



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito do Largo São Francisco

Parecer

São Paulo

Maio/2017



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Sumário

1. Introdução conceitual	4
2. A atuação do sistema interamericano no fortalecimento e na implementação do instituto do asilo	6
2.1. A proteção dos solicitantes de asilo na moldura normativa do sistema interamericano	6
2.2. A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	10
2.2.1. A publicação de informes.....	10
2.2.2. As relatorias especiais	10
2.2.3. A atuação contenciosa da Comissão	10
2.3. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos	12
2.3.1. Atuação consultiva	12
2.3.2. Atuação contenciosa.....	13
3. Conclusão	15
Apêndice I Disputas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	17
Apêndice II Opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	17
Apêndice III Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	17
Referências bibliográficas	17



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Parecer

Em 18 de agosto de 2016, o Estado do Equador, em conformidade com o artigo 64(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos, apresentou à Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos um requerimento de parecer consultivo sobre “a instituição do asilo em suas diversas formas e a legalidade de seu reconhecimento como direito humano de todas as pessoas, de acordo com o princípio de igualdade e não discriminação”. O Estado do Equador pede que a corte emita seu parecer sobre as seguintes questões:

A) Cabe a um Estado, grupo ou indivíduo realizar atos ou adotar uma conduta que, na prática, signifique o desconhecimento das disposições estabelecidas em instrumentos internacionais de direitos humanos, 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 de asilo? Quais seriam as consequências jurídicas produzidas sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa afetada por esta interpretação regressiva?

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?

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?

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?

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 consequências 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?

[A]
pe



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

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?

G) Cabe ao Estado que foi objeto da resolução ou parecer de um mecanismo multilateral pertencente ao sistema das 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 Cívicos 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?

A presidência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 73.3 do regulamento da respectiva corte, solicita a opinião da Faculdade de Direito da USP sobre os pontos submetidos à consulta.

1. Introdução conceitual

O tema da proteção internacional dos refugiados não está mais restrito às medidas de implementação dos tratados do sistema universal dos direitos humanos e à atuação dos sistemas regionais dos direitos humanos. A mídia tem atribuído cada vez mais destaque ao tema com reportagens e fotos que retratam a difícil situação enfrentada pelos refugiados. Em meio a tantas agruras apresentadas diariamente, um sinal de esperança surgiu com o anúncio do grupo dos refugiados pela primeira vez na história dos Jogos Olímpicos. O grupo apresenta como elemento comum a realidade da ausência do país de nacionalidade ou residência habitual em decorrência de perseguições de naturezas diversas. A categorização desses atletas como refugiados possibilita, no entanto, visibilidade a um grupo até então invisível aos olhos da sociedade. A delegação de refugiados possibilita indagações sobre uma nova realidade em que surge a possibilidade concreta de um grupo de indivíduos representar uma condição perante uma comunidade internacional que reflete a crescente e necessária humanização do direito internacional.

A compreensão das questões formuladas pelo Estado do Equador e do debate sobre o paradigma atual de proteção dos refugiados exige a compreensão prévia de conceitos elementares. Nos parágrafos a seguir, serão explicados os institutos do asilo e suas espécies e do refúgio. Os dois institutos serão em seguida comparados e serão apresentadas as diferenças e semelhanças existentes entre eles.

O asilo em sentido amplo abrange um grupo de institutos que garantem o acolhimento do estrangeiro que, em decorrência de perseguição sem justa causa, não pode retornar ao lugar de residência ou nacionalidade. Por meio do instituto do asilo, o Estado tem o poder discricionário de conceder proteção a um indivíduo perseguido por razões políticas e que se encontra em estado de urgência, no qual se verifica a atualidade

II
m



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

da perseguição política. Suas espécies são as seguintes: asilo político, que se subdivide em asilo territorial, asilo diplomático e asilo militar; e refúgio.

O asilo político consiste em um conjunto de regras que protege o estrangeiro perseguido por motivos políticos e que, em decorrência desse fator, não pode permanecer ou retornar ao território do Estado de sua nacionalidade ou residência. O asilo territorial é verificado quando o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção (Jubilut, 2003, p. 17). O asilo diplomático é concedido ao perseguido político que foi abrigado nas instalações da missão diplomática. Tal modalidade de asilo é uma prática de direito internacional público difundida especialmente na América Latina e constitui uma exceção ao asilo territorial. O Estado que não é parte de tratados sobre o tema e que não reconhece o costume regional latino-americano não é obrigado a permitir que os perseguidos políticos sejam acolhidos nas missões diplomáticas estrangeiras em seu território. O asilo militar, por fim, compreende o asilo diplomático estendido a navios, aeronaves e locais militares.

O asilo diplomático será destacado, uma vez que constitui o ponto focal de uma das perguntas formuladas pelo Estado do Equador. A doutrina recente entende que a pessoa que busca refúgio em instalações diplomáticas deve ser entregue às autoridades se for acusada de ter praticado crimes comuns e se o mandado de prisão tiver sido formulado pelas autoridades competentes do Estado asilante (Shah, 2007). Não há, no entanto, o dever do chefe da missão diplomática de proibir a entrada de indivíduos que buscam refúgio em uma embaixada. O refúgio temporário pode ser concedido em uma missão diplomática com o objetivo de salvar a vida humana e por razões humanitárias, sobretudo durante tempos de agitação civil e política (Shah, 2007).

O refúgio é um instituto de direito internacional mais recente e com abrangência maior e tipificada, o que implica a vinculação de sua concessão a diplomas e hipóteses legais bem definidas (Jubilut, 2003, p. 22). O refúgio é um instituto regulado por um estatuto (a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 complementada pelo Protocolo Adicional de 1967), o qual assegura a algumas pessoas em função de determinadas circunstâncias o status de refugiado e busca garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade ao refugiado (Jubilut, 2003, p. 23).

Em síntese, o refúgio possui as seguintes características: baseia-se em tratados de âmbito universal; busca proteger um estrangeiro perseguido ou com fundado temor de perseguição (a atualidade da perseguição não é exigida); a perseguição odiosa apresenta naturezas diversas: religião, raça, nacionalidade, pertença a grupo social e opinião política; pode ser invocado em situações em que o indivíduo não possa retornar ao Estado de sua nacionalidade ou residência em decorrência de violações graves e sistemáticas de direitos humanos naquela região; é territorial; a decisão de concessão do refúgio é declaratória e existe a vigilância internacional dos motivos do *refoulement* (recusa).

A comparação dos dois institutos revela semelhanças e diferenças.

Existem seis semelhanças: i) ambos os institutos regulam o acolhimento do estrangeiro que não pode retornar ao Estado de sua nacionalidade ou residência por perseguição odiosa, ii) ambos se fundam na solidariedade e na cooperação



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

internacionais e têm caráter humanitário, iii) ambos estão amparados em normas internacionais e nacionais de direitos humanos, constituindo-se em garantias essenciais para a proteção de direitos essenciais do indivíduo, iv) ambos impedem a extradição pelos mesmos fatos que geraram a concessão, de maneira a limitar a saída compulsória das pessoas acolhidas, v) os dois institutos podem ser sujeitos à revisão judicial interna e vi) os dois institutos são sujeitos à vigilância internacional dos direitos humanos, em especial perante tribunais especializados em direitos humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Carvalho Ramos, 2011, p. 40; Jubilut, 2003, p. 30).

As seguintes diferenças existentes entre os dois institutos merecem ser mencionadas: (i) enquanto o asilo é atualmente praticado, sobretudo, na América Latina, o refúgio tem abrangência universal, (ii) da diferença de abrangência, decorre a diferença de fontes, tendo o refúgio como base tratados universais, sendo somente a partir da década de 60 do século XX que ele passa a ser tema de tratados regionais, fato que ocorre com o asilo desde o século XIX, o qual também é regido pelo costume internacional, (iii) o refúgio tem hipóteses claras de concessão, não sendo ato discricionário do Estado como o asilo (iv) o asilo busca acolher o perseguido político e o refúgio destina-se a diferentes tipos de perseguição, (v) o refúgio tem limitações quanto às pessoas que podem gozar do mesmo (cláusulas de exclusão) para que seja coerente com os princípios e propósitos da ONU, uma vez que o ACNUR fiscaliza a sua aplicação, o que não ocorre com o asilo (vi) enquanto o asilo exige a situação de urgência, ou seja, a atualidade da perseguição, o refúgio pode ser concedido no caso de fundado temor de perseguição, ou seja, a perseguição não precisa ter sido materializada, (vii) enquanto o refúgio pode ser concedido diante de um quadro de violação grave e sistemática de direitos humanos na região para a qual o indivíduo não pode retornar, o asilo não contempla tal hipótese de concessão, (viii) o asilo não conta com uma organização internacional de fiscalização, supervisão e capacitação como o refúgio, que possui o ACNUR, (ix) no refúgio, o solicitante de refúgio possui direito público subjetivo de ingresso no território nacional, o que não ocorre com o solicitante de asilo, (x) enquanto a decisão de concessão de asilo é constitutiva, a decisão de concessão do refúgio é declaratória e (xi) do instituto do refúgio devem decorrer políticas de integração local dos refugiados o que não ocorre com o asilo (Carvalho Ramos, 2011, p. 40-41; Jubilut, 2003, p. 30-31).

2. A atuação do sistema interamericano no fortalecimento e na implementação do instituto do asilo

O sistema interamericano de direitos humanos constitui uma estrutura de proteção regional dos direitos humanos no continente americano que complementa o sistema universal de proteção dos direitos humanos.

2.1. A proteção dos solicitantes de asilo na moldura normativa do sistema interamericano



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A Declaração Universal de Direitos Humanos inicia uma nova agenda internacional de direitos humanos. Este documento inaugurou a fase de positivação e universalização dos direitos humanos e tornou possível, pela primeira vez, o consenso em torno de certos valores, que receberam a adesão da maior parte dos Estados (Amaral Júnior, 2011, p. 480). A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos, na medida que consagra a ideia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, incluindo em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais (Piovesan, 2003, p. 115-116).

A declaração prevê o direito de asilo em seu artigo 14. O conteúdo deste direito abrange a faculdade do indivíduo de procurar asilo em país distinto daquele em que é vítima de perseguição e proíbe que o direito seja aplicado nas hipóteses de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou de atos contrários aos propósitos ou princípios das Nações Unidas. É assim necessário que as pessoas que sofram graves violações de direitos humanos possam ser acolhidas em um lugar seguro, recebendo proteção efetiva contra a devolução forçada ao país em que a perseguição ocorre e tenham respeitado um nível mínimo de dignidade (Piovesan, 2003, p. 118). A redação do dispositivo é, no entanto, criticada por não prever a obrigação dos Estados de conceder o asilo (Accioly; Nascimento e Silva, 2002, p. 377).

O principal diploma normativo internacional de proteção dos refugiados que sucede a declaração universal é a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Muitos dos direitos essenciais à proteção dos refugiados correspondem aos direitos humanos assegurados pela declaração universal. A convenção de 1951 entende que a mera enumeração de direitos não irá garantir sua efetivação e permite que os refugiados recorram ao poder judiciário a fim de assegurar a mesma (Jubilut, 2011, p. 171). A convenção de 1951 deve ser tida como parte do direito internacional dos direitos humanos *lato sensu* e, portanto, está contida em um contexto jurídico-normativo composto por outros tratados internacionais de direitos humanos, que com ela se relacionam de maneira axiológica (compartilhando os mesmos princípios) ou substantiva (advinda de casos complexos que necessariamente levam a uma intersecção entre os diversos direitos neles contidos) (Mahlke, 2017, p. 178).

Em uma análise da incorporação dos tratados do sistema universal dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos das Américas, verifica-se que o continente americano apresenta um sólido marco normativo para a proteção de refugiados. 28 Estados são partes da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e 29 Estados são partes do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967. No mesmo sentido, vários Estados incorporaram o direito de asilo em suas constituições e a grande maioria deles apresenta legislação interna que trata de refugiados.

A significativa maioria dos países do continente apresenta órgãos nacionais ou mecanismos *ad hoc* para definir a condição de refugiado. No Brasil, o CONARE realiza a análise dos pedidos de refúgio e elabora a política de proteção e apoio aos refugiados no país. Como consequência, nos dias de hoje, com a exceção de Cuba e de alguns



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

países do CARICOM, o ACNUR não realiza o reconhecimento da condição de refugiado sob seu mandato (González, 2008, p. 424). O desafio atual consiste na inclusão de garantias de um procedimento justo e eficiente nos procedimentos nacionais que determinam a condição de refugiado.

Os principais diplomas internacionais que garantem o direito de asilo no continente americano são a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em seu artigo XXVII e a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 22.7. Os dois instrumentos internacionais exigem a adoção de mecanismos legislativos ou de outra natureza que estejam de acordo com os artigos 1 e 2 da convenção americana e que se baseiem nas garantias judiciais previstas nos artigos 8 e 25 da referida convenção. No tocante ao direito de circulação e residência, o disposto nos §§ 7º e seguintes do artigo 22, relativamente ao direito de asilo e à expulsão territorial, representa incontestável avanço, em relação ao Pacto Internacional de 1966 (Comparato, 2005, p. 366).

A Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994 e a Declaração e o Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional de Refugiados na América Latina merecem ser destacados. Tais documentos constituem instrumentos estratégicos e funcionais para garantir tratamento adequado a refugiados e às pessoas que necessitam de proteção e demonstram a contribuição do continente americano à codificação e ao desenvolvimento progressivo do direito internacional dos refugiados. Tal contribuição ocorreu por meio de abordagens criativas e da aplicação de normas de direitos humanos a partir do reconhecimento da complementaridade das distintas áreas do direito internacional.

A Declaração de Cartagena consiste em um diploma internacional de caráter regional e não vinculante que prevê princípios e regras de direitos humanos e reúne aspectos do ciclo de deslocamento forçado. A declaração é inovadora não só em decorrência da previsão de uma ampla definição regional de refugiado, mas por fazer uma referência pioneira aos direitos econômicos, sociais e culturais dos solicitantes de asilo e dos refugiados e por tratar da questão dos deslocados internos (González, 2008, p. 425).

Este instrumento atribui ênfase à situação objetiva presente no país de origem ou de residência habitual dos solicitantes de asilo e refugiados e prevê a concessão de proteção a indivíduos que necessitam de proteção internacional e podem não estar na condição de refugiados. A definição ampliada de refugiado prevista na terceira conclusão da declaração contempla as previsões da convenção de 1951 e do protocolo de 1967 e considera também como refugiados pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram gravemente a ordem pública. Houve assim uma evolução gradual da aplicação de um critério subjetivo de qualificação dos indivíduos a partir das razões que os levaram a abandonar suas residências para um critério objetivo centrado nas necessidades de proteção (Cançado Trindade, 2010, p. 512).



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A definição regional, portanto, baseia-se no princípio humanitário de que existem pessoas que requerem proteção internacional, ainda que possam não ser enquadradas como refugiados (González, 2008, p. 430). Em síntese, sob a definição regional, 3 requisitos fundamentais devem ser cumpridos: i) cruzar uma fronteira internacional, ou seja, fugir do país de origem ou de residência habitual, (ii) o elemento subjetivo consistente em uma ameaça à vida, à segurança ou à liberdade e (iii) o elemento objetivo que pressupõe o vínculo existente entre a ameaça de um dos direitos protegidos e um dos cinco motivos estabelecidos – violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbam gravemente a ordem pública (González, 2008, p. 433).

O conteúdo e o alcance da definição regional prevista na declaração têm, no entanto, sido criticados. As críticas podem ser assim resumidas: (i) a amplitude e a vagueza dos motivos elencados para a concessão de proteção internacional, (ii) o enfoque restrito nos agentes estatais como os principais agentes de perseguição na região, (iii) a aplicação da definição em contextos de fluxos maciços de pessoas e não a casos individuais e (iv) a ausência de critérios para a aplicação de cláusulas de exclusão e cessação. Estas críticas, no entanto, podem ser superadas por meio de uma interpretação coerente e consistente da definição de refugiado, a qual pressupõe uma aplicação correta das cláusulas de exclusão aos que não merecem proteção internacional e das cláusulas de cessação aos que não mais necessitam da proteção internacional (González, 2008, p. 430). O foco do próximo tópico recairá sobre a interpretação das normas internacionais de proteção dos refugiados e dos solicitantes de asilo pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Uma década depois, a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas enfatizou questões centrais da época que não haviam sido elaboradas na Declaração de Cartagena e reconheceu de maneira significativa as convergências dos regimes de proteção da pessoa humana previstos no direito internacional dos refugiados, no direito internacional dos direitos humanos e no direito internacional humanitário, dado seu caráter complementar (Cançado Trindade, 2010, p. 513). A declaração reconheceu que a violação de direitos humanos é uma das causas dos deslocamentos forçados e que, portanto a proteção desses direitos e o fortalecimento do sistema democrático constituem a melhor medida para a busca de soluções duráveis, bem como para a prevenção de conflitos, dos êxodos de refugiados e das graves crises humanitárias (Cançado Trindade, 2010, p. 516).

O Plano de Ação do México, por fim, busca estimular a proteção de deslocados internos, refugiados e outras pessoas que necessitam de proteção. Os dois elementos centrais do plano são a proteção internacional e as soluções duradouras. Busca-se alcançar a proteção por meio da pesquisa e do desenvolvimento doutrinário que podem possibilitar o conhecimento aprofundado do direito internacional dos refugiados na América Latina (González, 2008, p. 434). As soluções duradouras tomam forma de boas práticas difundidas na região que estimulam a cooperação sul-sul e do atendimento de



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

refugiados urbanos e de pessoas que necessitam de proteção por meio de programas específicos.

2.2. A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

As atribuições da Comissão Interamericana compreendem um conjunto de atividades que se destinam a promover os direitos humanos e a monitorar eventuais violações cometidas pelos Estados-membros da OEA (Mahlke, 2017, p. 98-99). Para o cumprimento de suas atribuições, a Comissão dispõe de vários mecanismos flexíveis como visitas *in loco*, a realização de audiências temáticas, a publicação de informes (anuais, por país ou temáticos), a apreciação de casos contenciosos, as relatorias e, quando necessário, a capacidade de solicitar medidas cautelares aos Estados (González, 2009, p. 329).

2.2.1. A publicação de informes

A Comissão Interamericana atua por meio da elaboração de informes temáticos e de países que tratam dos direitos dos refugiados. O último informe temático datado de 2015 trata da mobilidade humana e dos padrões interamericanos. Os informes de países mais recentes destacam o processo de imigração nos Estados Unidos e os direitos de refugiados e migrantes nos Estados Unidos e no México.

2.2.2. As relatorias especiais

Dentre as várias relatorias temáticas da Comissão, merece destaque a relatoria sobre os direitos dos migrantes. O objetivo da relatoria é a proteção e a garantia dos direitos dos migrantes e suas famílias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, vítimas de tráfico de pessoas, deslocados internos e grupos de pessoas vulneráveis inseridos em fluxos migratórios. O seu mandato compreende a função de elaborar relatórios sobre a situação das pessoas em questão, conscientizar os Estados quanto a suas obrigações de respeitar os direitos destas pessoas, elaborar estudos e recomendações aos Estados membros da OEA para a promoção e proteção de direitos; monitorar a situação dos direitos humanos destas pessoas e dar visibilidade a eventuais violações e atuar quanto a petições, cautelares e medidas provisórias deliberadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Mahlke, 2017, p. 100-101).

2.2.3. A atuação contenciosa da Comissão

Ao analisar petições individuais, a Comissão pode examinar casos sobre temas centrais da proteção internacional dos refugiados. Exemplos de tais temas são a obrigação do Estado de proteger refugiados sob sua jurisdição, as condições de detenção de estrangeiros, os procedimentos internos para a determinação da condição de refugiado e o direito de asilo.

No caso nº 9619 contra Honduras, a Comissão analisou o fluxo de refugiados na América Central na década de 1980, em que milhares de salvadorenses fugiram para países vizinhos, onde foram criados acampamentos fechados. Em 1985, um ataque contra um dos acampamentos pelo exército hondurenho resultou em mortes, dezenas de



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

feridos e práticas de estupro e de tortura. A Comissão Interamericana, ao deliberar sobre a responsabilidade internacional do Estado asilante, destacou que as autoridades hondurenhas são responsáveis pela situação, segurança e integridade dos refugiados asilados em seu território e que os fatos constituem graves violações de direitos humanos em geral e em concreto dos direitos à vida, à integridade pessoal e às garantias judiciais previstos na convenção americana de direitos humanos (Resolução 5/87, cláusula preambulatória 3 e cláusula operativa 2).

Em 1997, a Comissão examinou a interdição de haitianos que fugiram do país de origem antes e depois do golpe de Estado de 1991, não puderam ingressar em território norte-americano e foram devolvidos ao Haiti. Os peticionantes alegaram que não tiveram acesso aos procedimentos de asilo devido às medidas de interdição aplicadas e não puderam demonstrar o fundado temor de perseguição em decorrência da devolução ao Haiti. A Comissão entendeu que os critérios de buscar e receber asilo em território estrangeiro de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais previstos no artigo XXVII da declaração americana estavam presentes. A Comissão asseverou, portanto, que a interdição e a recusa dos refugiados haitianos sem a adequada determinação de sua condição e sem a garantia de uma audiência para definir se podem ser qualificados como refugiados constituem uma violação do artigo XXVII da declaração.

O caso Rafael Ferrer-Mazorra *et al* contra Estados Unidos é emblemático por tratar das condições de detenção de estrangeiros. A detenção administrativa de aproximadamente 2000 cubanos pelas autoridades administrativas norte-americanas com base no argumento de ingresso irregular foi apreciada pela Comissão. A Comissão esclareceu neste caso que a discricionariedade dos Estados para controlar a entrada de estrangeiros em seu território deve ser exercida com a observância das obrigações de direitos humanos dos Estados como a declaração americana de direitos e deveres do homem. A Comissão pontuou também que os direitos humanos previstos na declaração constituem obrigações que todos os Estados do continente americano, inclusive os Estados Unidos, devem garantir a todas as pessoas sob sua autoridade e controle e que a aplicação de tais direitos não depende de fatores como cidadania da pessoa, nacionalidade ou qualquer outro fator (Informe 51/2001, parágrafo 179).

O caso sobre 120 cidadãos cubanos e 8 haitianos detidos em Bahamas trata também da detenção de indivíduos, mas é destacado principalmente por tratar da ausência de procedimentos nacionais em um Estado, no caso Bahamas, para determinar a condição de refugiado. A Comissão, ao analisar a petição dos cubanos e dos haitianos, retomou a jurisprudência no sentido de que os recursos internos de um Estado devem ser disponíveis, adequados e efetivos para que possam ser esgotados (Informe 6/02, parágrafo 48). A Comissão prosseguiu em seu raciocínio, ponderando que existe uma estreita relação entre a questão do esgotamento dos recursos internos e as violações alegadas relativas à indisponibilidade de procedimentos para que as solicitações das vítimas sobre a condição de refugiado possam ser examinadas (Informe 6/02, parágrafo 50).



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2.3. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial independente dotado de competência consultiva e contenciosa. A proteção eficaz dos direitos humanos é a que decorre do funcionamento de cortes internacionais, órgãos jurisdicionais que aplicam com objetividade, como consequência de um processo contraditório, com todas as garantias decorrentes e com espírito de justiça o direito internacional dos direitos humanos (Gros Espiell, 1998, p. 603). A jurisprudência recente da Corte tem tratado de temas relativos à circulação de pessoas como migração forçada, deslocamentos internos, expulsões de estrangeiros, violações do princípio do *non-refoulement* e o tratamento de solicitantes de asilo e de refugiados.

O princípio do *non-refoulement* prescreve, em linhas gerais, que nenhum refugiado deve ser devolvido a qualquer país em que possa ser vítima de perseguição, tratamento cruel ou tortura. Nas últimas décadas, a interpretação ampliativa do *non-refoulement* prevaleceu e os Estados permitiram que um elevado número de solicitantes de asilo cruzassem suas fronteiras e permanecessem em seus territórios até que uma solução fosse obtida (Goodwin-Gill; McAdam, 2007, p. 208). A prática estatal individual e dentro de organizações internacionais no sentido de reconhecer que o princípio é aplicado no momento em que solicitantes de asilo requerem a entrada seja dentro de um Estado ou em sua fronteira contribuiu para o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos refugiados (Goodwin-Gill; McAdam, 2007, p. 208).

2.3.1. Atuação consultiva

A Corte, em sua opinião consultiva nº 18, analisou a condição jurídica dos migrantes irregulares e atribuiu especial ênfase ao princípio da não discriminação e ao direito de igualdade perante a lei. A Corte esclareceu inicialmente que o princípio da igualdade e não discriminação pertence ao *ius cogens* e apresenta a natureza de norma imperativa de direito internacional aplicável a todos os Estados e que produz efeitos sobre terceiros. Os efeitos decorrentes deste princípio destacados pela Corte foram a obrigação dos Estados de se absterem de atuar no sentido de criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto* e a obrigação de adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em suas sociedades (parágrafos 103 e 104). A Corte em seguida esclareceu que o princípio da igualdade e não discriminação é aplicado para a proteção dos migrantes por meio de garantias mínimas do devido processo legal concedidas a todo migrante de maneira a possibilitar a superação de sua situação de vulnerabilidade e sua condição de ausência ou diferença de poder em relação aos não migrantes. A Corte asseverou por fim que as políticas públicas dos Estados devem ser elaboradas em conformidade com o princípio da igualdade e não discriminação, sem que haja qualquer discriminação aos migrantes.

Na opinião consultiva nº 21, a Corte se manifestou sobre os direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. A Corte elencou de início uma gama de razões que provocam a migração internacional de crianças como mudanças graduais ou súbitas no ambiente do país de residência que atingem negativamente a vida das crianças, a fuga do impacto causado pelo crime



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

organizado, por desastres naturais, por abuso doméstico ou por extrema pobreza e a fuga do país por um fundado receio de perseguição por razões específicas ou por ameaça à vida, à segurança e à liberdade decorrente de violência generalizada, agressão externa, conflitos internos, violações maciças de direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbem a ordem pública. A proteção internacional dos direitos das crianças nessas condições só pode ser implementada, segundo a Corte, por meio do recebimento de um potencial requerente de asilo em um país seguro, que garanta o direito de buscar e receber asilo e respeite o princípio do *non-refoulement* e outros direitos até que uma solução de longo prazo seja alcançada. Os fundamentos jurídicos para a proteção dos direitos das crianças e para o exercício do direito de asilo estão presentes em diversos diplomas normativos do sistema interamericano. A Corte entende que o artigo 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 27 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem consagraram o direito subjetivo de qualquer indivíduo, inclusive uma criança, de buscar e receber asilo.

A Corte entendeu que as obrigações abrangidas pelo direito de buscar e receber asilo buscam concretizar os direitos de pessoas que atendem aos elementos da definição ampliada de refugiado prevista na Declaração de Cartagena. O critério adotado pela Corte reflete, portanto, uma tendência de fortalecer na região uma definição mais inclusiva de refugiado que deve ser aplicada pelos Estados na concessão de proteção a pessoas cuja necessidade de proteção internacional é evidente.

2.3.2. Atuação contenciosa

No caso *Vélez Loor v. Panamá*, a Corte analisou a situação do cidadão Jesús Tranquilino Vélez Loor que foi detido em um posto policial panamenho por não portar a documentação necessária para permanecer no país. O cidadão foi posteriormente transferido a uma cadeia pública e condenado a cumprir uma pena de prisão por haver sido deportado do Panamá em 1996. Em 2003, a diretora nacional de migração do Panamá deixou a pena imposta sem efeito e o senhor Vélez Loor foi deportado ao Equador. Após ser deportado, o senhor Vélez Loor relatou ao Estado panamenho que foi vítima de atos de tortura e maus tratos nas prisões onde esteve recluso. A Corte pontuou que as políticas migratórias devem ser compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos previstas na convenção americana e declarou violados os direitos à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à igualdade e à integridade pessoal.

O caso das pessoas dominicanas e haitianas v. República Dominicana trata do contexto em que, na República Dominicana, a população haitiana e de ascendência haitiana vivia em condições de extrema pobreza e sofria tratamento discriminatório. Os haitianos enfrentavam dificuldades para obter documentos pessoais de identidades e eram vítimas de um padrão sistemático de expulsão baseado em conceitos discriminatórios. A Corte declarou que foram violados os direitos ao reconhecimento de personalidade jurídica, à nacionalidade, ao nome e também devido a essas três violações os direitos à identidade, à liberdade pessoal, à liberdade de movimento e residência, às garantias judiciais, à proteção judicial, à proteção da família e à privacidade.

AA
JP



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O primeiro caso específico sobre a proteção de refugiados na região, o caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia a ser a seguir analisado, foi julgado pela Corte em 2013, a qual estabeleceu importante entendimento sobre o tema. O caso trata da expulsão de membros da família Pacheco Tineo da Bolívia, que não tiveram a solicitação de asilo apreciada e foram sumariamente expulsos a seu país de origem (Peru). As vítimas não foram notificadas da decisão de expulsão e não tiveram a oportunidade de conhecer seu fundamento e de interpor os recursos cabíveis.

A Corte pontuou que o direito de asilo apresenta como desdobramento a proteção de pessoas estrangeiras contra a devolução ao Estado em que direitos como a vida ou a integridade pessoal destas pessoas estejam em risco, independentemente do estatuto legal ou da condição migratória no Estado em que se encontrem. Esta modalidade de proteção do estrangeiro consiste no princípio do *non-refoulement*, previsto no artigo 22.8 da convenção. Em outras palavras, os Estados devem assegurar que, antes de uma possível devolução, a pessoa que solicita o asilo tenha acesso a uma proteção internacional adequada por meio de procedimentos justos e eficientes e têm a obrigação de não devolver ou expulsar uma pessoa que solicita asilo a um local onde exista a possibilidade de algum risco de perseguição (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2013, p. 2).

A Corte destacou também que garantias mínimas do devido processo legal devem ser resguardadas em um procedimento que possa resultar na expulsão de um estrangeiro. Tal processo deve valorar as circunstâncias pessoais de cada indivíduo e não deve ser discriminatório em decorrência da nacionalidade, cor, raça, sexo, língua, religião, opinião política, origem social ou outra condição do estrangeiro.

Os direitos das crianças no procedimento de asilo de expressar suas opiniões e participar de maneira significativa também foram violados. Nas situações em que um solicitante de asilo receba proteção, os outros membros da família, sobretudo as crianças, podem receber o mesmo tratamento ou ser reconhecidos como refugiados, em observância do princípio da unidade familiar. As crianças da família Pacheco, no entanto, foram expulsas para o Peru com seus pais e não foram parte interessada ou ativa no procedimento de asilo.

A Corte, ao declarar a violação dos direitos humanos, declara também responsável o Estado pela violação dos respectivos direitos. Os projetos de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional (CDI), embora não tenham sido reduzidos à forma de um tratado, foram cada vez mais citados e adquiriram crescente autoridade como expressão do direito costumeiro de responsabilidade estatal (Crawford, 2012, p. 540). O artigo 1 do último projeto da CDI de 2001 apresenta a regra geral de que cada ato internacional ilícito de um Estado gera a responsabilidade internacional daquele Estado. As características da responsabilidade internacional estão centradas em três fatores básicos: a existência de uma obrigação jurídica internacional em vigor entre dois Estados; uma ação ou omissão que viola uma obrigação e que é imputável ao Estado responsável e a perda ou dano resultante da ação ou omissão ilegal (Shaw, 2008, p. 781).



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

3. Conclusão

Com base nas seguintes razões, a partir da interpretação dos artigos da Declaração Americana de Direitos Humanos, dos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nós entendemos que as perguntas formuladas pelo Estado do Equador admitem as seguintes respostas:

A) O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Carta da ONU e a Convenção de 1951 apresentam regras que não buscam atribuir um conteúdo restrito quanto à forma ou à modalidade de asilo, mas garantir o exercício dos direitos humanos sem qualquer tipo de discriminação, impossibilitar a restrição de direitos e estimular o respeito dos direitos humanos sem qualquer distinção. Em matéria de refugiados e solicitantes de asilo, a Convenção de 1951 reconhece outros direitos concedidos aos refugiados que vão além da convenção. A interpretação regressiva dos direitos humanos está também em desconformidade com o princípio do não retrocesso, uma construção recente da doutrina. Este princípio tem o objetivo de promover um nível mais elevado de proteção dos direitos humanos e atribui um caráter irreversível aos direitos que proíbe qualquer tipo de regressão (Prieur, 2016, p. 97-98). A conduta de um Estado que possa ser entendida como desconhecimento das normas internacionais sobre refugiados e provoque, por exemplo, o prolongamento indevido do asilo ou refúgio implica na violação das garantias processuais da pessoa refugiada ou asilada.

B) O asilo consiste em um ato do Estado baseado em suas prerrogativas, o que impossibilita o questionamento por outro Estado da conduta protetora do Estado asilante. Existe, na realidade, uma obrigação *erga omnes* de não obstaculizar que um Estado signatário de uma convenção de asilo cumpra compromissos e obrigações no sentido de proteger os direitos humanos do asilado ou do refugiado. A possível ingerência de outro Estado ocasionaria a violação dos direitos do indivíduo, que estaria impedido de formular e apresentar sua solicitação de asilo.

C) A entrega de quem goza do estatuto de asilado ou refugiado ao agente de perseguição não pode ocorrer por encontrar-se o asilado em um país estranho ao regime jurídico do asilo. A existência de distintos regimes jurídicos regionais de asilo não permite a devolução do asilado. Toda forma de asilo apresenta reconhecimento universal, uma vez que, quando concedido o asilo, o princípio do non-refoulement é aplicado, de maneira a garantir o direito de livre mobilidade humana. A entrega do asilado implicaria a violação do direito de liberdade pessoal, que deve ser exercido em condições de igualdade e não discriminação.

D) A prática pelo Estado de uma conduta que não atribua validade a certos enunciados de valor ético e jurídico não é possível. Tais enunciados são inspirados na cláusula Martens e são repetidos insistentemente nas quatro Convenções de Genebra de 1949, no Protocolo II adicional às Convenções de Genebra, na Carta da OEA, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Protocolo de San Salvador. Estes enunciados atribuem efetividade à proteção dos direitos humanos, revestem o direito de conteúdo teleológico e conformam o centro da estrutura do sistema internacional dos direitos humanos. O desconhecimento dos enunciados



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

corresponderia a uma interpretação restritiva dos direitos humanos em descompasso com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e dos direitos dos refugiados.

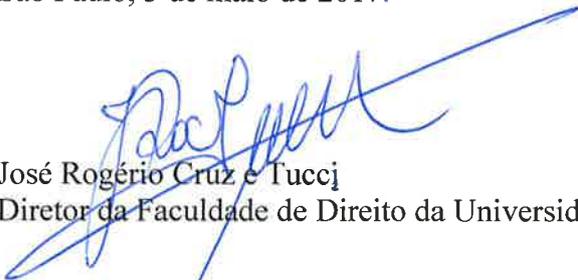
E) Na modalidade do asilo diplomático, o Estado territorial deve respeitar o ato de soberania da missão diplomática. Devem ser observadas a inviolabilidade das missões diplomáticas e a extensão das imunidades dos agentes diplomáticos para proteger a vida, a segurança, a integridade pessoal e a liberdade do asilo.

F) O Estado asilante exerce relevante papel político e social ao oferecer auxílio aos indivíduos que cometeram crimes políticos e àqueles que são vítimas de discriminação. O Estado asilante é obrigado, portanto, a não extraditar o asilado e/ou observar o princípio de não devolução. A não extradição por motivos políticos integra a tradição latino-americana do asilo. Em outras palavras, a negação da extradição por causas políticas corresponde à concessão de asilo, na medida em que a concessão do asilo obriga a negação da extradição por motivos políticos.

G) A codificação da responsabilidade internacional do Estado pela prática de atos ilícitos como a violação dos direitos de uma pessoa asilada ou refugiada não foi concluída em um tratado sobre o tema e esteve limitada a projetos de artigos da Comissão de Direito Internacional. A proposta de codificação mais recente de 2001 prevê que os Estados não devem reconhecer como legal uma situação decorrente da violação de uma norma internacional e não devem conceder assistência ao Estado responsabilizado. O Estado que foi responsabilizado pela violação dos direitos de uma pessoa asilada ou refugiada não pode, portanto, solicitar cooperação judicial em matéria penal ao Estado asilante.

Este é o nosso parecer.

São Paulo, 3 de maio de 2017-



José Rogério Cruz e Tucci
Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



Alberto do Amaral Júnior
Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Apêndice I Disputas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Caso nº 9619 contra Honduras. Resolução nº 5/87.

Caso de interdição de haitianos. Relatório nº 51/96.

Caso Rafael Ferrer-Mazorra *et al* contra Estados Unidos. Informe nº 51/01.

Caso 120 cidadãos cubanos e 8 haitianos detidos em Bahamas. Informe de admissibilidade nº 6/02.

Apêndice II Opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Opinião consultiva 18/03. Condição jurídica e direitos dos migrantes não documentados.

Opinião consultiva 21/14. Direitos e garantias das crianças no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

Apêndice III Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Vélez Loo v. Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010.

Caso Família Pacheco Tineo v; Bolívia. Sentença de 25 de novembro de 2013.

Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsas v. República Dominicana. Julgamento de 28 de agosto de 2014.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL JÚNIOR, A. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2011.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **International Law for Humankind**. [S.l.] Martinus Nijhoff, 2010.

CARVALHO RAMOS, A. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In* ALMEIDA, G.A.; CARVALHO RAMOS, A.; RODRIGUES, G. (Org.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRAWFORD, J. **Brownlie's Principles of Public International Law**. Londres: Oxford University Press, 2012.

GONZÁLEZ, J. C. M. El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano: contribuciones y desarrollos regionales. *In* OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **XXXIV Curso de Derecho Internacional**. Washington: Secretaria Geral, 2008.

GOODWIN-GILL, G. S.; McADAM, J. **The Refugee in International Law**. [S.l.]: Oxford University Press: 2007.

GROS ESPIELL, H. La corte interamericana y la corte europea de derechos humanos: estudios en honor a Marotta Rangel. *In* BAPTISTA, L. O.; FONSECA, J. R. F. **O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem a Vicente Marotta Rangel**. São Paulo: LTr, 1998.

JUBILUT, L. L. A Judicialização do Refúgio. *In* ALMEIDA, G.A.; CARVALHO RAMOS, A.; RODRIGUES, G. (Org.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

_____. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. 2003. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MAHLKE, H. **Direito internacional dos refugiados: novo paradigma jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRIEUR, M. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2016.

SHAH, P. Asylum, Diplomatic. *In*: Max Planck ENCYCLOPEDIA of International Law. [S.l.]: Oxford University Press, 2007.

SHAW, M. N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press: 2008.