos, os deslocados internos, os deslocados em decorrência de catástrofes, os refugiados ambientais, os perseguidos por agentes privados e todos aqueles que tiveram de deixar para trás seus lares em decorrência de flagrante violação de direitos humanos, inclusive quando isso se der em razão de conflito bélico que coloca em risco a vida, a segurança e a liberdade da população civil.

Nessa linha de ideias, o conceito mencionado no parágrafo anterior é o mais restritivo que o *ius cogens* refúgio deve receber no século XXI.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do refúgio é expoente de relevância dos direitos humanos, pois especialmente por intermédio de sua adequada aplicação são asseguradas as prerrogativas de pessoas que mudaram violentamente de local, estando absolutamente vulneráveis em locais distantes de seus lares.

O sistema protetivo vem sendo construído há muito tempo, e está longe de ser um complexo pronto e acabado. As necessidades dos deslocados são renovadas a cada conflito, e a resposta efetiva dos atores internacionais, ainda que tardia, termina por ilustrar novas balizas para o conflito seguinte. A construção das proteções é gradual, e não se pode permitir que uma conquista adquirida seja posteriormente desconsiderada, sobretudo ao se tratar de temática de alta relevância para a humanidade.

Os Estados constituem os principais personagens na implementação do direito internacional dos refugiados, mas a arbitrária imposição de interpretação restritiva do conceito por eles, e a oscilação dos parâmetros protetivos em virtude de vicissitudes político-econômicas esvaziam a segurança mínima que se espera do sistema. Crises sempre existem, não podendo as finanças públicas serem a referência mais relevante na hora de se definir a flexibilidade de um instituto salutar de aplicação vinculada.

Não se está a defender algo irrealizável. O histórico do direito internacional assinala que, em tempos de bonança, os direitos humanos são implementados com mais facilidade, bem assim que países pobres acolhem mais deslocados do que países ricos¹⁷, sobressaindo que a boa vontade estatal é mais essencial do que a fortuna para o respeito ao direito de refúgio. A ideia é que a apreciação do conceito de refúgio deixe de ser puramente casuística e utilitarista, por intermédio de interpretação razoável que priorize a essência do instituto, colocando-o ao

¹⁷Para exemplificar, os cinco Estados que mais receberam refugiados sírios em decorrência da recente crise foram Turquia, Líbano, Jordânia, Iraque e Egito, nessa ordem, conforme informa a BBC. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_vizinhos_refugiados_1k>. Acesso em: 29 de maio de 2016.

lado de outras prioridades nas agendas dos Estados¹⁸.

O conceito formal de refugiado no plano global sempre foi insuficiente, defeito que está longe de ser corrigido, inexistindo um consenso, ainda que sutil, sobre o tema. A definição literal do Protocolo de 1967 não basta para conferir a proteção necessária, pois, se aplicada sem temperamentos, deixará de lado a maior parte dos deslocados que clamam por defesa.

A bem da verdade, considerando a infinidade de conflitos e adversidades de nossa história, é inviável imaginar que em qualquer momento existira uma formulação duradoura para se definir o que é refúgio e quem tem direito a ele. A complexidade das relações que tangenciam a realidade dos compulsoriamente deslocados revela a necessidade de constante mutação do instituto e a decorrente necessidade de revisitá-lo para que novos contratemplos não sejam impeditivos para um pouco de fraternidade.

O Direito não pode deixar a realidade ao lado e reinar obsoleto. Cabe a seus intérpretes modernizá-lo quando textos estanques não atingem a finalidade que lhe é própria, a fim de que a ciência jurídica desenvolva seu papel essencial, que é propiciar a harmonização das pessoas, patamar que apenas será atingido quando o núcleo essencial dos direitos humanos for respeitado indistintamente da origem de cada um de seus titulares.

4. REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. H. F. de. O Brasil e a organização internacional para os refugiados (1946-1952); **Rev. Bras. Polít. Int.** 48 (1): 60-96 [2005].

ANKER, D. E. **A New Framework for Refugees and Displaced Persons.** MAHONEY, K. E.; MAHONEY, P. Em *Human Rights in the Twenty-first Century*. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

BARRETO, L. P. T. F. **A Política de Refúgio no Brasil Contemporâneo.** São Paulo: Renovar.

¹⁸Cançado Trindade sintetiza muito bem o cenário atual:

“En efecto, em um mundo ‘globalizado’ – el nuevo eufemismo *em vogue*, - se abrem las fronteras a los capitales, inversiones, bienes y servicios, pero no necesariamente a los seres humanos. Se concentran las riquezas cada vez más en manos de pocos, al mismo tiempo em que lamentablemente aumentan, de forma creciente (y estadísticamente comprobada), los marginados y excluidos. Las lecciones del pasado parecen olvidadas, los sufrimientos de generaciones anteriores parecen haber sido em vano. El actual frenesi ‘globalizante’, presentado como algo inevitable e irreversible, - em realidade configurando la más reciente expresión de un perverso neodarwinismo social, - muéstrase enteramente desprovisto de todo sentido histórico.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pág. 311.

BIJOS, L.; CAÇADOR, M. B. F. Proteção internacional aos refugiados: como enfrentar os piratas da Somália. In: **Relações internacionais: a difícil integração de um mundo em crise**. BIJOS, Leila; RIBEIRO, Diaulas Costa; SANTOS, Jílio Edstron. Polo Books: São Paulo: 2016

CAMARGO, W. P. **A Declaração de Cartagena de 1984 e os Desafios da Proteção Internacional dos Refugiados, 20 anos Depois**. Dourados: Editora UFGD, 2012.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARCIA, E. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não Convencional**. 3. ed., São Paulo: ATLAS, 2015.

JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAIOL, I. P. C. **Ultrapassando Fronteiras - A proteção Jurídica dos Refugiados Ambientais**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

RAMOS, A. de C. **Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas**. In: 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: CLA, 2011.

_____. **Direito ao acolhimento: principais aspectos da proteção aos refugiados no Brasil**. In: Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Teoria Geral de Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, A. A. C. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. 2 v.

THE CONTROVERSY LEGAL DEFINITION OF REFUGEE: REFLECTIONS ON POSITIVE CONCEPTS AND CONTEMPORARY INTERPRETATION

ABSTRACT: The concept of refugee as defined in Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees is consciously inadequate, and this formal delimitation still exists within the global system of protection of human rights. The non-temperamental application of the institute can lead to flagrant injustices, as the cold letter of the convention does not address the reality of most IDPs in the 21st century. The article will thoroughly analyze this definition, contrasting it with those conveyed in other instruments and proposing a mode of interpretation to contextualize it to the current problems.

KEYWORDS: Definition; Human rights; Interpretation; Refugee.

LA POLÉMICA DEFINICIÓN JURÍDICA DE REFUGIO: REFLEXIONES SOBRE CONCEPTOS POSITIVOS E INTERPRETACIÓN CONTEMPORÁNEA

RESUMEN: El concepto originario de refugiado ha sido delimitado por el artículo 1º de la Convención de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, de modo conscientemente insuficiente, y tal delimitación formal todavía perdura en el sistema global de protección a los derechos humanos. La aplicación sin temperamentos del instituto puede dar lugar a flagrantes injusticias, en la medida en que la letra fría de la convención no contempla la realidad de la mayor parte de los desplazados del siglo XXI. El artículo analizará detenidamente tal definición, contrastándola con las vehiculadas en otros instrumentos y proponiendo forma de interpretación para contextualizala a los actuales problemas.

PALABRAS CLAVE: Definición; Derechos Humanos; Interpretación; Refugio.