

Ilmo. Sr.

Dr. Pablo Saavedra Alessandri

DD. Secretário da

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Senhor Secretário:

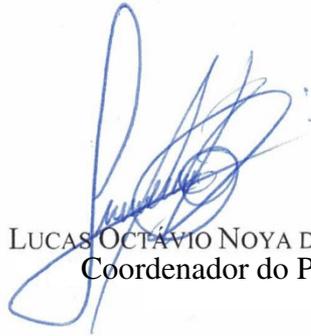
Em cumprimento com o que dispõe o artigo 73.3 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como do Edital PROAC nº 07/2017, eis que os Alunos e Professores do CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE — São Paulo — Brasil, mui respeitosamente, submetem para apreciação desta Honrável Corte Interamericana de Direitos Humanos, na pessoa de seu Honrável Magistrado Presidente, as suas observações à Solicitação de Opinião Consultiva nº 4-3-21/2016, formulada pela República do Equador.

Aproveitamos do ensejo para apresentar a Vossa Senhoria os nossos votos da mais elevada estima e consideração.

Atenciosamente,


ZELY FERNANDA TOLEDO PENNACCHI
Reitora


SÉRGIO TIBIRIÇA AMARAL
Coordenador do Curso de Direito


LUCAS OCTAVIO NOYA DOS SANTOS
Coordenador do Projeto


VINICIUS MARIN CANCIAN
Orientador

Caio Felício da Cunha

CAIO FELICIO DA CUNHA

Aluno

Lucas Rocha Bragato

LUCAS ROCHA BRAGATO

Aluno

Gabriel d'Acra Pinheiro Dib

GABRIEL D'ACRE PINHEIRO DIB

Aluno

Isabela Tempolim

ISABELA ESTEVES TEMPORIM

Aluna

Daniela Fachiano Nakano

DANIELA FACHIANO NAKANO

Aluna

Gustavo Martinez Borges

GUSTAVO MARTINEZ BORGES

Aluno

Nicolas Dourado Galves Alves

NICOLAS DOURADO GALVES ALVES

Aluno

Bruno Boigues Pittioni Domingos

BRUNO BOIGUES PITTIONI DOMINGOS

Aluno

Gabriela Rocha

GABRIELA SILVA TEIXEIRA DA ROCHA

Aluna

João Pedro Gindro Braz

JOÃO PEDRO GINDRO BRAZ

Aluno

Felipe Cesar Samogim

FELIPE CESAR SAMOGIM

Aluno

Jessica Caroline P. Rasera

JESSICA CAROLINE PAUKA RASERA

Aluna

Gabriel Teixeira Santos

GABRIEL TEIXEIRA SANTOS

Aluno

Guilherme de Oliveira Tomishima

GUILHERME DE OLIVEIRA TOMISHIMA

Aluno

Danyele Slobodtsov

DANYELE GANEF SLOBODTCOV

Aluna

Henrique Miuki Koga Fujiki

HENRIQUE MIUKI KOGA FUJIKI

Aluno

Bianca Mizuoki

BIANCA THAMIRIS MISUZAKI

Aluna

Felipe Augusto Rodrigues de Mello

FELIPE AUGUSTO RODRIGUES DE MELLO

Aluno

Gustavo Tavares Guedes

GUSTAVO TAVARES GUEDES

Aluno

Marcos Augusto E. Coladello

MARCOS AUGUSTO ESPINHOSA COLADELLO

Aluno

Ellen Akemy Kuroce

ELLEN AKEMY KUROCE

Aluna

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Solicitação de Opinião Consultiva nº 4-3-21/2016

Observações dos Alunos e Professores do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – São Paulo – Brasil

Para fins destas observações, entende-se por:

Asilo diplomático: se consubstanciando no pedido pelo requerente, que está em país estrangeiro, a uma embaixada que não seja do país em que ele se encontra.

Asilo territorial: sendo o pedido realizado a um país quando neste ele se encontra. Uma vez concedido, o requerente estará sob as garantias devidas do asilado.

Convenção: Convenção Americana de Direitos Humanos.

Corte IDH: Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Estado-parte: Os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Interpretação Ampliativa: aquela que dá maior amplitude a determinado instituto analisado. Deve ser aplicada às normas definidoras e garantidoras de Direitos Humanos.

Interpretação Evolutiva: a interpretação ampliativa de Direitos Humanos que superou uma interpretação restritiva anterior. Esta interpretação é que deve ser aplicada por imposição do artigo 29 da Convenção.

Interpretação Restritiva: aquela que dá menor amplitude a determinado instituto analisado. É possível esta interpretação, desde que aplicadas somente aos institutos limitadores de Direitos Humanos.

Interpretação Regressiva: a interpretação restritiva de Direitos Humanos que superou uma interpretação ampliativa anterior. Esta interpretação é vedada expressamente pelo artigo 29 da Convenção.

Índice

1. Da Admissibilidade da Solicitação de Opinião Consultiva	4
2. Análise das Questões Apresentadas à Consulta	6
2.1. Resposta à Pergunta “A”	6
2.2. Resposta à Pergunta “B”	12
2.3. Resposta à Pergunta “C”	24
2.4. Resposta à Pergunta “D”	31
2.5. Resposta à Pergunta “E”	35
2.6. Resposta à Pergunta “F”	43
2.7. Resposta à Pergunta “G”	47
3. Índice de casos	58
4. Índice de autoridades	62

1. Da Admissibilidade da Solicitação de Opinião Consultiva

Esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, doravante Corte IDH, possui entendimento pacífico no sentido de que para admissibilidade de uma opinião consultiva, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, sem os quais, restaria a solicitação inadmissível sem que seja analisado seu conteúdo.

Conforme ficou definido no rechaço à Solicitação de Opinião Consultiva apresentada pelo Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos¹, a petição de solicitação

a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudência y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre

¹ Cf. Corte IDH. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016.

todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales.

Sobre o primeiro quesito, cumpre ressaltar que a situação de refugiados ou de pessoas que abandonam seus estados territoriais para fugir de uma situação de calamidade por desastres naturais ou em situação de conflitos armados, internos ou internacionais, enfrenta uma crise sem precedentes em vários países do mundo. Sendo tal situação de conhecimento público de larga escala, ante a crise humanitária pela qual passa o oriente médio, Europa e, principalmente, os países da América Latina.

Neste sentido, entendemos que a decisão pela admissibilidade da Solicitação formulada pela República do Equador poderia nortear a todos os países membros da Organização dos Estados Americanos no enfrentamento de tais questões em ambiente interno e em relações diplomáticas entre Estados.

Quanto à análise do segundo e terceiro quesito, as questões submetidas pelo Estado solicitante abarcam um conteúdo de natureza geral e abstrata que, conforme dito acima, pode nortear a todos os demais Estados pertencentes a OEA, motivo pelo qual, o pronunciamento desta Honorable Corte IDH é de valioso norteamento.

Em relação ao quarto quesito, embora esta Honorable Corte IDH já tenha se pronunciado² em alguns pontos correlatos às questões submetidas pela República do Equador, é importante salientar que tal pronunciamento se deu de maneira colateral e que nada obsta a análise da presente solicitação, haja vista a necessidade de se estabelecer um conteúdo geral e abstrato para a aplicação do direito ao asilo.

Por fim, o último quesito resta inaplicável frente ao conteúdo abstrato e geral constante nos quesitos formulados pelo Estado Solicitante, motivo pelo qual, resta admissível a presente Solicitação de Opinião Consultiva.

Desta forma, passamos à análise das questões formuladas.

² Cf. Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.; Cf. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

2. Análise das Questões Apresentadas à Consulta

2.1. Resposta à Pergunta “A”

A) **Tendo em especial consideração os princípios de igualdade e não discriminação por razões de qualquer condição social previstos nos artigos 2.1, 5 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o princípio *pro-homine* e a obrigação de respeitar todos os direitos humanos de todas as pessoas em qualquer circunstância e sem distinções desfavoráveis, assim como os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 28 e 30 da Declaração Universal de Direitos Humanos, cabe a um Estado, grupo ou indivíduo realizar atos ou adotar uma conduta que, na prática, signifique o desconhecimento das disposições estabelecidas nos instrumentos de direitos humanos antes mencionados, incluindo o artigo 5 da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de maneira que se atribua aos artigos 22.7 e XXVII da Convenção Americana e da Declaração Americana de Deveres e Direitos do Homem, respectivamente, um conteúdo restrito quanto à forma ou à modalidade do asilo? Quais seriam as consequências jurídicas produzidas sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa afetada por esta interpretação regressiva?**

A Carta das Nações Unidas (1945), em seus artigos 55, “c” e 56, estabelece como finalidade sua e dos Estados membros, o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, já que são inerentes aos seres humanos, e por isso, não caberia ao Estado, no exercício de sua soberania, restringi-los de maneira arbitrária, a ponto de extirpá-los ou impedir, de maneira absoluta, de serem exercidos. Esses direitos devem ser protegidos, independentemente do sistema político, econômico e cultural de um Estado.

O asilo político seria direito humano que protege outros direitos, como direito à vida, liberdade de expressão e à integridade física e psíquica, mas apenas quando o indivíduo sofre perseguição política pelo Estado em que é nacional. Assim, de acordo com o artigo 14, da Declaração Universal de Direitos Humanos, 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 27 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, toda pessoa tem direito

de buscar asilo em território estrangeiro, mas a concessão deve ser de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais, o que permitir certa delimitação do direito pelos Estados.

Considerando, portanto, que o asilo político é direito humano fundamental, possuindo proteção em regime jurídico interno, regional e internacional, deve-se verificar a possibilidade ou não de os Estados asilantes restringirem esse direito em sua regulamentação, utilizando de técnicas de hermenêutica para que se tenha uma resposta efetiva aqueles indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade e necessitam da concessão do asilo político.

Em posição acertada a CIDH enfatiza que as normas atinentes à concessão de asilo político não podem ser interpretadas para restringir os demais direitos constantes da CADH ou qualquer outro instrumento de proteção de direitos humanos³.

Resta de extrema relevância salutar que o asilo possui, por natureza convencional, dois tratamentos distintos e, por consequência, duas acepções distintas, sendo (i) o asilo diplomático, que abarca as hipóteses do artigo I, da Convenção sobre Asilo Diplomático, e (ii) o asilo territorial, que engloba as hipóteses dispostas na Convenção sobre Asilo Territorial.

Esta Honorable Corte IDH manifestou pela indistinção entre a solicitação de asilo e solicitação de reconhecimento de situação de refugiado⁴, contemplando o princípio da condição mais benéfica à pessoa.

Interpretação Literal

Realizando-se a leitura do artigo 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos, combinado com seu artigo 1.1, é possível depreender que, os Estados partes devem respeitar direitos previstos e reconhecidos na Convenção e não podem interpretar as normas deste diploma de maneira a suprimir o gozo ou exercício do direito, nem excluir direitos inerente ao ser humano.

Ao se unir estes dois dispositivos com o artigo 22.7, da Convenção e artigo XXVII, da Declaração Americana de Direitos do Homem, conclui-se que, ao regulamentar o asilo político em seu regime jurídico, os Estados-partes não poderiam, em uma interpretação literal, proibi-lo ou

³ Cf. Comissão CIDH. Informe sobre terrorismo e direitos humanos, 22 de outubro de 2002, par. 375.

⁴ Cf. Corte IDH. Caso família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra nota n. 2.

prevê-lo de maneira a impossibilitar o exercício deste direito, mas, tão somente estabelecer formas de “controle de ingresso, permanência e saída do seu território em relação a pessoas que não sejam seus nacionais, sempre que essas políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana”⁵. A Corte IDH também afirma que “ainda que os Estados possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos pelas mesmas devem respeitar os direitos humanos das pessoas migrantes”⁶.

Desta forma, corroborando com o posicionamento desta Honorable Corte IDH e aplicando-o ao asilo político, os Estados partes poderão legislar sobre o direito, mas tal legislação deve ser de maneira correspondente com a proteção que se deseja alcançar na Convenção, sem impossibilitar a prática do direito, pois seria incompatível com o que determina a Convenção.

Princípio Pro Persona

Sob a ótica do princípio *pro persona*, aos direitos humanos deve ser conferida interpretação ampliada, aplicando-se a norma que mais protege o indivíduo; e interpretação restritiva às normas que visam limitar esses direitos, sempre havendo a conservação da norma mais favorável.

Com exceção das normas cujo conteúdo é de *jus cogens*, o princípio não faz com que direitos e liberdades fundamentais sejam absolutos, pois, seu exercício é regulado internamente, mas para ser legítimo, deve-se tomar por base os parâmetros estabelecidos pela Convenção e pelo entendimento da Corte IDH⁷. E isto pode ser verificado na própria Convenção, no artigo 22.7, assim como artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que fazem a ressalva a esse instituto ao determinar que somente é possível exercê-lo quando a vítima for perseguida por delitos políticos ou crimes comuns conexos a ele, o que faz com que seja excluído quando a perseguição estiver fundamentada em crime comum.

⁵ Cf. Corte IDH. Opinião Consultiva OC-21/14, supra nota n. 2. par 39.

⁶ Cf. Corte IDH. Opinião Consultiva OC-21/14, supra nota 2, par 39.

⁷ Cf. Corte IDH. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7. par. 28.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos já explicita as possibilidades de exercício de um direito, não cabe aos Estados-parte legislar sobre o que já foi determinado pela Convenção de forma a dar limitação maior do que consta na Convenção⁸. No tocante ao asilo, pode, contudo, legislar sobre procedimento necessário a conceder ao indivíduo *status* de asilado, pautando-se em parâmetros objetivos, destituídos de qualquer cunho discriminatório. Os Estados-parte têm o dever de respeitar os direitos e liberdades fundamentais e não podem excluí-los, nos termos dos artigos 1.1 e 29 da Convenção Americana, devendo-se equilibrar o exercício legítimo de poder com os direitos humanos.

É entendimento desta Honorable Corte IDH que ao dar interpretação a um tratado não se tomam em conta apenas os aspectos formais que levaram à assinatura de referido instrumento internacional, mas também o sistema jurídico ao qual o Estado se incorpora, bem como, também é pacífico no entendimento da Corte IDH que às normas definidoras de Direitos Humanos deve ser dada interpretação mais abrangente.⁹

Em outras palavras, o Estado não é obrigado a reconhecer o asilo de forma abstrata nem a fundamentar porque não o faz, em respeito à sua soberania. Porém, uma vez incorporado o instituto do asilo político ao seu sistema normativo interno, não é possível ao Estado recusar o *status* de asilado, salvo se fundamentado em não preenchimento de requisitos objetivos anteriormente estabelecidos. E os Estados-parte na Convenção incorporam ao seu sistema normativo o instituto do asilo como um instrumento de proteção do direito de livre circulação.

Assim, a intenção é de proteger os direitos humanos do indivíduo, de modo que os Estados-parte, aos quais as pessoas se socorrem não podem, em seu ordenamento jurídico interno impor restrições subjetivas que impeçam o exercício do direito de asilo político reconhecido na Convenção, criando condições discriminatórias (que culminem na negação do direito para determinado grupo) ou que “impossibilitem o direito, ou limitá-los em maior medida que a prevista nela”¹⁰.

⁸ Artigo 29 da CADH: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

⁹ Cf. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, par. 161.

¹⁰ Cf. Corte IDH. Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 novembro de 2012. Serie C N°. 257. par. 259.

Interpretação Teleológica e o Princípio da Proibição do Retrocesso

Para maior esclarecimento sobre a temática, faz-se necessário compreender que o asilo político passou a tomar maiores proporções no Sistema Interamericano de Direitos Humanos em decorrência de regimes ditatoriais que se instalaram nos Estados da América Latina, nos quais era comum perseguições e até mesmo encarceramento, torturas e desrespeito do direito à vida daquelas pessoas que divergiam dos atos arbitrários do Estado.¹¹

Desta forma, convenções foram dedicadas ao asilo como a Convenção Sobre Asilo Político (1933), Tratado Sobre Asilo Político de Montevideu (1939), Convenção Sobre Asilo Diplomático (1954), a Convenção Americana (1969) e a Declaração Americana de Direito dos Homens (1948), reforçam o direito de asilo em uma ordem regional.

É visível a tentativa em âmbito internacional em se proteger a pessoa humana, com a previsão do asilo político, já que a intenção destas normas é proteger direitos e liberdades fundamentais.

Permitir aos Estados-parte restringir o direito ao asilo político, conseqüentemente, seria negar a uma pessoa, em situação vulnerável (perseguição política), direitos da pessoa humana.

Aplica-se, portanto, o princípio da proibição do retrocesso, pelo qual não se pode suprimir direitos humanos já reconhecidos pela Convenção e, conseqüentemente pelos Estados-parte, pois seriam eles irrevogáveis, como se pode entender do posicionamento desta Honorable Corte IDH¹².

Aqui também é imperioso concluir que se a finalidade da Convenção é de que sejam respeitados os direitos humanos, permitir que seja limitado o asilo político, sem o respeito as garantias judiciais, recairá sobre o descumprimento do princípio da proibição do retrocesso, tendo como possíveis conseqüências, possível violação ao direito à vida, integridade física e psíquica, assim como à liberdade, pois o indivíduo fica sem a proteção do Estado asilante o que facilitará a continuidade na perseguição política pelo Estado em que a pessoa é nacional.

¹¹ Cf. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

¹² Cf. Corte IDH. Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Serie A No. 3. par. 56.

Esta Honorable Corte IDH já pacificou o entendimento¹³ de que, uma vez reconhecido determinado direito humano pelo Estado-parte em sua legislação interna, não se pode limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos elencados na oportunidade. Fazê-lo de forma diversa contraria frontalmente o que dispõe o artigo 29.b) da CADH.

A legislação do interna do Equador reconhece expressamente a instituição do asilo e refúgio em todas as suas abrangências e, inclusive, o princípio da não devolução, conforme dispõe o artigo 41 da Constituição da República do Equador. Desta forma, uma interpretação regressiva viola frontalmente o disposto na CADH.

No concernente à tratamento igualitário e a não discriminação suscitada em razão do artigo 2.1, 5 e 26 do PIDCP, tais disposições também devem ser interpretadas de acordo com o entendimento evolutivo pacificado por esta Honorable Corte IDH, visto que o próprio Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas dispõe que

O Comitê considera que o termo “discriminação”, tal como se emprega no Pacto, deve entender-se como referindo-se a toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou outro tipo de opinião, a origem nacional ou social, a propriedade, o estatuto de nascimento ou qualquer outra situação, e que tenha por objectivo ou por resultado anular ou comprometer o reconhecimento, a satisfação ou o exercício por parte de todas as pessoas, em condições de igualdade, de todos os direitos e liberdades¹⁴

Em uma oportunidade anterior, o mesmo Comitê de Direitos Humanos já havia se manifestado¹⁵, afirmando que as disposições de igualdade também se aplicam aos estrangeiros e que, embora caiba ao Estado a decisão de quem vai admitir em seu território, uma vez emitida a autorização ao estrangeiro adentrar em seu território, referida pessoa deve ter assegurados todos os direitos constantes do PIDCP. Desta forma, conclui-se que, o respeito aos dispositivos legais, trazidos pelo instrumento internacional citado, devem ser alcançados em consonância com a interpretação evolutiva e em um contexto de maior proteção ao ser-humano.

¹³ Cf. Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98., par. 101.

¹⁴ Cf. Comitê de Direitos Humanos. Comentário Geral nº 18: Não discriminação, par. 7.

¹⁵ Cf. Comitê de Direitos Humanos. Comentário Geral nº 15: a posição dos estrangeiros no que respeita ao Pacto, par. 5-6.

Neste sentido, esta Honorável Corte IDH já pacificou o entendimento¹⁶ de que a interpretação de tratados deve se coadunar com a evolução dos direitos humanos em sua amplitude geral de aplicação. Desta forma, a interpretação de tratados de direitos humanos deverá ser sempre em sentido mais abrangente e mais benéfico à pessoa.

Resposta ao Quesito

Desta forma, chega-se à conclusão de que não cabe ao Estado-parte na Convenção a aplicação de interpretação regressiva, tampouco a interpretação restritiva ao instituto do asilo político, haja vista a vasta jurisprudência da Corte IDH que determina e prestigia o cumprimento do que dispõe o artigo 29 da Convenção quando do exercício de sua competência contenciosa¹⁷ e que, *mutatis mutandis*, podem ser aplicados ao instituto do asilo.

2.2. Resposta à Pergunta “B”

B) Cabe a um Estado, alheio a determinada convenção sobre asilo, obstaculizar, impedir ou limitar a ação de outro Estado que é parte nesta Convenção, de maneira que não possa cumprir as obrigações e compromissos contraídos em virtude deste instrumento? Quais deveriam ser as consequências jurídicas desta conduta para a pessoa que se encontra asilada?

Breve Panorama Histórico-Conceitual

Inicialmente, insta consignar que o asilo diplomático é uma instituição que foi especificamente codificada por meio de tratados de caráter regional, sendo o primeiro deles o

¹⁶ Cf. Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16., par. 114; Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, par. 106;

¹⁷ Cf. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, par. 83; Cf. Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota n. 16, par. 106.

Tratado sobre Direito Penal Internacional, de 1889, e os últimos, as Convenções sobre Asilo diplomático e Asilo Territorial de Caracas, de 1954.

Referidos instrumentos sobre asilo diplomático e territorial, aliados à figura da não extradição por motivos políticos, vieram a denominar-se *tradição latino-americana do asilo*. Referida denominação leva em conta que negar a extradição por causas políticas é ato equivalente a concessão de asilo, o qual, por sua vez, na medida em que é concedido, obriga com que a extradição não seja efetuada por motivos políticos (que, por sua vez, deverão estar dispostos no ordenamento interno do país asilante).

No que tange o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o primeiro documento existente é, em 1951, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo, de 1967, reconheceram de maneira universal o asilo territorial ou transfronteiriço.

Após, houve o advento da Convenção (1969), que, por sua vez, em seu artigo 22.7¹⁸, de forma genérica, reconhece o direito ao asilo (incluindo, inclusive, em seu dispositivo o teor político deste direito). Registre-se que a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos também reconhece, em seu artigo 12.3, o direito de todo indivíduo, quando estiver perseguido, a buscar e obter asilo em outros países de acordo com as leis destes países e os convênios internacionais.

Feitas as breves considerações históricas, faz-se necessário indicar que o asilo é um ato do Estado, amparado por sua imunidade e soberania, de modo que não permite a outro Estado questionar a conduta protetora do Estado asilante.

Portanto, caso houver lugar em uma sede diplomática ou em outro local convencionalmente acordado para estes efeitos, o Estado (territorial) deve respeitar este ato de soberania, o que inclui observar o princípio de inviolabilidade das missões diplomáticas e a extensão das imunidades dos agentes diplomáticos ao fim superior de salvaguardar a vida, segurança, integridade pessoal e liberdade do asilado – inclusive a observância do princípio da não devolução.

Em segundo lugar, reafirmar que os Estados devem cumprir com o estímulo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais adotando medidas individuais ou coletivamente (artigo

¹⁸ 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.

2.2 o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos)¹⁹, ou realizando a cooperação internacional prevista no artigo 1.3 da Carta das Nações Unidas, significa dizer que o Estado deve cumprir suas obrigações internacionais nesta esfera adotando normas jurídicas de ordem interna, incluindo regras sobre asilo mais amplas e de maior alcance que as estabelecidas nos respectivos convênios internacionais.

Isto sem contar que, ao assinar (e ratificar) a Convenção, o Estado-parte se compromete a adotar medidas internas para sua adequação e efetividade, o que permite concluir que, ao ratificar e adotar referido instrumento em seu ordenamento interno, referida nação se compromete a observar as normas que dispõe e regulamentam o asilo (independentemente da sua modalidade), nos termos dos artigos primeiro e segundo da mesma.

E, assim sendo, os artigos 22.7 da Convenção e 14.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos consagram o direito de asilo sem distinguir ou diferenciar entre as distintas modalidades, formas ou categorias de asilo. O elemento fundamento do asilo possui caráter consuetudinário, como demonstra o uso e prática universais do direito ou princípio de qualificação, o qual se encontra estabelecido não apenas nas convenções de asilo diplomático e territorial do direito interamericano ou do direito dos refugiados, mas que também foi expressamente reconhecido pelas Nações Unidas, e consta nas cláusulas de não extradição e/ou não devolução ou entrega quando o Estado requerido considera que a solicitação do Estado requerente deve-se a motivos políticos, tal como esta figura aparece, por exemplo, em tratados bilaterais, regionais e multilaterais de extradição. Destas disposições decorre que toda forma de asilo goza de reconhecimento universal, pois, uma vez concedido, opera o princípio de não devolução, que garante o direito de livre mobilidade humana, previstos, respectivamente, no artigo 33 da Convenção de Genebra de 1951, e no artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

O direito de asilo assume formas ou modalidades diferentes, posto que sua concessão e reconhecimento são, sobretudo, um ato soberano do Estado asilante, o qual tem a possibilidade de qualificar os temores de quem busca amparo e determinar os direitos e benefícios concedidos ao asilado, sem que estas decisões possam ser refutadas por outros Estados nem consideradas como um ato de ingerência que limite sua soberania ou interfira na ação da justiça, tal como prescreve a

¹⁹ Cf. Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, Parágrafo 153; Cf. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota n. 17.

Declaração sobre o Asilo Territorial, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 2312 (XXII), de 14 de dezembro de 1967, a qual inclui o direito de asilo entre os propósitos proclamados na Carta das Nações Unidas, entre os quais constam o fomento de relações de amizade entre todas as nações e a realização da cooperação internacional na solução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e no desenvolvimento e estímulo do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião, e também dispõe o artigo 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Nesta toada, o artigo 4 do Protocolo de San Salvador, ao dispor que

não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau,

confere a mais elevada categoria não apenas ao dever de proteger os direitos humanos mas à obrigação de não restringi-los, ou seja, de não limitar ilegitimamente o alcance de seu exercício, mas de adotar medidas para buscar seu desenvolvimento progressivo.

Tal é a importância que o direito atribui a esta cláusula que seus postulados se reafirmam no princípio estabelecido no artigo 5.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual também consta no artigo 5.2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conforme aos quais

não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Assim, estes instrumentos reconhecem que existem diversas formas de asilo e, por isso,

recomenda que, sem prejuízo dos instrumentos existentes sobre o asilo e sobre o estatuto dos refugiados e apátridas, os Estados se inspirem, no que se refere à prática sobre o asilo territorial, nos seguintes princípios: O asilo concedido por um Estado, no exercício da sua soberania, a pessoas que tenham justificação para invocar o artigo 14º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, incluindo

as pessoas que lutam contra o colonialismo, deverá ser respeitado pelos restantes Estados (art. 1.1)²⁰.

Em terceiro lugar, é necessário ressaltar que nenhum Estado pode invocar legitimamente vazio jurídico ou insuficiência do direito para desconhecer alguma forma de asilo, ou para impedir que o mesmo cumpra seu objeto, ou interferir de modo que o Estado asilante se encontre impedido de cumprir os compromissos adquiridos como Estado signatário de determinada convenção sobre asilo da qual o Estado reclamante não é Parte contratante, o que não lhe exime do dever de conduzir suas relações internacionais em conformidade com os princípios de boa fé e *pacta sunt servanda* e, por último, asseverar que os direitos humanos e as liberdades fundamentais, os princípios que os sustentam e as instituições criadas para promovê-los e protegê-los²¹, encontram-se dentro do domínio do *jus cogens*, a partir do qual surgem obrigações *erga omnes*. Um destes princípios é o que obriga a exercer tais direitos mediante uma prática efetiva, para o que é indispensável que sejam respeitados os princípios de igualdade, de não discriminação, de realização dos mesmos em qualquer circunstância e sem distinções desfavoráveis.

Ressalte-se que em diversas oportunidades²² esta Honorable Corte IDH permitiu a aplicação – analógica ou incisiva – de tratados ou dispositivos internacionais (desde que em consonância com a mesma), assim, automaticamente, há a possibilidade de aplicação destes em eventual opinião consultiva ou julgamento.

²⁰ Cf. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218

²¹ Inspirando-se em Diderot, poder-se-ia dizer que se trata de princípios que não provém *de um mandato racional abstrato, concebido como aquilo que domina e entrelaça aos homens, mas que parte do vínculo verdadeiro e firme que reside na uniformidade de suas inclinações, de seus impulsos, de suas necessidades sensíveis. É neste plano onde há de se buscar a verdadeira unidade orgânica do gênero humano. Deixemos campo livre à natureza, que se obedeça a si mesma sem correntes nem travas convencionais, e sua efetiva verificação fará também que se realize o bem verdadeiro e único, a felicidade do homem e o bem-estar da comunidade. Desta realidade surgem os princípios fundamentais do direito, cuja função é satisfazer o interesse geral que consiste em manter vivos os vínculos que unem os seres humanos entre si, evitando a distensão, o ódio entre eles, ou que os deveres naturais se subordinem a uma ordem de deveres quimérico*. Cassirer, Ernst: *Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2008, pp. 274/275. (Tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²² Cf. Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259; Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

Resposta ao Quesito

A princípio, deverá ser observado se houve o respeito ao devido processo legal do asilado (dentro da jurisdição interna do país o qual o recebeu).

Nota-se que a própria Convenção prevê, em seu artigo 8º, o direito de toda pessoa ter acesso às garantias judiciais, dentro das quais, encontra-se o devido processo legal.

Neste sentido, já assinalou a CIDH que: “o devido processo deve ser garantido a toda pessoa independentemente do status migratório”, posto que “o amplo alcance da intangibilidade do devido processo se aplica não apenas a *ratione materiae* mas também *ratione personae* sem discriminação alguma”²³ e dispõe que “os migrantes tenham a possibilidade de fazerem valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros jurisdicionados”²⁴.

Portanto, referido asilado político (mesmo que hipossuficiente ou detido²⁵) deverá ter acesso a todas as garantias previstas pelo ordenamento ao qual está asilado, não podendo lhe ser obstada qualquer garantia, seja por qual razão. Claro que neste sentido, deverá o país objeto da solicitação prever em seu ordenamento interno quais são as condutas discriminadas como crimes (de opinião) políticos. Entendemos que a omissão quanto a isso gera uma violação aos direitos humanos, visto que obsta o acesso às garantias judiciais e ao pedido de asilo²⁶ (artigos 8º e 22.7 da Convenção).

Há, imperiosamente, a necessidade de que sejam observados os direitos humanos e garantir que o solicitante goze de todas as suas garantias e prerrogativas (desta condição e por ser pessoa), respeitando a (sua) dignidade da pessoa humana, qualquer que seja sua condição de

²³ Cf. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251

²⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, supra nota n. 16.

²⁵ Cf. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota n. 20; Cf. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Cf. Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129; Cf. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra nota n. 23.

²⁶ Cf. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução sobre “Proteção aos migrantes”

asilo²⁷. Não poderão ser discriminados e deverá ser-lhe assegurada igual condição perante a lei e demais jurisdicionados²⁸.

Em qualquer hipótese, ficam excetuados os direitos inderrogáveis (como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), que não admitem qualquer restrição. Do mesmo modo, impõe-se a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos humanos (exercitadas consoante os princípios do devido processo legal), mesmo em estados de emergência. O ônus da prova do cumprimento de todos estes requisitos recai naturalmente no Estado que invoca a situação de emergência pública em questão. Em casos não previstos ou regulamentados pelos tratados de direitos humanos e de direito humanitário, impõem-se os princípios do direito internacional humanitário, os princípios de humanidade e os imperativos da consciência pública. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI**. Rev. bras. polít. int. vol.40 no.1 Brasília Jan./June 1997).

Após, com a “resolução” no ordenamento interno, nos debruçamos sobre o asilo ser ou não concedido ao solicitante.

Se não concedido, não subsiste razão para sua manutenção dentro do país objeto da solicitação, podendo ser devolvido ao seu país de origem.

Se concedido, haverá uma colisão – aparente – entre a soberania e os tratados internacionais de direitos humanos.

Dessa arte, a questão submetida à apreciação permite duas hipóteses a serem apreciadas, eis que a mesma expressamente não menciona se o Estado que adota posições e medidas impeditivas é (ou não) membro da Convenção, motivo pelo qual ambas as possibilidades serão abordadas abaixo.

Na primeira hipótese (Estado alheio a determinada convenção de asilo, contudo, participante da Convenção) há a impossibilidade de obstaculizar, impedir ou limitar a ação de outro Estado, eis que ambos estão submissos à jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

²⁷ Cf. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra nota n. 23; Cf. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

²⁸ Cf. Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130

É forçoso concluir que o Estado ao se submeter à respectiva jurisdição, compromete-se a adequar seu ordenamento interno a referido regramento. E, assim sendo, referido Estado se compromete a “(...) respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, **opiniões políticas** ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” (artigo 1.1. da Convenção).

Dessa forma, ao adaptar seu ordenamento e se submeter à referida jurisdição, automaticamente há a necessidade de que seja respeitado o artigo 22.7²⁹ da mesma Convenção, eis que se trata de consequência – direta – do primeiro. Se não bastasse referido artigo, nota-se que expressamente o item seguinte (art. 22.8,³⁰ da mesma Convenção) há o princípio da não devolução, o qual veda expressamente a devolução e/a expulsão do estrangeiro em decorrência de suas opiniões políticas.

Neste sentido, deve-se ressaltar que a própria jurisprudência da Corte IDH³¹ se inclina pelo respeito das liberdades individuais, sendo que este gênero também envolve a espécie opinião política. E mais, por meio do emprego da mesma, há a possibilidade de aplicação de outros tratados e convenções³², de modo a assegurarem o acesso ao procedimento de asilo e a declaração (consequente ou não) desta condição, como se extrai dos artigos 8, 22.7, 22.8 e 25 da Convenção e dos demais procedimentos regradados na ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados).

Assim, de forma direta (aplicação da própria Convenção) e reflexa (aplicação de outras normatividades por meio de analogia ou jurisprudência) há um consequente aumento da proteção aos asilados (políticos ou não) e o acesso ao respectivo processo legal para adquirirem esta condição.

Portanto, nesta primeira hipótese, conclui-se que o Estado é impossibilitado de obstar o adimplemento das obrigações e compromisso contraídos da convenção sobre asilo.

²⁹ Artigo 22.7 da CADH 7.

³⁰ 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**.

³¹ Cf. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

³² Cf. Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, supra nota n. 22.

Se assim o fizer, deverá ser considerado um Estado violador de direitos humanos, podendo vir a ser condenado nas penas previstas para tal³³.

Quanto ao cidadão, deverá o mesmo continuar acobertado sobre respectiva garantia, e, desse modo, observado o princípio (ou cláusula geral) *pro homine*, o ato praticado perderá o efeito (ou será invalidado/anulado), assegurando os direitos inerentes a condição atribuída e reconhecida de asilado – e claro, à dignidade da pessoa humana deste³⁴.

No mais, como já dito, não poderá ser obstaculizado o acesso ao devido processo legal³⁵, insculpido no artigo 8 da Convenção, (e demais procedimentos de jurisdição interna – especialmente aos mais vulneráveis³⁶³⁷) a este cidadão – que procura o asilo (mesmo detido³⁸) – para atingir a condição pretendida.

Conclui-se, assim, que além do Estado estar impossibilitado de impedir a ação do outro Estado, o asilado continuará gozando dos direitos previstos na Convenção e demais regramentos aplicáveis (independentemente de consentimento à convenção ou não).

Tratando-se da segunda premissa (Estado alheio a determinada convenção de asilo, contudo, não participante da Convenção), verifica-se que há um confronto aparente entre a soberania deste com as normas de direito internacionais aplicáveis (bem como de eventual direito consuetudinário verificável ao caso).

Nota-se que esta controvérsia leva a uma interpretação dúbia, na qual se cinge a discussão.

Se considerar a soberania como ponto crucial da discussão, este Estado possui o direito de obstaculizar a ação de outro. Ora, uma vez que este Estado não é participante desta ou daquela convenção sobre asilo, através dos princípios do *pacta sunt servanda* e do *consentimento*, o mesmo não está(-rá) adstrito as normas decorrentes de pactuação alheia.

³³ Cf. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra nota n. 11.

³⁴ Cf. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra nota n. 23.

³⁵ Cf. Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

³⁶ Cf. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota n. 20.

³⁷ Cf. Corte IDH. Opinião Consultiva nº 21/14, supra nota n. 2.

³⁸ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador, supra nota n. 25; Cf. Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, supra nota n. 25; Cf. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra nota n. 23; Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota n. 20.

Respeita-se, assim, a autonomia do Estado frente as mais diversas relações existentes, sejam elas entre outros Estados quanto a Organizações Internacionais. Trazemos à baila trecho de uma decisão proferida na Corte Permanente de Arbitragem Internacional de Haia:

A soberania nas Relações Internacionais entre os Estados significa independência. A independência em relação a uma parte do globo é o direito de exercer as funções estatais nessa região, excluindo todos os demais Estados. O desenvolvimento da organização nacional dos Estados durante os últimos séculos e, como corolário, o desenvolvimento do direito internacional estabeleceram o princípio da competência exclusiva do Estado, no tocante a seu próprio território, de forma a tornar a soberania o ponto inicial de solução das questões relacionadas às Relações Internacionais.³⁹

Dessa forma, não é viável submeter um Estado a um tratado o qual não foi parte ou igualmente consentiu.

Consequentemente, existindo a validade do ato jurídico praticado pelo Estado, a consequência jurídica existente ao asilado seria a revogação do asilo concedido e seu consequente retorno ao seu país de origem.

Não haveria, pois, qualquer óbice nas “prestações negativas” realizadas pelo Estado alheio à convenção.

Entretanto, há uma outra posição (decorrente da soberania), a qual parece ser a mais adequada (e mais inclinada à proteção de direitos humanos).

Com muita propriedade, a doutrina internacionalista, a qual entendemos a mais coerente, e representada na pessoa de Antonio Augusto Cançado Trindade, afirma que a noção de soberania é totalmente alheia à proteção conferida (internacionalmente) aos direitos humanos⁴⁰. Neste sentido, inclusive, já decidiu esta Honrável Corte IDH em outra ocasião⁴¹.

Registre-se, nos mesmo sentido, os dizeres de Flávia Piovesan⁴²:

O processo de internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, pressupõe a delimitação da Soberania estatal – passa, assim, a ser uma

³⁹ Cf. Corte Permanente de Arbitragem Internacional de Haia. Contencioso entre os Estados Unidos e a Holanda sobre a Ilha de Palmas. Decisão de 04.04.1928.

⁴⁰ Cf. TRINDADE, A. A. Cançado. Apresentação. In: ALVES, José A. Lindgreen. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994. P. XVI.

⁴¹ Cf. Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, Par. 97.

⁴² PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS e o Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.

Desse modo, o conceito de soberania estatal atravessa o panorama estático sobre atos os quais o Estado escolhe (ou não) se submeter ou efetuar. Não há perpetuidade e interpretação absoluta desta.

O Estado, com a internacionalização dos direitos humanos, tem sua soberania relativizada em decorrência da (necessidade de) efetividade de Direitos Humanos. Observa-se que é decorrente de um processo histórico, como ressalta TRINDADE (2002, p. 33)⁴³:

A ideia da soberania estatal absoluta, que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. O Estado – hoje se reconhece – é responsável por todos os seus atos – tanto *jure gestionis* como *jure imperii* – assim como por todas as suas omissões. Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o acesso direito do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer vales tais direitos, inclusive contra o próprio Estado.

Nesta toada, observando a soberania sobre esta ótica, deverá o Estado que busca obstaculizar a convenção sobre asilo ser impedido, eis que referida atividade não coaduna com esta internacionalização de direitos fundamentais (especialmente encartada nos artigos 8, 22.7, 22.8 e 25 da Convenção).

Há, dessa forma, a necessidade de interpretação dos atos (e eventuais tratados) sobre a luz dos princípios orientadores do direito internacional⁴⁴, especialmente no que diz ao princípio *pro homine*.

Assim, no que pese sua não vinculação à convenção de asilo mencionada, deverá permanecer válida a concessão desta faculdade, eis que além de ato de soberania do Estado

⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, v. 3, n. 3, p.31-64, 2002.

⁴⁴ “São os princípios (derivados etimologicamente do latim principium) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às normas jurídicas e ao ordenamento jurídico como um todo.” (...) “Ditos princípios fundamentais revelam os valores e fins últimos do ordenamento jurídico internacional, guiando-o e protegendo-o das incongruências das práticas dos Estados...”. Cf. Voto Concorrente do juiz A. A. Cançado Trindade. In: Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. par. 44 e 53.

concessionário, trata-se de proteção à direitos e garantias individuais da pessoa em questão. E assim agindo, asseguraria todos os direitos inerentes à sua condição humana.

Destarte, a consequência jurídica deste ato ao asilado seria (em verdade) a proteção do asilo já concedido, ou seja, sua respectiva preservação/confirmação, de forma a assegurar os direitos do asilado, em detrimento da soberania do Estado que constituiu quaisquer óbices.

Verifica-se, portanto, uma interpretação sistemática das normas dos ordenamentos internos, os quais devem estar em sintonia com os internacionais. Constrói-se um sistema em que a asseguarção de direitos humanos constitui o núcleo rígido, o qual, ademais, será o postulado a ser aplicado (*pro homine* – o mais benéfico) quando houver qualquer conflito aparente de normas. Segue-se a orientação da primeira hipótese abordada (tendenciosa a toda e qualquer proteção de direitos e garantias individuais humanas).

Não obstante, referido Estado-parte (que abriga e recebe o asilado) não poderá suscitar uma matéria negativa (razão para deixar de fazê-lo), independente de qual seja, especialmente de que a outra nação descumpriu a Convenção. Nota-se que o próprio descumprimento da Convenção o torna igualmente violador de direitos humanos, eis que referida carta de direitos preconiza a proteção máxima de alguns direitos, os quais, em suma, visam assegurar a proteção, integridade física e psíquica. Há, pois, uma proteção máxima abrangida pela Convenção, sendo que esta cria um núcleo rígido – orientador, diretivo e obrigatório – o qual deverá ser observado pelo Estado-parte.

Dessa forma, ante o exposto, **o Estado, alheio a determinada convenção sobre asilo, NÃO poderá impedir o Estado-parte de cumprir os compromissos firmados decorrentes da Convenção, sob pena deste Estado-parte ser igualmente considerado violador de direitos humanos. No que tange a pessoa que se encontra asilada, deverá ser garantido a ela (independente de intervenção externa) o acesso ao devido processo legal – em âmbito interno e de acordo com sua vulnerabilidade – respeitando todas as suas garantias individuais, inerentes a própria condição humana (digna), não podendo ser prejudicado pelo Estado obstante.**

2.3. Resposta à Pergunta “C”

C) Cabe a um Estado, alheio a determinada convenção sobre asilo, ou que seja parte de um regime jurídico regional distinto daquele com base no qual foi concedido o asilo, entregar a quem goza do estatuto de asilado ou refugiado ao agente de perseguição, violando o princípio de não devolução, argumentando que a pessoa asilada perde esta condição por encontrar-se em um país estranho a este regime jurídico no momento de exercer seu direito de livre mobilidade humana? Quais deveriam ser as consequências jurídicas derivadas desta conduta sobre o direito de asilo e os direitos humanos da pessoa asilada?

Dentro dos parâmetros delineados por esta Honorable Corte IDH no caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolívia⁴⁵, o conceito e a natureza jurídica do asilo ganharam evolução ampliando seu alcance e efetivando a garantia àqueles que dele aclamavam, como esclarece:

En la región, el concepto tradicional del asilo evolucionó con el desarrollo normativo del sistema interamericano de derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (en adelante "Declaración Americana"), incluyó el derecho al asilo en su Artículo XXVII, el cual conllevó al reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo en las Américas

Nesse esteio, percebe-se a clara preocupação do Sistema Interamericano de incluir em seus diplomas normativos o direito de asilo, uma vez que o declarou, em âmbito da OEA.

Contudo, as gênesis do conceito de asilo na América Latina são deflagradas por meio do Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideú⁴⁶, datado em 1889. O mencionado documento internacional apresentava um capítulo exclusivo ao tema em discussão, como bem declarou a Corte IDH, também no caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolívia⁴⁷, que:

El derecho al asilo fue específicamente codificado por medio de tratados de carácter regional, iniciando con el Tratado de derecho penal internacional em

⁴⁵ Cf. Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

⁴⁶ Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideú, 1889.

⁴⁷ Cf. Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

1889, hasta llegar a la adopción de la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas en 1954.

Não obstante, outras convenções surgiram no continente, permeados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como a Convenção sobre Asilo assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana, em 1928, dentre outras. Deste modo, o asilo, assim, é instituto característico dos países latino-americanos.

Por sua vez, o refúgio, gênero de asilo, configurado em sede internacional, enquanto asilo versa sobre uma temática mais precisa de perseguição política, bem como regional, da América Latina, é concedido ao imigrante por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. O refúgio tem diretrizes globais definidas e possui regulação pelo organismo internacional ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

Todavia, em âmbito internacional, seguindo diretrizes de decisão da Assembleia Geral da ONU de 1950 (Resolução n. 429 V)⁴⁸, foi convocada para a cidade de Genebra, em 1951, a Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas objetivando elaborar uma Convenção que regulasse o status legal dos refugiados. Como resultado, a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados foi adotada em 28 de julho de 1951, passando a vigorar em 22 de abril de 1954.

A Convenção deve ser aplicada atentando para a não discriminação por raça, religião, sexo e país de origem. Além disso, o referido diploma estabelece cláusulas consideradas essenciais às quais nenhuma objeção deve ser feita. A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 é considerada a Magna Carta deste instituto de proteção ao estabelecer, com caráter universal, o conceito de refugiado assim como seus direitos e deveres.

De acordo com o artigo 1º do Estatuto dos Refugiados, o conceito legal angariado para refugiados seria o de pessoa que “tendo um temor bem fundado de 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”.

⁴⁸ Assembleia Geral da ONU de 1950 (Resolução n. 429 V)

Nesse jaez, como bem aclarou a Corte IDH, em julgamento ao caso emblemático Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia⁴⁹, aprimorando o conceito discutido de que:

Las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos para determinar la condición o estatuto de refugiado y el principio de no devolución”, proclamou a “adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos conlevó a lo que comúnmente se ha definido como “la tradición latinoamericana del asilo

Destarte, entre as cláusulas essenciais da supracitada Convenção, incluem-se, como descrito acima, a definição do termo “refugiado”, bem como o denominado princípio non-refoulement (“não-devolução”), o qual define que nenhum país deve expulsar ou “devolver” (refouler) um refugiado, contra sua vontade, em quaisquer ocasiões, para um território onde ele possa sofrer perseguição, como aduz o artigo 33 do diploma que salvaguarda os direitos pertinentes aos refugiados, proclamando que “Nenhum dos Estados Membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”

No entanto, a Convenção só abrange eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. No entanto, as primeiras menções ao princípio do non-refoulement surgiram na prática internacional do período entre guerras. Entretanto, foi no período posterior à Segunda Guerra Mundial que ele se configurou como princípio básico e pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados, como preceitua Cançado Trindade⁵⁰.

Com o tempo e a emergência de novas situações geradoras de conflitos e perseguições, não só as deflagradas no transcurso das Guerras Mundiais, tornou-se crescente a necessidade de providências que colocasse os novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da

⁴⁹ Cf. Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

⁵⁰ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal**. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto & SANTIAGO, J. R. La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ ACNUR, 2004, p. 60.

Convenção. Assim, emergiu um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, que foi preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966⁵¹.

Na Resolução 2198 (XXI) de 16 de dezembro de 1966⁵², a Assembleia tomou nota do Protocolo e solicitou ao Secretário-Geral que submetesse o texto aos Estados para que o ratificassem. O Protocolo foi assinado pelo Presidente da Assembleia Geral e o Secretário-Geral no dia 31 de janeiro de 1967 e transmitido aos governos, entrando em vigor no dia 4 de outubro de 1967.

Com a ratificação do Protocolo, os países foram levados a aplicar as provisões da Convenção de 1951⁵³, que anteriormente era taxativa temporalmente, se estendendo para todos os refugiados enquadrados na definição da carta, não havendo mais limites de datas e de espaço geográfico, como ocorria com o anterior diploma internacional.

Insta salientar que, embora relacionado com o Estatuto do Refugiado, o Protocolo é um instrumento independente cuja ratificação não é restrita aos Estados signatários da Convenção de 1951.

A ratificação vem sendo recomendada por várias organizações regionais, como o Conselho da União Europeia, a União Africana e a Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, por fim, são os meios através dos quais é assegurado que qualquer pessoa, em caso de necessidade, possa exercer o direito de procurar e de gozar de refúgio em outro país.

Todavia, no que tange a tutela dos direitos dos asilados, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵⁴ consagra o direito de asilo no seu artigo XIV, que vaticina "Toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países", ressalvando, no seu item 2, que o direito não pode ser invocado em caso de perseguição motivada por crimes de delito comum no Estado de origem.

⁵¹ Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966

⁵² Resolução 2198 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, Assembleia Geral das Nações Unidas

⁵³ Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O direito dos refugiados, extensão do de asilo, resultou da existência, em larga escala de pessoas deslocadas no mundo. O direito é objeto de regulamentação internacional, como a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1966.

Por sua vez, em 1969 o direito de toda pessoa busca e receber asilo foi reconhecido no artigo 22.7 da Convenção⁵⁵, a nível de OEA, e também conforme o item 8 do artigo 22 da Convenção⁵⁶ o qual prevê que “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”.

Seguindo esse entendimento, por meio de uma interpretação sistemática da Convenção, a Corte IDH, no caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia⁵⁷, consolidou sua jurisprudência e decidiu que:

Así, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo artículo 33.1 establece que "ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

No entanto, seguindo a mesma lógica, a própria Corte IDH, preocupada não só com a tutela do direito a vida e integridade física do sujeito requerente de asilo, aclarou a situação, no mesmo caso retrotranscrito, no seguinte sentido:

El artículo 33.2 de la Convención de 1951 establece que este beneficio no puede ser reclamado por un refugiado respecto del cual existen fundamentos razonables para considerarlo una amenaza a la seguridad del país en el que se encuentra, ni por un refugiado que, tras haber sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de dicho país.

⁵⁵ Artigo 22.7 da CADH.

⁵⁶ Artigo 22.8 da CADH.

⁵⁷ Cf. Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

Diante do elucidado, pode-se concluir que o princípio da não devolução caminha a um status de norma *jus cogens*, devendo ser seguido pela comunidade internacional, independente de haver ratificado tratados atinentes à proteção do asilado.

Por conseguinte, a finalidade de classificar o princípio da non-refoulement é a de norma peremptória de direito internacional, isto é, norma *jus cogens*, norma imperativa de direito internacional da qual não é permitida derrogação. Essa noção pode ser corroborada pela previsão normativa estabelecida nos artigos 53 e 64, da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados.

Todavia, essa ideia não se limita apenas a Convenção, ou seja, não se restringe a violações resultantes de tratados, mas é de aplicação geral, estendendo-se a toda e qualquer violação. Dessa forma, toda e qualquer transgressão que esteja sob o domínio de *jus cogens*, seja ela unilateral, bilateral ou multilateral é proibida, sendo ilegal. Portanto, cabe a não-devolução, sendo, portanto, entendido como um postulado normativo internacional.

No mais, o Comitê contra a Tortura, em situações de pedidos de refúgio, decidiu, firmando entendimento, positivamente no que tange a salvaguardar os direitos humanos do refugiado, especialmente em relação ao non-refoulement, devido a sua característica imperativa.

Em vários casos sobre solicitantes de refúgio que tiveram o seu pedido de refúgio negado, o Comitê concluiu que a expulsão do peticionário ao seu país de origem ou, em alguns casos, a outro Estado, constituiria uma clara violação do artigo 3º da Convenção contra a Tortura, que impõe um dever a que “Nenhum Estado Parte expulsará, devolverá ou extraditará uma pessoa para outro Estado quando houver fundados motivos para se acreditar que, nele, ela poderá ser torturada”.

Por esse ângulo, há o caso Gorki Ernesto Tapia Paez Vs. Suécia⁵⁸. Esse caso envolveu um nacional peruano membro ativo do grupo militante Sendero Luminoso, organização do partido Comunista do Peru, que foi excluído da concessão de refúgio pelas autoridades suecas sob o clamor do artigo 1º, F da Convenção para os Refugiados de 1951, que constrói a entendimento de que

⁵⁸ Cf. Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden, CAT/C/18/D/39/1996, UN Committee Against Torture (CAT), 28 April 1997, available at: <http://www.refworld.org/cases,CAT,3ae6b6de10.html> [accessed 2 May 2017].

As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas

Porém, o Comitê considerou, diante do fatídico caso, uma vez que Tapia Paez buscou asilo na Suécia, devido às suas atividades militantes no país de origem, que gerou sua perseguição.

O Sr. Tapia Paez, já que havia sido armado e se engajado em crimes durante atividades políticas no Peru, estava sob a proteção do Artigo 3º da Convenção contra a Tortura, por haver motivos substanciais para acreditar que ele seria torturado caso a Suécia o devolvesse ao Peru.

Ao chegar a essa conclusão, o Comitê afirmou que “the nature of the activities in which the person concerned engaged cannot be a material consideration when making a determination under article 3º of the Convention”.

Atualmente, o Comitê de Direitos Humanos (CDH) tem interpretado o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos abrangendo o princípio do non-refoulement, protegendo não-cidadãos do retorno forçado.

Esse posicionamento visa resguardar o indivíduo de um possível retorno nos casos em que for provável que, de acordo com os dispositivos do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, haja violação do direito à vida (artigo 6º) ou quando possa haver tratamento cruel (artigo 7º), destacando-se ainda, os casos em que o retorno possa resultar em pena de morte.

Por conseguinte, no caso *Ng Vs. Canadá* (1994)⁵⁹, relacionado à extradição pelo Canadá de Charles Chitat Ng, cidadão britânico nascido em Hong Kong, à Califórnia (Estados Unidos) onde era provável que ele fosse condenado à pena de morte, o Comitê de Direitos Humanos afirma em seu parágrafo 14.2 que “if a State party extradites a person within its jurisdiction in such circumstances, and if, as a result, there is a real risk that his or her rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Covenant”. Deste modo, delineamos o entendimento no que se referente a característica imperiosa da não devolução.

⁵⁹ Cf. *Chitat Ng v. Canada*, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994)

Resposta ao Quesito

Nesse diapasão, podemos verificar que a não devolução, em consonância ao direito pro homine, possui status de norma *jus cogens*, uma vez que independentemente da existência ou não de tratados, ou ratificação, elas vigoram como normas peremptórias do direito internacional, sob o qual estão dispostos todos os Estados.

Por sua vez, na existência de um Estado que não possua em seu ordenamento jurídico diploma que verse sobre asilo ou refúgio, este estará obstado de devolver ao país de origem cidadão que consigo buscou asilo ou refúgio, uma vez que a devolução engendraria possíveis violações a direitos peremptórios, assim violando o princípio do não ao retrocesso.

Por conseguinte, independente da ratificação ou não, de tratado ou não, os Estados devem conhecer seu dever internacional de não-devolução nos casos em que haja claros indícios de que o país requerente violará direitos do indivíduo asilado, que por sua vez não pode ter seus direitos de asilado violado à medida que foram garantidos anteriormente, o que assim pode produzir consequências de ordem irreparável, como: o possível desaparecimento forçado, tortura e a morte.

Deste modo, deve se levar em consideração que a soberania do estado não possui caráter absoluto e sim relativo, o que induz uma ponderação do poder estatal e o devido respeito aos direitos e garantias mínimas do asilado. Portanto, baseado na jurisprudência internacional, de que o princípio da não-devolução é norma *jus cogens*, não se pode abrir margem para o seu descumprimento.

2.4. Resposta à Pergunta “D”

D) Cabe a um Estado adotar uma conduta que, na prática, limite, diminua ou enfraqueça qualquer forma de asilo, argumentando para isso que não confere validade a certos enunciados de valor ético e jurídico como as leis da humanidade, os ditames da consciência pública e a moral universal? Quais deveriam ser as consequências de ordem jurídica decorrentes do desconhecimento destes enunciados?

O Asilo é, com efeito, um direito dos Estados no exercício de sua soberania. Todavia, é cediço, principalmente no âmbito de proteção à dignidade dos requerentes de asilo, que este

instituto também é considerado um Direito Humano⁶⁰. É de se observar que os países que estão de acordo com a Convenção devem utilizar, quando cabível, o asilo como forma de garantia de outros direitos; a exemplo se tem aquele previsto no artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos.⁶¹

No que se refere ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, a jurisprudência vem mudando exponencialmente após a década de 1990, adotando interpretação à luz dos instrumentos de proteção aos refugiados.

Nesse sentido, defende-se atualmente uma limitação quanto à discricionariedade estatal na concessão deste instituto, de forma que, uma vez preenchidos objetivamente as características que definem um refugiado no direito internacional, é imperativa a proteção por parte do Estado⁶². Tal fato pode ser notado no caso *Vélez Restrepo e Familiares vs. Colômbia*, aonde o jornalista Restrepo vinha sofrendo restrição do seu direito de residência e liberdade devido às constantes ameaças de morte que recebia por membros do Exército Nacional, não se sentindo mais seguro em seu país realiza um pedido de asilo aos Estados Unidos da América, o qual acaba por ser recebido pelo território americano, pois o requerente preenchia objetivamente as características de um refugiado segundo o direito internacional⁶³.

Ainda assim, veem-se sedimentos alguns limites materiais para a concessão de asilo.

Do artigo XXVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, extraem-se dois critérios cumulativos que devem ser observados para que exista o direito ao asilo: a) deve estar de acordo com a legislação do país em que se busca asilo; b) deve estar de acordo com os instrumentos internacionais.

Quanto ao segundo critério, destacam-se como parâmetro a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 sobre a situação dos refugiados.

Destes, verifica-se limitado o campo material de proteção às pessoas que solicitam asilo ou refúgio, não sendo possível a concessão quando ocorrerem as seguintes hipóteses: a) crime

⁶⁰ Artigo 27 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948; Artigo 22.7 da CADH

⁶¹ 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

⁶² Cf. *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), par. 155

⁶³ Cf. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248. par. 216-232.

contra a paz, crime de guerra ou crime contra a humanidade; b) crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de ser nele admitido como refugiado; c) atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas⁶⁴.

Também, destaca-se nessas convenções a consagração do reputado princípio do *non-refoulement*, o qual goza de natureza *jus cogens* e confere uma garantia de ordem imperativa e inderrogável aos refugiados e àqueles que fogem para escapar de violência política ou conflitos internos⁶⁵.

No mais, esta Honorable Corte IDH firmou o posicionamento de que os Estados-parte não podem conferir proteção direta ou indireta a pessoas processadas por crimes contra os Direitos Humanos. Entende-se que esse posicionamento deve também ser observado quando discute a concessão de asilo⁶⁶.

Outro ponto no qual a discricionariedade estatal é restringida diz respeito à obrigação de não-discriminação. Da pergunta em tela, por certo, não podem resultar distinções baseadas em razão da raça, cor, sexo, linguagem, religião, política e outra opinião do solicitante, sob pena de violação ao artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (como no caso *La Cantuta vs. Peru*⁶⁷) e os artigos 3 e 4 da Convenção Relativa ao Estatuto dos refugiados de 1951.

Essa questão é de salutar importância quando se discute uma “consciência pública” e “moral universal”, vez que aqueles que procuram asilo e pessoas não-nacionais são evidentemente mais vulneráveis a discriminações. Considera-se agravado ainda este panorama quando a pessoa é proveniente de um país com cultura distinta, tal como os países do Oriente, os quais, muitas das vezes, sofrem com problemas como o subdesenvolvimento e o terrorismo.

Quanto ao terrorismo, o alerta deve ser maior, sendo que os casos de discriminação são mais comuns.

É nesse sentido que o Estado tem o dever de garantir que suas leis e políticas a respeito de não-nacionais não sejam desenvolvidas ou aplicadas de maneira a encorajar ou resultar em

⁶⁴ Art.1, F – Convenção relativa ao estatuto dos refugiados.

⁶⁵ Cf. PAULA, Bruna Vieira. O Princípio do Non-Refoulement, sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf>

⁶⁶ Cf. Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153., par. 132.

⁶⁷ Cf. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

discriminação⁶⁸.

Perceba, outrossim, que o uso de argumentos como o valor ético e jurídico para enfraquecer o asilo não é válido se um conflito de direitos existir, como o que ocorreu no caso da Última Tentação de Cristo. No caso supracitado, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa e de crença são defendidas defronte dos valores que o Estado do Chile buscavam proteger⁶⁹.

Nota-se, portanto, que se um Estado infringir os direitos defendidos por Tratados, os quais encontram-se integrantes, sofrerá consequências jurídicas proporcionais; ainda que esta infração se dê por meio da negação ou limitação de asilo político a um cidadão estrangeiro que esteja sofrendo perseguição de seu próprio país ou de terceiro por ter cometido crimes políticos.

Assim é função do Estado guardar os direitos humanos dos seus cidadãos, quando estes sofrem violações ou restrições o mesmo deve ser punido. Como ocorreu no caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, onde o Estado não garantiu o devido processo legal, nem a integridade e a liberdade pessoal do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez sendo condenado pela Corte IDH a pagar uma justa indenização compensatória aos familiares da vítima⁷⁰.

No caso do Estado que veio a suprimir o asilo por não fazer parte da convenção, é válido a ressalva que se deve respeitar a soberania do país. Necessitando um balanceamento entre os direitos humanos e esta soberania.

Estabelecidos esses parâmetros atinentes ao Direito Internacional, não haveria óbices à soberania estatal quando se fala na concessão de asilo, desde que respeitados os critérios fixados por normas de observância obrigatória definidos pelo sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Resposta ao Quesito

Deste modo a natureza desta resposta seria a não adoção de uma política que limita, diminua ou enfraqueça qualquer forma de asilo; não conferindo validade a argumentos baseados no

⁶⁸ Cf. REPORT ON TERRORISM AND HUMAN RIGHTS, 2002, Recommendations, 16 “h”

⁶⁹ Cf. Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73., par. 45.

⁷⁰ Cf. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, par. 3, 175, 176 e 177.

valor ético e jurídico. Os países que estão de acordo com a Convenção se descumprir o exposto sofrerá as sanções impostas pela Corte IDH, por sua vez para os países não signatários o parâmetro para que possa ocorrer uma penalidade internacional é distinto, mas mesmo assim pode-se dizer que terá conseqüências internacionais caso o direito humano protegido pelo asilo seja violado.

2.5. Resposta à Pergunta “E”

E) Cabe a um Estado negar asilo a uma pessoa que solicita esta proteção em uma de suas sedes diplomáticas aduzindo que concedê-lo significaria fazer mal-uso dos locais que ocupa a Embaixada, ou que concedê-lo desta forma significaria estender indevidamente as imunidades diplomáticas a uma pessoa sem status diplomático? Quais deveriam ser as conseqüências de ordem jurídica destes argumentos sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa afetada, tendo em conta que poderia se tratar de uma vítima de perseguição política ou de atos de discriminação?

O asilo diplomático é instituto de Direito, tipicamente latino-americano, que diz respeito à proteção de estrangeiros. Por meio desse, seu beneficiário direto se instalará nas dependências de embaixada ou locais de missão que gozam de imunidade, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas⁷¹ (doravante Convenção de Viena).

Referido instituto, para a maioria dos pesquisadores da área, não é modalidade própria de asilo político, tratando-se o asilo territorial seu objetivo, caracterizando-se assim como espécie provisória de proteção.

Interessante ressaltar, que existiram casos históricos isolados da aplicação do asilo diplomático em outras partes do mundo: foi o caso dos Estados Unidos e a concessão de asilo diplomático a dois eminentes cardeais da Igreja Católica, Cardeal Mindszenti e Cardeal Wichinky, respectivamente, em suas missões diplomáticas em Budapeste e Varsóvia. Em tempos de Guerra Fria (onde ocorriam intervenções armadas da então URSS nestes países) os cardeais foram

⁷¹ **Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Art. 1º. i)** "Locais da Missão" Os edifícios, ou parte dos edifícios, e terrenos anexos, seja quem for o seu proprietário, utilizados para as finalidades da Missão inclusive a residência do Chefe da Missão.

conservados, mesmo que, praticamente como prisioneiros de suas missões diplomáticas por longos anos, à vista da recusa de concessão de salvo-conduto por parte das autoridades locais.

Em face da iminente necessidade de proteção adequada ao direito de buscar e receber asilo⁷², a comunidade internacional, diante da relevância do instituto em apreço e por meio da força dos tratados internacionais – que têm o condão de firmar um acordo de proteção e fiscalização de direitos entre os Estados signatários, se prostrou à elaboração de diversos instrumentos cujo sentido tem a proteção do direito de asilo.

Dentre estas, cabem ressaltar: a Convenção sobre Asilo Diplomático e Territorial de Caracas (1954), a Convenção de Montevidéu (1933) e os próprios instrumentos de proteção geral, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969).

Compete então a cada Estado, à medida que assina e ratifica referidos instrumentos de proteção, fazer adaptações internas⁷³ que sejam pertinentes às suas respectivas legislações. Desse modo, adequando-se à estas previsões, caberá à comunidade e ao órgão internacional competente fiscalização e, se findarem não aplicadas as disposições que se tornaram leis, evidenciando-se a permissividade da lei em face dos Estados, esses deverão ser severamente punidos.

No que se refere à discricionariedade do Estado quanto à concessão ou não de asilo político (gênero cujas espécies são o asilo territorial e o asilo diplomático), se depreende do artigo II da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954 (doravante Convenção de Caracas) *in verbis*: “Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega.”.

Ora, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1967 (doravante CADH), por sua vez, estabelece o direito ao asilo em seu artigo 22.7. Dessa forma, nos termos supracitados, nos parece ser compulsória a concessão de asilo diplomático por parte do Estado-parte da CADH, quando presentes seus requisitos para tal, sob pena de configuração de violação aos direitos humanos.

⁷² Artigo 22.7 da CADH.

⁷³ Artigo 2 da CADH.

Isso porque, ao passo que tem, toda pessoa, o direito a ‘buscar e receber’ asilo, se da completude das condições de perseguição política e urgente resultar a negativa do benefício, operar-se-ia violação à direito subjetivo do solicitante – ensejando, *per si*, ilícito internacional.

Neste diapasão, a Opinião Consultiva OC-21/14 sobre os Direitos e Garantias das Crianças⁷⁴ no contexto de migração e/ou necessidade de proteção internacional consolidou o seguinte entendimento desta Honorable Corte IDH. Vejamos.

73. La Corte ha reconocido previamente que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una “mera prerrogativa estatal” bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo.

Não obstante, a negativa do asilo implicaria na não observância do dever geral da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁷⁵. Pois, se deixou de conceder direito garantido pela Convenção que se fazia patente, além de frustrar o direito de asilo em si e seus fins (instituto humanitário que visa a paz social), causará danos irreversíveis a outros direitos humanos salvaguardados pela Convenção (integridade pessoal, vida, liberdade de expressão, etc.).

Frisa-se serem pressupostos para sua concessão do asilo diplomático o padecer de perseguição de natureza política e atual (estado de urgência), por meio da imputação de crime político ou conexo ao requerente do asilo diplomático.

Portanto, se o solicitante de asilo se encontra sob estas condições e lhe é negada a concessão de asilo, nos parece inevitável o entendimento que a sua não-aceitação acarretará na violação doutros direitos intrínsecos ao principal destinatário de todo e qualquer tratado de direitos humanos: o ser humano.

⁷⁴ Cf. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra nota n. 2.

⁷⁵ Artigo 1 da CADH.

Ainda sobre o tema, é pacífico, de acordo com a Convenção de Caracas, que tanto o estado de urgência⁷⁶, como o revestimento de um crime com a natureza política⁷⁷, caberá unilateralmente ao Estado-Solicitado realizar tais classificações – superando, dessa forma, o entendimento da Corte Internacional de Justiça no Caso Haya de La Torre (Peru vs. Colômbia) do ano de 1951.

Por fim, cabe mais uma vez salientar a essência humanitária do asilo diplomático, bem como a utilidade-fim da preservação da paz social – motivo pelo qual encontra-se não sujeita à cláusula de reciprocidade⁷⁸, tampouco passível de reclamações de outros Estados, que não poderão enxergar a concessão do referido instituto como ato “não amigável” para com o Estado cujo asilo é de origem.

Acerca do “mal-uso” dos locais da embaixada, cumpre dizer tratar-se de termo deveras amplo, sobre o qual passamos a discorrer de forma breve neste parecer. Isso porque referida locução, discutida profundamente tomará inúmeras vertentes das quais não nos cabe definir qual seria a mais apropriada.

O asilo é um instituto exclusivamente político e, conseqüentemente, se restringe apenas aos crimes de natureza política, ficando à critério do país que irá conceder o asilo inferir se perseguição tem por motivo um crime político ou não. Dessa afirmação, extrai-se que a perseguição deve ser individualizada, é um ato *intuitu personae*, uma vez que a perseguição ocorre por motivos de opinião ou por um ato infracionário político de uma pessoa.

Pode ocorrer de o crime político ser cometido coletivamente, isto é, um grupo de pessoas envolvidas para praticar o mesmo crime. No caso de todas essas pessoas envolvidas estarem sendo perseguidas pela prática do mesmo crime e todas requererem ao asilo, o mesmo deverá ser concedido sob a análise da cada uma das perseguições, particularmente.

Frisa-se que a concessão do asilo é um ato soberano do Estado, e, portanto, desvinculado de razões políticas no sentido de hostilidade entre esses. Desse modo, não pode um Estado negar

⁷⁶ Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático e Territorial. Artigo VII. Compete ao Estado asilante julgar se se trata de caso de urgência.

⁷⁷ Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático e Territorial. Artigo IV. Compete ao Estado asilante a classificação da natureza do delito ou dos motivos da perseguição.

⁷⁸ Convenção de Montevideu de 1933. Artigo 3. O asilo político, por seu caráter de instituição humanitária, não está sujeito a reciprocidade. Todos podem ficar sob a sua proteção, seja qual for a nacionalidade que pertençam, sem prejuízo das obrigações que na matéria tenha contraído o Estado de que façam parte; mas os Estados que não reconheçam o asilo político, se não com certas limitações ou modalidades, só poderão exercê-lo em países estrangeiros da maneira e dentro dos limites em que o tiverem reconhecido.

asilo com o fundamento de que a concessão do mesmo causaria rivalidade com outros Estados, um ato soberano deve ser respeitado pelos outros Estados

Em relação à perseguição coletiva, podemos compreender seus motivos como sendo de natureza racial, religiosa, grupo social, opiniões políticas ou por qualquer outra razão que atinja uma coletividade. A perseguição ocorre por motivos de ignorância do Estado, que não aceita qualquer outra circunstância que o contrarie ou contrarie seus preceitos, configurando uma grave violação aos direitos humanos.

Nos casos de perseguição coletiva, o refúgio tem sido o instituto mais aplicado. Tal fato não impede que seja concedido asilo aos casos de perseguição coletiva, mas, sob uma análise de casos anteriores, o asilo posteriormente será convertido em refúgio. Essa prática se constata uma vez que o refúgio é um instituto universal e obrigatório a todos os Estados signatários de acordos internacionais, e o asilo se restringe aos países da América Latina, como um costume já consolidado e positivado em tratados internacionais.

Ademais, o refúgio tem um caráter permanente no sentido de que se estabelecerá uma residência definitiva em outro país, tendo em vista que a perseguição não se cessará tão rapidamente, bem como ofereceria segurança territorial, pois mesmo que território da embaixada seja respeitado com um território estrangeiro, a depender da situação política em que se encontra o país, podem ocorrer violações nesse sentido. A segurança também seria oferecida em razão de que, uma vez concedido o refúgio, o perseguido viveria em outro país com as mesmas condições de um estrangeiro, podendo iniciar uma vida diferente das condições em que vivia antes.

Dessa forma, entendemos ser vedada tanto a negativa, quanto a revogação do asilo (devolução), quanto atribuição de sanções administrativas no caso de perseguição de índole coletiva (ex.: em razão de raça, credo, opinião política, orientação sexual, dentre outros) por tratar-se de “crime” permanente.

Da mesma maneira, o asilo político concedido por perseguição de índole individual pela prática de crime comissivo, em não havendo pacto anterior, será vedado ao Estado tanto a revogação do asilo (que, em termos práticos, equivaleria a uma devolução) quanto outra sanção administrativa, em razão da necessidade de definir o que se considera crime político e definir as hipóteses de revogação do asilo.

Assim, seria possível a criação de um regulamento para a definição destes aspectos faltantes, inclusive acerca do mal-uso, devendo, no entanto, ser prévio, abstrato e exemplificativo

com interpretação restritiva – que conteria também sanções administrativas, a serem aplicadas ao asilado que incidir em mal-uso, contanto que nunca implique na devolução desse.

Seguindo o raciocínio desta Honrável Corte IDH fazemos prevalecer “[...] em aplicação do princípio de interpretação mais favorável [...] sem qualquer supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista dela”, conforme o parágrafo decisório nº. 259 do Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica ⁷⁹. Isso porque, o Estado que recebe o criminoso por meio do asilo defende os direitos fundamentais do perseguido, impossibilitando que se opere a negativa, revogação ou devolução.

No que se refere ao *status diplomático* é importante, primeiramente, que se distingam as imunidades concedidas aos locais da missão diplomática (que decorrem de atributo do Estado detentor do local – art. 22 da Convenção de Viena) e àquelas inerentes ao agente em missão diplomática (prerrogativas que decorrem exclusivamente de sua função – ou seja, do ‘acreditamento’ nos termos do art. 7.2 da Convenção de Viena).

Das imunidades concedidas aos locais da missão, comumente uma embaixada, está a inviolabilidade. A Embaixada é a presença oficial de um Estado, dentro de outro, revestido da jurisdição de seu país. Justamente por esse fato, aquele que procura asilo diplomático, o procura dentro da Embaixada de outros países.

Resposta ao Quesito

Isto posto, não caberá a um Estado negar asilo a uma pessoa que solicita esta proteção em uma de suas sedes diplomáticas aduzindo que concedê-lo significaria fazer mal-uso dos locais que ocupa a Embaixada ou que concedê-lo desta forma significaria estender indevidamente as imunidades diplomáticas a uma pessoa sem status diplomático, pois, em face do dever de proteção em face de iminente ilícito internacional, deverá o sr. Acreditado agir conforme as leis internacionais e proteger os direitos humanos flagrantemente ameaçados pela negativa da concessão de asilo fundada tão somente num desvio de função da Embaixada.

⁷⁹ Cf. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, supra nota n. 10.

A concessão de asilo político implica em proteção que um Estado concede a uma pessoa que se encontra em situação de perseguição política ou discriminação pelo próprio Estado da qual é natural. Infundado seria, a afirmação que desviaria as funções da embaixada ou ainda que dela se faria mal-uso, posto que muito mais relevante serão os direitos humanos postos em cheque.

É cediço que “a autoridade asilante não permitirá aos asilados praticar atos contrários à tranquilidade pública, nem intervir na política interna do Estado territorial” nos termos do art. XVIII da Convenção de Caracas. Da mesma forma, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas reza em seu art. 22.2: “o Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações à tranquilidade da Missão ou ofensas à sua dignidade. ”.

Assim, infere-se que qualquer mal-uso da embaixada poderá ser reprimido pelo agente diplomático, desde que respeitando e fazendo prevalecer as normas e diretrizes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e ainda o faça baseado em regulamentação prévia, abstrata, exemplificativa e de interpretação restritiva e nunca findando na devolução do asilado.

No mais, a extensão das imunidades atributos do Estado (e nunca as atinentes a função diplomática), quais sejam a inviolabilidade do local em que se encontra, nada mais é que medida necessária para que seja dada proteção àquele que a tem como direito.

Esta Honorable Corte IDH já pacificou seu entendimento neste sentido, conforme se depreende do caso Pacheco Tineo vs. Bolívia⁸⁰. Vejamos.

235. Aunado a ello, es importante para la Corte resaltar que para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos y, en este caso en particular del principio de no devolución, no basta con que los Estados se abstengan de incurrir en una violación de dicho principio, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas.

236. En situaciones en las cuales la persona se encuentra frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto. Sin embargo, pueden existir situaciones en las cuales exista motivos fundados para considerar que una persona extranjera representa una amenaza a la seguridad nacional o al orden público, pero que no puede ser devuelta al país de origen y no existe un tercer país seguro donde devolverla. La Corte reconoce que en los casos de no reconocimiento de la condición de refugiado ni de un estatus migratorio regular y ante la imposibilidad de la devolución, es necesario precisar si la persona en dicha situación solamente tiene el derecho a no ser devuelta o si, además, es titular de otros derechos que obligarían a la actuación estatal.

⁸⁰ Cf. Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2.

Em todas essas hipóteses, é pertinente o entendimento do Princípio do *Non-Refoulement* (não-devolução), de forma que uma vez concedido o asilo, o asilado não poderá ser devolvido ao seu país de origem ou à país que possivelmente lhe entregaria às garras da perseguição atual. Referido princípio, é esculpido pelo art. 33 do Estatuto do Refugiado⁸¹, bem como pelo art. 22.8 da CADH, e também pela Constituição da República do Equador, no artigo 41.

Por derradeiro, se faz importante lembrar que sede do caso *Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*⁸², a esta Honorable Corte IDH afirmou:

[...] as diversas formas e modalidades que podem assumir os fatos em situações violatórias de direitos humanos fazem pouco menos que ilusória a pretensão de que o Direito Internacional defina de forma taxativa – ou cerrada ou *numerus clausus* – todas as hipóteses ou situações – ou estruturas – de atribuição ou imputação ao Estado de cada uma das possíveis e eventuais ações ou omissões de agentes estatais ou de particulares. Desta maneira, ao interpretar e aplicar a Convenção, a Corte deve prestar atenção às particulares necessidades de proteção do ser humano, destinatário último das normas incluídas no tratado de referência. Em razão do caráter erga omnes das obrigações convencionais de proteção sob responsabilidade dos Estados, não é possível determinar seu alcance em função de uma visão centrada na vontade soberana daqueles e dos efeitos das relações meramente interestatais. Estas obrigações competem a todos os sujeitos do Direito Internacional e os casos de descumprimento deverão ser determinados em cada caso em função das necessidades de proteção para cada caso particular.

Assim, a Corte estabeleceu que para garantir os direitos reconhecidos na Convenção, o Estado deve se abster de atuar de maneira tal que propicie, estimule, favoreça ou aprofunde essa vulnerabilidade, e deve adotar, quando seja pertinente, as medidas necessárias e razoáveis para prevenir ou proteger os direitos daqueles que se encontrem em tal situação.

No mesmo íterim, vem o caso *Pacheco Tineo*⁸³:

⁸¹ Art. 33. Proibição de expulsão ou de rechaço. 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

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

⁸² Cf. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

⁸³ Cf. Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. supra nota n. 2.

143. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, a efectos de interpretar y dar aplicación más específica a la normativa convencional para determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, la Corte toma en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR. En este sentido, si bien las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma, la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación. Así, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos, a la luz de otros tratados y normas pertinentes. En este caso, al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos

As consequências jurídicas incluem a responsabilização estatal pelo desrespeito às normas de caráter humano e fundamental, podendo com base na Convenção serem cabíveis na condenação a realização de: (i) instrumentos que assegurem a garantia de não-repetição; (ii) programas de educação que mencionem a sentença da Corte aos funcionários dos órgãos públicos responsáveis pela concessão de asilo; (iii) programas de conscientização para a população migrante.

2.6. Resposta à Pergunta “F”

F) Cabe ao Estado asilante negar um pedido de asilo ou refúgio, ou revogar o estatuto concedido como consequência da formulação de denúncias ou do início de um processo legal contra esta pessoa, tendo indícios claros de que estas denúncias têm um motivo político e que sua entrega poderia dar lugar a uma cadeia de eventos que terminaria causando graves danos ao sujeito, isto é, a pena capital, cadeia perpétua, tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, à pessoa reclamada?

Previsões de Revogação do Asilo e Refúgio

Dentre os diversos tratados e diversas convenções ou declarações que versam sobre os direitos dos asilados e/ou refugiados, e, conseqüentemente sobre as hipóteses de revogação, destacam-se alguns.

Para o asilo, é necessário que sejam observadas: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 14, 2; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 27; a Declaração Sobre Asilo Territorial, artigos 1º, 3º e 4º, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 22.8.

Quanto ao refúgio, devem ser observados os artigos 32 e 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, que versam, respectivamente, sobre a expulsão e a proibição da expulsão ou rechaço.

Após a leitura dos textos dos tratados, convenções e declarações, ficou esclarecido que, em regra, a revogação do status de asilado ou refugiado deve ser controlada, e em casos específicos.

O asilo só pode ser revogado quando: o asilado está sendo processado por crime comum em seu país de origem, e não político; o asilado está sendo processado por praticar atividades contrárias aos fins e princípios das Nações Unidas; existam motivos fundados para desconfiar que o asilado cometeu crimes contra a paz, crimes de guerra ou contra a Humanidade; e, por fim, quando houverem razões fundamentais de segurança nacional ou para salvaguardar a população, como no caso de uma afluência em massa de pessoas.

Já quanto ao refúgio, este será revogado quando houver motivos de ameaça à segurança pública e à ordem pública.

Do Non-Refoulement

O princípio do *non-refoulement*, ou, princípio da não-devolução ou da proibição do rechaço, constitui no direito internacional uma norma consuetudinária e deve ser sempre respeitado.

Basicamente, consiste na garantia que o refugiado goza de que não será devolvido ao seu país de origem, se neste lugar ele possa correr perigo de vida, perseguição política, ou estar sujeito a tratamentos desumanos ou degradantes.

Para o caso em tela, o entendimento mais importante a ser analisado é, sem dúvidas, o da Corte Interamericana, que já consolidou seu entendimento acerca do tema no Caso Família Tineo vs. Bolívia. Neste caso, a Corte IDH considerou que o *non-refoulement* foi violado pelo Estado boliviano.

Esta Honorável Corte IDH considerou que⁸⁴:

No sistema interamericano, o princípio do *non-refoulement* possui uma maior amplitude em virtude do caráter de complementaridade do Direito Internacional dos Refugiados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Deste modo, a proibição do rechaço deve ser compreendida como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio constitui igualmente uma norma consuetudinária de direito internacional e é reforçado no sistema interamericano para o reconhecimento do direito de buscar e receber asilo reconhecido nos tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis no continente americano.

Além de estar previsto na Convenção Americana, o princípio do *non-refoulement* está previsto [...] no art. 8º da Convenção da ONU sobre Desaparecimento Forçado e no art. 33 da Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados.⁸⁵

Non-refoulement indireto

É preciso conhecer também do princípio do *indirect-refoulement*, ou *chain refoulement*, que seria o princípio da não devolução indireta ou por ricochete.

Caio Paiva e Thimotie Heemann Aragon nos trazem que esta vertente do *non-refoulement* ainda não é tão estudada no Brasil e na América, mas, na Europa, já está aprofundada na doutrina.

⁸⁴Cf. Corte IDH. Caso família Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra nota n. 2. par. 151.

⁸⁵ Cf. PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimotie. JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2. Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 526.

Este princípio nada mais é do que a proibição de enviar o refugiado ou o requerente de asilo para um país a partir do qual possa ser reenviado para um terceiro Estado onde possa vir a sofrer determinado tipo de perseguição ou ainda risco de violação de sua vida ou liberdade.⁸⁶

O ACNUR já se pronunciou a respeito, dizendo que a violação deste princípio contraria as disposições da Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, principalmente seu artigo 33.

Resposta ao quesito

Ante ao exposto, chega-se à conclusão de que a resposta para a questão de esclarecimento “F” deve ser NÃO.

Como foi estudado, os motivos que justificam a revogação do asilo ou do refúgio são restritos, e seriam nos casos de processo por crime comum do asilado, e outras questões ligadas à segurança e ordem pública, além de comportamentos contrários aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

A questão tem dois momentos distintos: primeiro se pergunta se cabe revogação quando há denúncias com indícios claros de motivação política, e o segundo se pode entregar o indivíduo sabendo que esta devolução acarretaria em situações altamente prejudiciais a ele.

Ao que parece, e após esta pesquisa, estas dúvidas já foram solucionadas.

Primeiro, justamente por haver perseguição fundada em motivos políticos é que se deve conceder o asilo. Esta é a razão de ser do asilo, que visa proteger a liberdade individual do indivíduo que sofre qualquer tipo de prejuízo apenas por expressar sua opinião política. Quando a questão indaga sobre a possibilidade da revogação de um asilo ou refúgio “*como consequência da formulação de denúncias ou do início de um processo legal contra esta pessoa, tendo indícios claros de que estas denúncias têm um motivo político*”, acaba descrevendo exatamente o que se espera que um asilo proteja. Do mesmo modo entendeu a Corte IDH, no Caso Família Pacheco Tineo.

⁸⁶ Cf. PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimotie, supra nota 85, p. 526.

Por fim, no final da questão, ao colocar sob dúvida se cabe ou não revogação do status de asilado ou de refugiado, mesmo sabendo que a devolução “*poderia dar lugar a uma cadeia de eventos que terminaria causando graves danos ao sujeito, isto é, a pena capital, cadeia perpétua, tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, à pessoa reclamada*”, fica claro que é de entendimento pacífico da comunidade internacional de que isto acarretaria na violação do princípio da não-devolução, considerado norma consuetudinária de Direito Internacional, e expresso em diversos tratados e convenções já mencionados nesta pesquisa.

Neste sentido, André de Carvalho Ramos diz⁸⁷:

Sob a ótica dos direitos humanos internacionais, o asilo é hoje uma garantia internacional de direitos humanos, que consta da Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo XIV) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 22.3). Logo, tanto a concessão quanto a denegação do asilo são passíveis de controle, não sendo mais livres do Estado. Por exemplo, o Brasil, após a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992) e o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH, em 1998), não poderá mais conceder ou denegar asilo sem temer a vigilância internacional dos direitos humanos e eventual sentença condenatória vinculante de Corte IDH.

Reafirmando este raciocínio, tem-se, principalmente o art. 22. 8 da Convenção Americana que em nenhum caso o estrangeiro exilado pode ser expulso ou entregue a país, seja ou não de origem (*non-refoulement* ou *indirect-refoulement*), onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco por motivos políticos, entre outros elencados pelo artigo.

2.7. Resposta à Pergunta “G”

Pergunta G: Considerando que os Estados possuem a faculdade de conceder asilo e refúgio com base em disposições expressas do Direito Internacional que reconhecem estes direitos baseados em razões humanitárias e na necessidade de proteger ao mais fraco e vulnerável quando determinadas circunstâncias alimentam em tais pessoas fundados temores sobre sua segurança e liberdade. Tal prerrogativa pode ser exercida pelo Estado de acordo com o

⁸⁷ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas*. p. 24. Artigo disponibilizado no site do autor: <www.academia.edu/andredecarvalhoramos>

artigo 22.7 da Convenção Americana, o artigo 14.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, de expressas disposições da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, e seu Protocolo de Nova York, de 1967, assim como de Convenções regionais sobre asilo e refúgio, e de normas pertencentes à ordem interna de tais Estados, disposições que reconhecem direito de qualificação a favor do Estado de acolhida, o qual inclui a avaliação e de todos os elementos e circunstâncias que alimentem os temores do asilado e fundamentem sua busca de proteção, incluindo os delitos comuns que pretenda atribuir-lhe o agente de perseguição, tal como este fato se encontra refletido, respectivamente, nos artigos 4.4 e 9(c) das Convenções Americanas de Extradicação e de Assistência Judicial Mutua em matéria penal. Portanto, em observância das premissas antecedentes e à luz da obrigação de natureza erga omnes da proibição da tortura, tal como consta na Convenção contra a Tortura e Outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e nos artigos 5, 7 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (que estabelecem o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade pessoal e o direito a contar com garantias judiciais), se um mecanismo de proteção dos direitos humanos pertencente ao Sistema das Nações Unidas, chegasse a determinar que a conduta de um Estado pode ser interpretada como desconhecimento do direito de qualificação exercido pelo Estado que asila, causando com isso a prolongação indevida do asilo ou refúgio, motivo pelo qual este mecanismo determinaria que o procedimento incorrido por este Estado implica na violação dos direitos processuais da pessoa refugiada ou asilada, previstos tanto nas cláusulas citadas da Convenção Americana, como nos artigos 7, 9, 10 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (o direito a não ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito à liberdade e segurança pessoais de maneira que ninguém pode ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias; o direito à dignidade inerente ao ser humano de toda pessoa privada de liberdade; e o direito à igualdade de todas as pessoas perante os tribunais e cortes de justiça, assim como a outras garantias judiciais), cabe ao Estado que foi objeto da resolução ou parecer de um mecanismo multilateral pertencente ao Sistema de Nações Unidas, através da qual lhe é atribuída responsabilidade pela violação dos direitos de uma pessoa asilada ou refugiada consagrados nos artigos 5, 7 e 8 da Convenção Americana, e dos artigos 7, 9, 10 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, solicitar cooperação judicial em

matéria penal ao Estado asilante sem ter em consideração o parecer mencionado nem sua responsabilidade na violação dos direitos da pessoa asilada?

Para melhor compreensão, a pergunta foi fragmentada em alguns pontos dos quais se obteve a afirmativa: “pode um estado que já foi condenado por prolongar o status de asilado diplomático de alguém, por não fornecer o salvo-conduto para que o asilado possa alcançar o termo final do asilo (asilo diplomático), requerer a cooperação internacional em matéria penal para seja aplicado uma sanção penal pelo estado asilante?”.

Em primeiro momento, cumpre enfatizar que a distinção entre o asilo e refúgio é relevante apenas a título de conhecimento, vez que na prática a sua concessão, exercício e extinção se opera, basicamente, nos mesmos moldes. Essa afirmação é corroborada com a utilização por esta Honorable Corte IDH do termo asilo em seu sentido amplo no caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*.⁸⁸

De plano temos que, doutrinariamente, asilo e refúgio são coisas distintas; a diferença primordial entre ambos é a finalidade, enquanto o refúgio possui caráter humanitário (como no caso dos refugiados ambientais), o asilo é eminentemente político. Desdobram-se em diversas espécies, variando em razão do motivo ensejador de seu pedido, como perseguição religiosa ou política (podendo ser individual ou coletiva para o refúgio e apenas individual para o asilo).

O ponto mais claro de contato entre os dois institutos reside no chamado asilo e refúgio políticos.

Importante salientar que independentemente da espécie a qual nos referimos, o refúgio em todas as suas subdivisões é revestido da garantia da não devolução, a qual orienta que ninguém deixará a condição de refugiado, ou asilante, que se encontra pra retornar a país que entenda sofrer perseguição capaz de ensejar qualquer violação a seus direitos humanos. O *non refoulement* constitui, portanto, meio essencial e pacificado de proteção internacional aos refugiados de eventuais abusos estatais consubstanciados na devolução e conseqüente regresso à condição de violação.

Tal prerrogativa sustenta-se, principalmente, na da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, bem como seu protocolo de 1967, posteriormente reproduzido em âmbito

⁸⁸ Cf. Corte IDH. Caso família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra nota n. 2. par. 159.

regional nas Convenções Americanas sobre asilo diplomático e territorial, conforme dispõe o artigo 33⁸⁹.

Igualmente fomentado na prática internacional é o caráter cogente do disposto dessa prerrogativa, como se observa nos casos Nicarágua vs. Estados Unidos de 1982 e Chitat Ng vs. Canadá.

A definição de *ius cogens* é convencionalmente retirada dos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual estabelece que “nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”⁹⁰. Unindo a parte *in fine* da citada definição com a determinação da vedação ao retrocesso das normas de direito fundamental disposta no art. 29, “b”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, temos que não apenas sua aplicação é obrigatória, mas, uma vez expandida sua incidência (como na prerrogativa do *non refoulement*), também não poderá retroceder, nem por nova disposição jurídica internacional.

No âmbito regional existem duas convenções que, conjuntamente com a Convenção Sobre o Estatuto Regional dos Refugiados de 1951, alterada pelo seu protocolo em 1967, tratam do assunto de maneira, ainda, superficial.

Os tratados dos quais nos referimos equivalem a Convenção sobre Asilo Diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial, ambas de 1954. No primeiro caso, o artigo I estabelece que será concedido asilo político a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos, competindo ao Estado asilante a qualificação quanto a natureza do delito ou motivos da perseguição, destarte, não compete ao Estado territorial interferir, vez que se trata de um gesto unilateral (artigo IV). Ademais, não pode ser imputado ao estado asilante o prolongamento indevido do asilo territorial se constatar que a saída da embaixada ou de outra extensão territorial caracterize um perigo iminente a vida ou integridade física daquele que está em situação de asilo (artigo XIV).

Veja, esta não é uma regra absoluta e deve ser observada com parcimônia, vez que uma interpretação restritiva das disposições da convenção pode gerar inconvenientes irreparáveis. Isto posto, com base no princípio *pro hominie*, se a prorrogação é perpetrada em razão de atos do Estado asilante, este poderá ser responsabilizado internacionalmente.

⁸⁹ Artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

⁹⁰ Artigo 52 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

A prolongação indevida poderá ocorrer nos casos em que o não fornecimento do salvo-conduto acarreta em um risco concreto da sua captura, a qual ensejaria em (a) ferida a sua integridade física e psíquica, (b) risco de vida, (c) devolver o asilado a Estados terceiros que acarretaria nas violações listadas acima.

Portanto, nos casos em que o Estado territorial não concede a possibilidade ao asilado de alcançar o asilo territorial ante a falta de salvo-conduto, é possível recair sobre ele a imputação de um ilícito internacional. No entanto, isto não pode impedir que o Estado condenado solicite a cooperação internacional. A aplicação cada vez mais abrangente dos Direitos Humanos jamais poderá resultar em impunidade, seja para o Estado que cometeu um ilícito internacional, seja para o agente estatal que agiu em desacordo com a legislação interna. Assim, nestes casos, o Estado deve, conforme o entendimento consolidado desta Corte, investigar, processar e punir os responsáveis. Ainda, o civil que agiu em desacordo com a legislação penal do país no qual ele se encontrava a época deve ser processado e penalizado, se restar condenado, pelas vias internas.

Em primeiro momento, a prevenção é a medida a ser tomada pelo Estado após chegar aos ouvidos de um de seus agentes a informação de um risco real e imediato a determinado civil. Esta é uma atitude necessária para evitar sua responsabilização, dado que, em que pese à responsabilidade atribuída ao Estado por atos decorrentes de particulares ou terceiros não ser ilimitada, ela ainda assim pode ocorrer. Com efeito:

La Corte también ha señalado que un Estado no es responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares. El carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto de particulares. Debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato.⁹¹ (grifo nosso)

Como podemos observar, se agentes estatais tinham conhecimento concreto sobre a existência de risco real e imediato de lesão a direito de outrem e quedaram-se inerte, cometeram, em tese, um ilícito. Contudo, na maioria dos casos, o Estado somente toma conhecimento de atos de particulares após a consumação da prática delituosa. Dessa maneira, nessas situações, conforme

⁹¹ Cf. Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, par. 110.

ventilado anteriormente, cumpre ao Estado investigar, processar e condenar aqueles agiram em desacordo com a normativa estatal, a qual tipifica crimes e comina penas. Portanto

La responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso.⁹² (grifo nosso)

A reparação, conforme o entendimento da Corte, pode ocorrer *post factum*, como nos casos em que a prevenção não foi viável devido a inexistência de informação a respeito da prática delituosa. Nessas ocasiões, a obrigação estatal vai consistir na devida investigação dos fatos, se restar comprovado que o Estado “deu de ombros” para a apuração da infração penal poderá ser responsabilizado. Em seu primeiro caso contencioso, a Corte se manifestou no sentido que a investigação é

[...] una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.⁹³

Toda esta explanação somente foi trazida para comprovar que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos é um instrumento com o objetivo precípuo de salvaguardar e observar a aplicação correta dos Direitos Humanos em toda América, não pretendendo, portanto, dar ensejo à concretização da impunidade.

⁹² Cf. Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, supra nota n. 16, par. 111.

⁹³ Cf. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra nota n. 70, par. 177.

Sob esta ótica, é comum a celebração entre Estados soberanos acordos de cooperação internacional em matéria penal, nos quais um dos Estados se compromete a aplicar a lei penal em seu território, mesmo nos casos em que o crime foi cometido no território do outro.

De acordo com a Convenção Interamericana Sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, em seu artigo 9º, é vedada a assistência (a) nos casos em se pretende julgar uma pessoa que já foi condenada tanto no país solicitante quanto no país solicitado; (b) se a investigação for iniciada com o objetivo de processar, punir ou discriminar alguma pessoa ou grupo de pessoas, por motivo de sexo, raça, condição social, nacionalidade e ideologia; (c) se o delito se referir a delito política ou relacionado com delito político, ou até mesmo comum nos casos em que a investigação é iniciada por motivação política; (d) se tratar de pedido de assistência emanado de um tribunal de exceção ou um tribunal *ad hoc*; (e) se for afetada a ordem pública, soberania, segurança ou interesse públicos fundamentais e (f) se o pedido se referir a um delito fiscal.

Por conseguinte, em se tratando de delito comum sem vínculo com delito político, seja por conexão ou por motivações políticas, é perfeitamente possível o pedido de cooperação internacional em matéria de direito penal, evitando a adoção de medidas que contribuem para a impunidade.

Contudo, devemos nos ater aos casos em que o Estado solicitante possui condenação exarada por um organismo da Organização das Nações Unidas por violar garantias fundamentais do asilado, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, garantias judiciais e outras lesões similares devido ao retardamento doloso da passagem livre e a sua consequente perpetuação do asilo. Por muitas vezes, esta situação precária pode ensejar em uma verdadeira detenção arbitrária.

De acordo com a deliberação nº 9 do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária⁹⁴, vislumbra-se a arbitrariedade de detenções nos casos em que aqueles que buscam asilos, imigrantes ou refugiados, ficam sujeitados a uma custódia administrativa prolongada sem a possibilidade de se valer de um remédio judicial para se ver livre.⁹⁵

⁹⁴ Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law.

⁹⁵ Deliberation No. 9, supra nota n. 94, par. 38.

O grupo chega ao ponto de dizer que a vedação à detenção arbitrária encontra respaldo tanto em tratados regionais quanto em universais, bem como no direito costumeiro e, por fim, informa que trata-se de uma norma *jus cogens*.⁹⁶

Nenhuma pessoa deve ser privada de sua liberdade ou mantida em detenção somente com base em evidências das quais o detento não tem a possibilidade de responder, incluindo casos de imigração ou outras subcategorias de detenção administrativa⁹⁷

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já sinalizou que, em alguns casos, quando o direito à liberdade pessoal é violado é possível à ocorrência de consequências que impliquem na violação conjunta do direito à integridade pessoal ou, até mesmo, à vida⁹⁸.

O art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos é o grande catálogo no tocante as liberdades pessoais. O primeiro parágrafo impõe a obrigação geral, seguido dos outros parágrafos, que determinam obrigações especiais, de maneira que a violação destas últimas, logicamente, acarretaria uma violação da obrigação mais ampla.⁹⁹

Ao influir para que alguém permaneça em uma detenção sem prazo para sua cessação, na embaixada ou em qualquer outra extensão territorial, sob constante vigilância, não somente contribui para uma restrição à mobilidade humana, mas sim, para uma situação *de facto* de privação da liberdade.¹⁰⁰ A formação desse cenário pode ensejar consequências ao indivíduo muitas vezes piores do que a aplicação da lei penal.

Portanto, com base nos parágrafos do art. 7º da cooperação internacional em matéria penal, a mesma deve ser executada com base em algumas balizas.

A primeira delas, estabelecida como vetor para a autorização da extradição, consiste na dupla tipicidade da conduta criminosa. Nesse sentido, o delito deve ser tipificado tanto no Estado solicitante quanto no Estado solicitado, vez que o cumprimento de uma pena sem que haja um crime que autorize o cárcere representa uma prisão ilegal.

⁹⁶ Deliberation No. 9, supra nota n. 94, par. 51.

⁹⁷ Deliberation No. 9, supra nota n. 94, par. 71.

⁹⁸ Cf. Corte IDH. Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, par. 87

⁹⁹ Cf. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170., par. 54.

¹⁰⁰ Deliberation No. 9, supra nota n. 94, par. 59.

Portanto, o Princípio da Tipicidade associado ao Princípio da Reserva Legal são os pressupostos necessários para que a condenação seja considerada dentro dos parâmetros da lei. A Corte, no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, se pronunciou da seguinte maneira:

“La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a Convención Americana.”¹⁰¹

De outra forma, foi o pronunciamento da Corte com relação a detenção arbitrária, sendo esta diferente da ilegal. Do parágrafo segundo até o parágrafo sétimo do art. 7º da Convenção, estaremos tratando da prisão arbitrária e não mais da prisão ilegal.

Já no tocante a prisão arbitrária, esta ocorrerá nos casos em que o cerceamento da liberdade for incompatível com os direitos do indivíduo, por motivos de falta de razoabilidade, imprevisibilidade ou desproporcionalidade.¹⁰²

Em um esforço de síntese, ressaltando a diferença entre as duas modalidades de detenção, o art. 7º da Convenção Americana

contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.¹⁰³

¹⁰¹ Cf. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, supra nota n. 99, par. 57.

¹⁰² Cf. Corte IDH. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16. par. 47

¹⁰³ Cf. Corte IDH. Caso Gangaram Panday vs. Surinam, supra nota n. 102. par. 47.

Independente da modalidade de detenção, é importante salientar que, seja ela arbitrária ou ilegal, pode ganhar contornos mais prejudiciais do que a aplicação da sanção penal ao final de um processo, caso não tenha sido concluído no Estado solicitante, desenvolvido nos termos estritos do artigo 8º e 25º da Convenção Americana.

A Corte, ao analisar a arbitrariedade da prisão cautelar no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, seguiu esta argumentativa, não podendo ser a cautelar mais gravosa do que a própria prisão pena.¹⁰⁴

Portanto, deve o Estado solicitado considerar a anterior condenação do Estado solicitante no sistema de proteção dos direitos humanos da ONU, bem como o tempo em que aquele que ficou em cárcere *de facto* ou não para fins de detração penal.

No mais, a simples análise objetiva dos fatos com o posterior desconto na pena da sentença condenatória pode não ser proporcional. Sendo assim, recorreremos ao entendimento anterior da Corte para fixar algumas balizas buscando determinar quando a aplicação da lei no país territorial seria proporcional.

O caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Ecuador* organiza a maneira pela qual a Corte entende uma detenção como sendo proporcional, de tal maneira que atenda aos preceitos convencionais. Inexistirá ilegalidade ou arbitrariedade quando preenchidos os seguintes requisitos: (a) que a finalidade das medidas que privem ou restrinjam a liberdade seja compatível com a convenção, a Corte já entendeu como fins legítimos assegurar que o acusado não impeça o correto desenvolvimento do procedimento penal; (b) que as medidas adotadas sejam as idôneas para cumprir com o fim perseguido; (c) que seja necessárias, no sentido de que seja absolutamente indispensáveis para conseguir o fim desejado e que não exista outra medida menos gravosa e com a mesma idoneidade para alcançar o objetivo perquirido e (d) que sejam medidas que resultem estritamente proporcionais, de tal forma que o sacrifício inerente a restrição do direito à liberdade não seja exagerada ou desmedida em comparação com as vantagens que se obteriam mediante tal restrição e o cumprimento da finalidade perseguida.¹⁰⁵

Cumprido ressaltar que as condições alhures foram estabelecidas com base nas prisões cautelares. Todavia, ante a inediticidade da situação, a analogia, servindo como forma de

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, par. 122.

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, supra nota n. 99, par 93.

interpretação *pro homine*, é o meio viável e adequado com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.

Portanto, ao se deslocar entre os vetores listados acima, chegaremos à conclusão de que a violação ao direito à liberdade pessoal é de alta monta, ou ainda, ultrapassa o artigo 7º da Convenção, alcançando também o artigo 5º ou, até mesmo, o artigo 4º, devendo ser extinta a punibilidade do réu, vez que o sofrimento experimentado pelo indivíduo antes mesmo de ter iniciado o processo crime (observando as garantias do artigo 8º e 25º da Convenção) no Estado solicitado foi de tamanha monta que a aplicação da pena ao final do processo seria, *in re ipsa*, uma violação ao artigo 7º da Convenção Americana.

Resposta ao Quesito

Por todo o exposto, poderá um Estado, mesmo que condenado pelos órgãos da ONU, solicitar a cooperação internacional em matéria penal, vez que a impunidade não é um bem jurídico resguardado pelos Direitos Humanos. Para tanto, faz-se necessário verificar se a condenação anterior exarada no Estado solicitante obedeceu às regras do devido processo penal (artigo 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos), caso contrário deverá ser iniciado um processo no Estado solicitado.

A execução da cooperação deve obedecer alguns princípios relacionados com a extradição, como a dupla tipicidade e a aplicação da pena limitada à cominação máxima do país em que o réu cumprirá a pena.

Devendo ser pactuado pelas partes, anteriormente a execução da cooperação internacional em matéria penal, a liberação do salvo-conduto para que possa ser plausível a execução da pena. Nesse caso, seria imprescindível que as partes acordantes da cooperação internacional deixem preestabelecida a concessão do salvo-conduto – não consistindo, portanto, num efeito automático. Nesse sentido, haveria uma necessidade de se tornar explícito no acordo de cooperação, tendo em vista que o asilado poderia correr riscos posteriores, bem como o Estado cooperante sofrer eventuais sanções.

Ademais, diante de situações em que a aplicação da pena torna-se desproporcional ao fato praticado, mostrando-se onerosa, sua imposição deve ser vedada. Tal quadro poderá ocorrer nos

casos em que o réu já ficou recluso na embaixada por tempo igual ou superior ao que foi condenado pela sentença estrangeira ou nacional. Assim sendo, a análise dos fatos deve ser objetiva e a detração penal necessária, a qual diante da Convenção de Caracas em seu artigo XVII, será contabilizada a partir do trigésimo primeiro dia após a entrada *de facto* na embaixada.

Nas circunstâncias em que, após a análise objetiva da detração penal restar algum período a ser cumprido em cárcere, o Estado deverá se abster de aplicar a sanção penal quando a análise concreta da privação de liberdade ultrapassar os limites estabelecidos pela Corte quando falou da prisão *ad cautelam* no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador*. Conforme exposto anteriormente, muitas vezes a prisão cautelar, assim como a prisão *de facto* na embaixada pode se tornar tão onerosa que a aplicação, em que pese legal, da legislação penal seja desproporcional e se torne arbitrária.

Após a análise objetiva e subjetiva da sanção a ser cumprida, se ainda restar pena a ser executada, deverá o seu cumprimento se dar em uma instalação penitenciária dentro dos parâmetros de humanidade estabelecidos pela Corte IDH.

Satisfeita a pena, o Estado não poderá devolver o asilado na hipótese de ainda existir risco de ser penalizado ou torturado (art. 33 da Convenção do Estatuto do Refugiado). Persistindo as condições que oferecem perigo à sua integridade física, deve o asilado permanecer no território em que cumpriu a pena ou em outro Estado que não represente uma ameaça. Nesse sentido, é aconselhável que o acordo de cooperação internacional preveja o tratamento a ser dado ao indivíduo após o cumprimento da pena.

3. Índice de casos

Corte Permanente de Arbitragem Internacional de Haia. Contencioso entre os Estados Unidos e a Holanda sobre a Ilha de Palmas. Decisão de 04.04.1928.

Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden, CAT/C/18/D/39/1996, UN Committee Against Torture (CAT), 28 April 1997, available at: <http://www.refworld.org/cases,CAT,3ae6b6de10.html> [accessed 2 May 2017].

Chitat Ng v. Canada, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994)

The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997).

Corte IDH. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016.

Corte IDH. Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Serie A No. 3.

Corte IDH. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva Mapiripán de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 novembro de 2012. Serie C Nº. 257.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, par. 83; Cf. Corte IDH.

Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH. Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251

Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114

Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130

Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.

Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153., par. 132.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

Corte IDH. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

4. Índice de autoridades

CANÇADO TRINDADE, A. A. Cançado. Apresentação. In: ALVES, José A. Lindgreen. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994. P. XVI.

_____. **A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, v. 3, n. 3, p.31-64, 2002.

_____. **Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal**. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto & SANTIAGO, J. R. La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ ACNUR, 2004.

Cassirer, Ernst. **Filosofía de la Ilustración**, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2008. (Tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

PAULA, Bruna Vieira. **O Princípio do Non-Refoulement, sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados**. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf>

PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimotie. **JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**, 2. Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS e o Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Asilo e refúgio**: semelhanças, diferenças e perspectivas. Artigo disponibilizado no site do autor: <www.academia.edu/andredecarvalhoramos>