

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ANA PAULA DA CUNHA**

**O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS SOB O IMPACTO DA  
SOBERANIA ESTATAL NA CONTEMPORANEIDADE**

**CURITIBA**  
**2010**

**ANA PAULA DA CUNHA**

**O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS SOB O IMPACTO DA  
SOBERANIA ESTATAL NA CONTEMPORANEIDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, da Universidade Federal do  
Paraná.**

**Professor(a) Orientador(a): Vera Cecília Abagge  
de Paula**

**Professor (a) Co-Orientador: Tatyana Scheila  
Friederich**

**CURITIBA  
2010**

**ANA PAULA DA CUNHA**

**O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS SOB O IMPACTO DA  
SOBERANIA ESTATAL NA CONTEMPORANEIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos  
professores:

---

Orientador: Prof. Vera Cecília Abagge de Paula

---

Professor membro da banca

---

Professor membro da banca

Curitiba, ..... de 2010

*Aqueles que ousam acreditar.*

## **AGRADECIMENTOS**

Desde logo, agradeço às Professoras-orientadoras deste trabalho, Vera Cecília Abagge de Paula e Tatyana Friederich, pelo apoio mesmo à época em que ele não passava de um mero agregado de idéias desorganizadas.

Agradeço, ainda, a Professora Carol Proner, cujos conselhos foram imprescindíveis para este trabalho.

Agradeço, por fim e sempre, à minha mãe, que segue acreditando incondicionalmente, sem cobrar absolutamente nada.

*Compreender o que significa o atroz  
Não negar-lhe a existência  
Enfrentar despudoradamente a realidade.*

*Hannah Arendt*

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por escopo investigar os reflexos da soberania estatal sobre o Direito Internacional dos Refugiados na contemporaneidade. Para tanto, intenta-se uma análise dos antecedentes históricos deste sistema de proteção internacional à pessoa humana, bem como suas principais estruturas, de que são exemplos a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o princípio do *non-refoulement*, dito pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados. Num segundo momento, pretende-se o estudo acerca do tema da soberania estatal, como este elemento se tornou fundante do Estado Moderno e qual sua atual configuração no sistema internacional do século XXI, globalizado e interdepende. Por último, o trabalho almeja a apuração dos efeitos do apego à concepção tradicional de soberania estatal sobre o Direito Internacional dos Refugiados na atualidade.

**Palavras-chaves: Direito Internacional; Refugiados; Soberania.**

## RÉSUMÉ

*Ce travail académique vise à étudier les réflexes de la souveraineté de l'État sur le Droit International des Réfugiés en contemporanéité. Pour ça, il cherche une analyse du contexte historique de cet système de protection de l'homme et de ses principales structures, comme la Convention Relatif au Statut de Réfugiés et le principe du non-refoulement, dit pierre angulaire du Droit International des Réfugiés. Dans un second moment, il se destine à l'étude du thème de la souveraineté, comme cet élément se devenu fondateur d'État Moderne et quelle est sa configuration actuelle dans le système international du siècle XXI, globalisé et interdépendant. Enfin, le document vise à calculer les effets de l'attachement à conception traditionnelle de souveraineté de l'État sur le Droit International des Réfugiés dans l'actualité.*

**Mots-clés: Droit International; Réfugiés; Souveraineté .**

## ÍNDICE

### LISTA DE SIGLAS

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

CIR – Comitê Intergovernamental para Refugiados

OIR – Organização Internacional para Refugiados

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

UNRWA – *United Nation Work Agency for Palestina Refugees in the Near West* –  
Agência das Nações Unidas para os Refugiados Palestinos do Oriente Médio.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasceu de um desencantamento. Desencantamento com a distância entre o direito internacional dos refugiados – o que prescreve a norma – e o cotidiano da problemática enfrentada por este grupo particular de imigrantes.

A primeira desconfiança a respeito de um possível fator distanciador do conjunto normativo internacional de proteção aos refugiados e do cotidiano por eles vivenciado apontou para a soberania estatal, ou o apego excessivo a ela, como elemento importante, ainda que certamente não o único, a afastar o normativo do real.

Desta maneira, a dissertação que segue originou-se de uma problemática que poderia ser assim enunciada: de que modo o direito internacional dos refugiados convive com a soberania estatal? Está aí, pois, o objetivo maior deste trabalho: compreender a forma como o sistema jurídico internacional de proteção aos refugiados acaba impactado pelo apego dos Estados à sua soberania.

Para a adequada compreensão deste tema, pretende-se, de início, uma análise a respeito das bases sobre as quais se assenta o direito internacional dos refugiados. Intenta-se o desenvolvimento de um estudo preliminar a respeito de alguns acontecimentos que deram substrato para a estruturação de um arcabouço jurídico de proteção aos refugiados, que só viria a se concretizar com a Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, documento de excelência do Direito internacional dos refugiados, que merece ser aqui investigado, ainda que não se pretenda exaurir a análise deste ramo do direito internacional.

Mais além, no segundo capítulo, a dissertação inclina-se a apurar a questão da soberania estatal. Para tanto, pretende-se a análise, ainda que breve, do pensamento de alguns grandes teóricos do tema, como Francisco de Vitoria, Bodin e outros, e, a partir disto, objetiva-se a compreensão da maneira como a soberania se apresenta contemporaneamente, em meio a um sistema internacional cada vez mais globalizado e interdependente.

Por último, o trabalho ocupa-se de entender de que maneira a soberania estatal, e o apego à sua tradicional concepção, gestada à época da formação dos Estados Modernos, impacta o direito internacional dos refugiados hodiernamente e acaba por corroer suas estruturas mais importantes. Para tanto, parte-se de alguns exemplos, não exaustivos, de práticas que deixam flagrante o desrespeito a este sistema jurídico, como a devolução forçada de refugiados a seus países de origem, os procedimentos

intimidadores e parciais de concessão ou negação de refúgio, a imposição do regresso forçado por falta de documentação, dentre outros. Note-se que o trabalho em tela não tem a pretensão de emitir um juízo de valor a respeito das práticas estatais, tampouco apontar uma solução para a problemática do direito internacional dos refugiados, mas somente demonstrar que, muito embora o direito internacional experimente um grande avanço em diversas áreas, principalmente após a Segunda Grande Guerra, com a emergência de fenômenos peculiares, como a humanização do direito internacional e a criação de normas de *jus cogens*, por exemplo, em questões afeitas aos refugiados os Estados parecem inclinados antes ao direito internacional clássico e às estruturas deste último, como a soberania enquanto um poder absoluto e incontestável.

A importância deste tema, aliás, é inquestionável. De início, porque os refugiados são uma realidade fática. Existem hoje pouco menos de 10 milhões de refugiados no mundo, além de outras 25 milhões de pessoas forçosamente deslocadas de suas residências de origem, que não chegam a atravessar uma fronteira nacional<sup>1</sup>. Fato é que, como sugere o próprio ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados -, nos últimos anos, com o implemento de políticas cada vez mais hostis aos refugiados e aos demandantes de refúgio, a eficácia do direito internacional dos refugiados como um todo tem sido questionada. É precisamente esta questão que o presente trabalho visa a esmiuçar.

Apenas à guisa de ilustração, vale citar que, de acordo com o ACNUR, no ano de 2007, sobre o qual se têm as estatísticas mais recentes, os principais grupos de demandantes de refúgio constituíram-se de indivíduos de nacionalidade iraquiana (52 mil), somali (46 mil) e colombiana (26 mil)<sup>2</sup>.

Vale mencionar, ademais, que o número de refugiados não é maior por conta do fechamento generalizado das fronteiras nacionais aos demandantes de refúgio em todo o mundo, o que implica que muitos demandantes de proteção não cheguem a atravessar uma fronteira nacional e, assim, quedem na qualidade de deslocados internos. Estes últimos, portanto, assemelham-se em muito aos refugiados, por abandonarem suas residências habituais, por motivos de ameaça às suas vidas e/ou liberdades, diferenciando-se, contudo, por não chegarem a atravessar uma fronteira nacional.

---

<sup>1</sup>UNITED HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Tendances mondiales em 2006 : réfugiés, demandeurs d'asile, repatriés, personnes déplacées, à l'intérieur de leurs pays et apatrides*. Disponível em : <<http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/statistics/pendoc.pdf?tbl=STATISTICS&id=497f21082>>. Acesso em 12 mai 2009.p. 5.

<sup>2</sup>UNHCR. *2007 UNHCR Statistical Yearbook*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/pendoc.pdf?id=4981c37c2&tbl=STATISTICS>>. Acesso em 12 mai 2009. p. 47.

Parte dos deslocados internos, de todo o modo, são assistidos, tal qual ocorre com os refugiados, pelo ACNUR, o qual se vê compelido a tentar minimizar os dramas vividos por milhares de indivíduos, num cenário internacional marcado pela quase completa anomia em relação à realidade dos deslocados internos. Sublinhe-se que o ACNUR aponta a existência de cerca de 25 milhões de deslocados internos no mundo, sendo que se encontram sob os cuidados da agência da ONU apenas cerca de 5,6 milhões de indivíduos<sup>3</sup> nestas condições.

Ademais, não passa despercebida a necessidade de se diferenciarem os refugiados dos migrantes econômicos. Enquanto aqueles abandonam seus países de origem ou de residência habitual, por um instinto de sobrevivência, pois que diante de um fundado temor de perseguição, os migrantes econômicos deixam seus países de origem por um ato volitivo, movidos não pelo instinto de sobrevivência, mas antes pelo desejo de verem suas condições materiais de vida melhoradas.

Este trabalho, portanto, não se inclina à análise da situação dos deslocados internos, tampouco dos migrantes econômicos, mas apenas dos refugiados, por uma necessária limitação temática. Todavia é necessário perceber que estas três categorias de indivíduos acabam impactadas, muitas vezes, por elementos comuns, como o fechamento das fronteiras nacionais, por exemplo.

Imperativo observar, ainda, que o direito internacional convive, tradicionalmente, com três ramos jurídicos de proteção à pessoa humana, a saber, o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados. Numa concepção clássica, tais vertentes de proteção à pessoa humana são encaradas como estanques ou flagrantemente dissociadas umas das outras.

Isto porque o direito internacional dos direitos humanos, em sentido estrito, que ganha fôlego essencialmente após a Segunda Grande Guerra, corresponde ao conjunto normativo voltado à proteção do ser humano em face, principalmente, dos arbítrios estatais e destinado à realização do ser humano em seus aspectos civis, políticos, sociais e culturais.

Já o direito internacional humanitário refere-se às normas jurídicas aplicáveis em tempo de conflito armado, cuidando, em particular, de estabelecer limitações quanto aos meios e métodos empregáveis quando se está diante de um período de embate bélico,

---

<sup>3</sup> UNHCR. *The state of world's refugees. Human displacement in the new millennium*. New York: Oxford Press, 2006. p. 17.

bem como de proteger pessoas e bens envolvidos em determinado conflito armado, seja nacional ou internacional.

Por último, o direito internacional dos refugiados constitui-se de um conjunto de normas jurídicas internacionais voltadas à proteção de indivíduos que deixam seus países de origem ou de residência habitual, chegando a atravessar uma fronteira nacional, em razão de um fundado temor de perseguição.

De todo o modo, é perceptível que as três correntes de proteção à pessoa humana mantêm a mais íntima e profunda relação, visto que, não raras as vezes, os demandantes de refúgio são impelidos a fugir de seus países por uma situação de conflito armado, que implica graves violações aos direitos humanos. Assim, num contexto internacional marcado pelos fluxos maciços de refugiados, é flagrante a interdependência do direito internacional dos direitos humanos, do direito humanitário e do direito internacional dos refugiados, mesmo no plano operacional. Até porque os três ramos jurídicos têm o mesmo fim último, qual seja, a proteção da pessoa humana. Por este viés, concebe-se que o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados nada mais são do que ramos especializados do direito internacional dos direitos humanos *lato sensu*, visto que aqueles dois ramos não passam de conjuntos normativos voltados à preservação dos direitos humanos, seja em tempo de conflito armado, seja em situação de fundado temor de perseguição.

Além do mais, o respeito aos direitos humanos é a melhor forma de se prevenir os problemas dos refugiados. Na realidade, a prevenção, a proteção e a solução das questões envolvendo refugiados passam pela observação dos direitos humanos.

Desta forma, deve ficar claro que o respeito ao direito internacional dos refugiados nada mais significa que o respeito aos direitos humanos, imperativo estabelecido pela comunidade internacional, quando da constituição da Organização das Nações Unidas, que assinalou o compromisso coletivo com novos valores, que não a mera realização dos interesses estatais. E neste molde, a institucionalização das três vertentes de proteção à pessoa humana acima mencionadas implicam uma importante limitação à soberania estatal, visto que o respeito à dignidade humana deixa de ser afeita somente à esfera jurisdicional do Estado, constituindo interesse de toda a comunidade internacional.

Finalmente, diante dos objetivos traçados e da problemática a ser enfrentada por este trabalho, realizou-se uma vasta investigação bibliográfica, com a intenção de afinal

entender em que medida o direito dos refugiados é impactado pela soberania estatal contemporaneamente.

Por derradeiro, é cediço que o presente trabalho debruça-se, ainda que brevemente, sobre um longo período histórico, para dar conta especificamente da construção da idéia de soberania. Todavia, a análise do longo período, que faz referência à época da formação dos Estados Nacionais, passando pela Primeira e Segunda Guerras Mundiais, constitui uma opção deliberada, considerando que entre o extenso intervalo temporal ocorreram importantes eventos que são essenciais à compreensão do tema em tela.

## 1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

“O homem pode perder todos os chamados direitos do homem, sem perder a qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade.” Hannah Arendt<sup>4</sup>.

### 1.1 OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Consoante assertiva de José FISCHER DE ANDRADE, o fenômeno de o indivíduo restar perseguido no interior da própria comunidade é tão antigo quanto a própria humanidade; contudo, a regulamentação jurídica da situação de refugiado dá-se tão somente no século XX<sup>5</sup>. É, pois, a partir da Liga das Nações, que se dá início aos esforços para a estruturação de um arcabouço político-jurídico de proteção aos refugiados, como se investigará mais adiante.

É certo que até os momentos que antecederam a Primeira Grande Guerra, não havia uma necessidade pulsante de uma mobilização internacional no sentido de assegurar a proteção a indivíduos perseguidos no interior de seus próprios Estados. Isto porque se faziam suficientes os institutos do asilo (que guarda em relação ao refúgio a semelhança de ser um instituto de proteção à pessoa humana perseguida no interior do seu próprio Estado, diferenciando-se, contudo, ao ter aplicabilidade sobretudo na América Latina, visar à proteção de indivíduos que fogem de perseguições estritamente políticas, via de regra anteriormente ocupantes de altos cargos nos governos de seus países<sup>6</sup>) e da extradição - instituto que permite a entrega do indivíduo ao país em que cometeu um crime, na hipótese de ter fugido para o exterior.

---

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 331.

<sup>5</sup> ANDRADE, José Fischer de. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica** (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 3.

<sup>6</sup> A respeito da palavra “asilo”, cabe uma anotação. Fora da América Latina, termos como *asile* (francês) e *asylum* (inglês) equivalem à concepção latino-americana de refúgio, isto é, o direito protegido pela Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Difere, portanto, da concepção latino-americana de asilo, albergado por uma série de outras convenções regionais. A respeito das diferenças entre asilo e refúgio, Para melhor compreensão das diferenças entre asilo e refúgio, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. V.1. São Paulo: Atlas, 2002; PIOVESAN, Flávia. O Direito de asilo e a proteção internacional. In: ALMEIDA, Guilherme de; ARAÚJO, Nádia. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Contudo, no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial, o sistema internacional encontrava-se sensivelmente modificado. Ocorreu um grande fluxo de refugiados - embora se deva ressaltar que o conceito tenha sido construído *a posteriori* - dos Impérios Russo e Turco-Otomano, em direção à Europa Central e ocidental e também à Ásia.<sup>7</sup> Destaque-se, ainda, neste mesmo contexto, a Guerra dos Balcãs de 1912, a qual se deveu basicamente a disputas territoriais, que provocou a movimentação massiva de minorias étnicas, tais como búlgaros da Romênia, Sérvia e Grécia, gregos da Bulgária e da Turquia<sup>8</sup>.

Nesta lógica, com o aumento expressivo de pessoas forçosamente deslocadas para fora de seus países, e, por conseguinte, com as sérias implicações econômicas, políticas e jurídicas daí decorrentes, acentuou-se a necessidade de um tratamento jurídico mais sofisticado e adequado às novas contingências. FISCHER DE ANDRADE chama a atenção para o fato de que a situação destas pessoas deslocadas no pós-Primeira Guerra tornou-se ainda mais delicada em razão de características que marcaram este período imediatamente posterior a um conflito de tal porte, como o desemprego generalizado, a propagação dos ideais nacionalistas e as políticas restritivas de imigração.<sup>9</sup>

Atenta-se para o fato de a questão dos refugiados, neste contexto histórico, extrapolar as fronteiras nacionais e o âmbito de jurisdição exclusiva dos Estados Nacionais. A problemática ultrapassava fronteiras e demandava a articulação de um esforço internacional e conjunto.

Neste contexto traumático que sucedeu o primeiro grande conflito mundial, emergiu a Liga das Nações, organização internacional cujo pacto constitutivo entrou em vigor em janeiro de 1920, com o Tratado de Versalhes. A Liga despontou no cenário internacional como a corporificação institucional do Idealismo possível e palpável à época.

Para Eduardo SALDANHA, a Primeira Guerra Mundial foi “extremamente desgastante para o coletivo mundial”<sup>10</sup>, dadas suas proporções. Nos termos de HOBBSBAWM, “Em suma, 1914 inaugura a era do massacre”<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 20.

<sup>8</sup> *Ibidem*. p. 21.

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 22.

<sup>10</sup> SALDANHA, Eduardo. **Teoria das relações internacionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 66.

<sup>11</sup> HOBBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**. O breve século XX: 1914-1991. 2ª. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995. p. 32.

O trauma da guerra provocara um repensar sobre a própria natureza humana e sobre as bases institucionais da sociedade internacional de então, criando ambiente propício para o desenvolvimento do paradigma Idealista, embora a Primeira Guerra não tenha sido o único acontecimento impulsionador destas mudanças<sup>12</sup>.

Em linhas gerais, podem-se compreender como bases do Idealismo, inspirador da Liga das Nações, e também da Organização das Nações Unidas, a crença no Direito como instrumento de garantia de relações internas e externas pacíficas, na democracia como ambiente de pleno desenvolvimento individual e coletivo, e no livre-comércio como elemento pacificador e aproximador dos países. É cerne, portanto, do Idealismo, a autêntica crença de que o sistema internacional é passível de transformação rumo à pacificação e à justiça.<sup>13</sup>

E é neste contexto de reafirmação da crença na possibilidade de paz e justiça que a Liga nas Nações tratou de buscar soluções para a situação dos refugiados. Mister observar que, diante da ausência de qualquer proteção jurídica e estatuto próprio, os refugiados estavam, naquele momento, totalmente à margem da sociedade nacional e também da internacional, daí a necessidade premente de uma solução para a nova realidade, esforço a que se lançou a Liga das Nações.

Contudo, como advoga FISCHER DE ANDRADE, embora a organização tenha tido o mérito de iniciar um tratamento institucional para o drama dos refugiados, ela empreendeu seus esforços de maneira tão somente empírica, não abarcando as estruturas políticas e também jurídicas inerentes à questão<sup>14</sup>, o que fica claro quando se observa que a Liga não procurou desenvolver sequer uma definição oficial de quem pudesse ser considerado “refugiado”, tratando de oferecer proteção aos grupos sociais forçosamente deslocados de seus países de modo casuístico e pontual, isto é, a grupos específicos de refugiados.

No tocante a esta problemática, a falta de uma estrutura político-jurídica contundente e eficaz para a solução da questão dos refugiados justifica-se pelo fato de, à época, a organização almejar o universalismo, vale dizer, a Liga pretendia reunir todos os países que desejassem a ela se vincular, não restringindo seu âmbito de atuação à determinada região do mundo, tampouco à determinada competência específica. Mas antes, a Liga parecia almejar materializar esforços Idealistas de institucionalização da

---

<sup>12</sup>Devem-se tomar em conta, dentre tantos outros acontecimentos relevantes, todas as guerras anteriores, bem como as políticas belicistas implementadas pelos Estados nos períodos anteriores.

<sup>13</sup> SALDANHA, 2006, p. 69.

<sup>14</sup> FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 23.

sociedade internacional. Assim, em pretendo o universalismo, a Liga das Nações não teria condições de subsistir em sendo hostil aos seus Estados-membros, o que se daria no caso de a Liga oferecer proteção contumaz aos nacionais destes países, que, anteriormente, negaram-lhes tal proteção.<sup>15</sup>

Partindo, como se disse acima, de um tratamento casuístico e pontual, a Liga empreendia uma qualificação coletiva para os refugiados, quer dizer, eles eram abordados a partir do pertencimento a um grupo étnico, religioso, racial etc.<sup>16</sup> Isto é, o refugiado não era considerado na sua perspectiva individual, mas apenas enquanto membro de um grupo social. Até porque a estrutura institucional da Liga das Nações era, pode-se concluir, bastante frágil e incipiente, dado que se constituía da primeira tentativa de uma organização internacional deste porte universal.

Assim, os Estados reunidos sob a égide da Liga das Nações, criaram alguns organismos, que tencionaram contornar o drama de grupos específicos de refugiados. Deste modo, surgiu, em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, que cuidava essencialmente dos dissidentes políticos da Revolução Bolchevique de 1917. O grande mérito deste organismo, conforme FISCHER DE ANDRADE, foi marcar a “aceitação internacional da responsabilidade pelos civis deslocados<sup>17</sup>”, não se podendo olvidar, também, seu papel na definição da situação jurídica dos refugiados e na prestação de atividades de assistência e socorro<sup>18</sup>.

Destaca-se, também, o tratamento da Liga das Nações aos refugiados armênios. Entre 1915 e 1923, deu-se o que historiadores chamam de “primeiro genocídio do século XX<sup>19</sup>”, com a morte de cerca de 1,5 milhão de armênios, por turcos<sup>20</sup>, o que representou a “primeira moderna de eliminar toda uma população<sup>21</sup>”. A perseguição gerou, paralelamente, um intenso fluxo migratório de armênios para outros países, indo os Estados-partes da Liga ao encalço daquela população desamparada.

Mais além, em 1928, foi oficializado o Acordo Relativo às Funções dos Representantes do Alto Comissariado para Refugiados da Liga das Nações, o qual visava a conferir uma atenção maior aos refugiados russos. Contudo, o acordo vigeu

<sup>15</sup> FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 24.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 29.

<sup>17</sup> Ibidem. p.40.

<sup>18</sup> JUBILUT, Líliliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.p.75.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> ARMÊNIA-BRASIL. **Genocídio armênio**. Disponível em: <<http://www.armenia.brasil.nom.br/genocidio.htm>>. Acesso em 14 ago. 2008.

<sup>21</sup> HOBBSBAWM, 1995, p. 57.

apenas entre França e Bélgica e era destituído do *status* de um documento juridicamente vinculante.<sup>22</sup> Chama-se a atenção, ainda, para o fato de o Alto Comissariado mencionado ser tão somente o “Alto Comissariado para os Refugiados Russos”<sup>23</sup>, já que não havia até então um Alto Comissariado para cuidar dos refugiados em geral.

Não se pode olvidar, igualmente, do Escritório Internacional Nansen para os Refugiados, órgão descentralizado, mas sob a direção da Liga das Nações<sup>24</sup>. Dr. Nansen cientista norueguês que gozava de grande reputação política e de muito prestígio junto ao governo russo, chegou a assumir o cargo de Alto Comissário para os Refugiados Russos.<sup>25</sup> O Escritório que levou seu nome defendia a elaboração de um estatuto jurídico para os refugiados, embora Dr. Nansen considerasse que o trabalho do Escritório em favor dos refugiados poderia ser extinto em torno dos anos 30, desde que se criasse um estatuto definitivo para tratar da questão. De todo modo, o Escritório advogava que não se oferecesse apenas proteção jurídica aos refugiados, mas também medidas de assistência material<sup>26</sup>, o que, contudo, não foi aprovado.

Sublinhe-se, ainda, que o Escritório Nansen advogava a defesa do alargamento da proteção aos refugiados para outros povos que não apenas o russo, como os armênios<sup>27</sup>. É precisamente nesta lógica que foi criado o chamado Passaporte Nansen, documento emitido pela Liga das Nações que permitia a circulação e a proteção a milhares de refugiados russos e também de refugiados de outras nacionalidades, como armênios<sup>28</sup>. O Passaporte Nansen, além do mais, devolveu a personalidade jurídica aos refugiados outrora desnacionalizados<sup>29</sup>, visto que lhes garantiu a proteção internacional como autênticos sujeitos de direito, contribuindo para a queda significativa do número de refugiados, o que contribuiu para que o trabalho do Escritório Nansen ganhasse o Prêmio Nobel da Paz em 1923<sup>30</sup>.

Ademais, não convém ignorar o avanço que representou, para o trato da questão dos refugiados, a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados,

---

<sup>22</sup> FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 63.

<sup>23</sup> *Ibidem.* p. 65.

<sup>24</sup> JUBILUT, 2007, p.76.

<sup>25</sup> *Ibidem.* p.41.

<sup>26</sup> FISCHER DE ANDRADE, *op cit*, p. 68.

<sup>27</sup> JUBILUT, *op cit*, p.75.

<sup>28</sup> GROppo, Bruno. **Os exílios europeus no século XX**. In: Diálogos, DHI/UEM. V.6. 2002. p. 85.

<sup>29</sup> GARCIA, Cristiano Hehr. **O direito internacional dos refugiados**: história, desenvolvimento, definição e alcance. A busca pela plena efetivação dos direitos humanos no plano internacional e seus reflexos no Brasil. Dissertação ( Mestrado em Direito). 147 fl. Faculdade de Direito de Campos, 2007. p. 76.

<sup>30</sup> *Idem.*

elaborada sob os auspícios do Escritório Nansen<sup>31</sup>. Formalizada em 1933, a dita convenção significou a primeira tentativa de se elaborar um diploma jurídico internacional que vinculasse os Estados-membros à proteção dos refugiados.

Embora a convenção atuasse na vanguarda, prevendo dispositivos, dentre outros, concernentes à educação, bem-estar e trabalho dos refugiados, seus resultados foram pífios. Até porque contava com apenas oito Estados-partes.<sup>32</sup>

Quanto aos possíveis motivos que levaram à extinção do Escritório, importante órgão da Liga das Nações, cumpre destacar a crise econômica de 1929 (que afetou o orçamento destinado à assistência dos refugiados), o desgaste e perda de prestígio moral da organização, a entrada da União Soviética na Liga (passando este país a exercer forte oposição à proteção aos refugiados egressos de seu território), entre outros.

Com a extinção do Escritório Nansen, criou-se o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, em 1938. Tal organismo, contudo, emergiu num período em que a Liga das Nações já se encontrava desprestigiada e acabou por se erodir completamente com a eclosão da Segunda Grande Guerra.

De qualquer forma, os esforços da Liga das Nações no trato com os refugiados, embora se reconheçam seus frutos, fracassaram. Os sucessivos fracassos podem ser explicados, por exemplo, pelo baixo número de Estados-partes dos acordos internacionais sobre o tema, tais como os que originaram o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, o Alto Comissariado para Refugiados da Liga das Nações e a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados. Do mesmo modo, pela proliferação excessiva de órgãos que tratavam de grupos específicos de refugiados, o que dificultava a coordenação de esforços para um tratamento sistemático da problemática, já que não havia um organismo que centralizasse as ações referentes. Ademais, frise-se que a Liga das Nações possuía uma estrutura bastante sensível às pressões políticas de seus Estados-membros, já que não configurava uma autêntica federação de Estados autônomos, mas uma associação de Estados soberanos.

A Segunda Grande Guerra acentuou a dramática situação dos refugiados, o que se agravou, ainda mais, pela ausência de um centro de poder capaz de assegurar um adequado tratamento para a questão. Continuava a existir o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, o qual se via na necessidade de cuidar de um número

---

<sup>31</sup> JUBILUT, 2007, p. 76.

<sup>32</sup> FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 75.

crecente de refugiados, egressos, na sua maior parte, dos territórios alemão, polonês e tcheco-eslovaco. Estima-se que este organismo tenha se encarregado da proteção de cerca de 800 mil refugiados durante sua existência.<sup>33</sup>

Dada a situação caótica de um número cada vez maior de refugiados e a ausência de uma instituição sólida e capaz de gerir o problema, foi criado, por influência de Franklin D. Roosevelt, o Comitê Intergovernamental para Refugiados, órgão à parte da Liga das Nações. Cerca de 30 países, inclusive o Brasil, reuniram-se para tentar contornar o drama dos refugiados, especialmente os fugidos da Alemanha nazista. O Comitê reconhecia que não seria possível, naquele momento, a solução definitiva da questão dos refugiados, por isso procurou adotar medidas paliativas, como de reassentamento dos refugiados em territórios seguros<sup>34</sup>, assumindo, em verdade, as funções do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados<sup>35</sup>.

Deve-se salientar, ainda, que o Comitê contribuiu para a posterior elaboração de um autêntico Direito Internacional dos Refugiados, ao chamar a atenção para a necessidade de uma definição oficial do termo “refugiado”. E assim o definia: “Pessoas que já partiram de seu país de origem ou que devem emigrar em razão de suas opiniões políticas, credos religiosos ou origem racial”.<sup>36</sup>

Note-se que, pela primeira vez, formulou-se uma definição objetiva de motivos que pudessem levar à migração dos refugiados. Lançava-se o gérmen de uma definição jurídica do termo “refugiado”, que se consolidará em momento ulterior. Ainda, afastou-se de uma qualificação coletiva de refugiado, para passar a considerar este sujeito como um indivíduo e não apenas como membro de um grupo social.

Observe-se que a definição estipulativa acima mencionada reflete perfeitamente o momento histórico em que foi elaborada, qual seja, a Segunda Grande Guerra, que entra na história como o conflito que de forma mais bárbara massacrava indivíduos por razões étnicas, religiosas e políticas.

Além do mais, passo significativo foi dado com o Comitê Intergovernamental para Refugiados, haja vista que tal organismo atuava não apenas no âmbito diplomático, ao coordenar os esforços estatais em prol dos refugiados, mas também no âmbito operacional, ao providenciar assentamentos e assistência material aos refugiados.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 119.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>35</sup> JUBILUT, 2007, p. 78.

<sup>36</sup> FISCHER DE ANDRADE, *op cit*, p. 126.

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 129.

Com o fim da Segunda Guerra, difundiu-se o pensamento de que a problemática referente aos refugiados estaria perto de um fim. Não obstante, muitos refugiados recusavam-se a ser repatriados, por temor de que as perseguições continuassem em suas próprias terras. Nesta lógica, mesmo após o conflito, o Comitê Intergovernamental continuou seus trabalhos.

De todo o modo, o Comitê enfrentou problemas que foram progressivamente abalando a instituição, como a falta de recursos financeiros, a falta de cooperação de muitos Estados (por temor a represálias nazistas e por crença de que o nazismo seria passageiro) e a ausência de uma política comum dos Estados-partes,<sup>38</sup> até que foi extinto em 1947, um ano após a extinção formal da Liga das Nações.

No mesmo ano da extinção do Comitê Intergovernamental para Refugiados, criou-se a Organização Internacional para Refugiados (OIR), já sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, tornando-se uma agência centralizada e especializada desta última. O grande entrave para a consolidação deste organismo foi a oposição frontal feita pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, potência à época da Guerra Fria.

Deve-se mencionar que a OIR contribuiu para o alargamento da definição de refugiado em relação àquela elaborada pelo Comitê Intergovernamental. Aquela organização passou a considerar como refugiados também os indivíduos fugidos dos regimes nazista e fascista, bem como aqueles que estavam fora de seus países de origem e impedidos de retornarem a eles, além dos órfãos da guerra que estivessem ausentes de seus países, entre outros<sup>39</sup>, indo além dos motivos raciais, étnicos e religiosos apontados na definição formulada pelo Comitê Intergovernamental.

De qualquer forma, a Organização Internacional para Refugiados foi criada para ser temporária; seu prazo de funcionamento expirou em 30 de junho de 1950. Aponta-se que, durante sua existência, a Organização cuidou de cerca de um milhão e seiscentos mil refugiados<sup>40</sup>.

Resta evidente, a partir do prazo certo de existência de uma organização desta natureza, que se imaginava ser a questão dos refugiados passageira, a despeito de este pensamento não corresponder à realidade.

Após a extinção da OIR, suas responsabilidades foram transferidas aos Estados, que, contudo, não encaravam estas novas atribuições com bom grado. Fazia-se

<sup>38</sup> FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 134.

<sup>39</sup> *Ibidem.* p. 163.

<sup>40</sup> *Ibidem.* p. 174.

necessário, pois, um novo impulso ao Direito Internacional dos Refugiados, o que se concretizou com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951<sup>41</sup>.

## 1.2 A CONVENÇÃO DE GENEBRA RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS DE 1951

Em 28 de julho de 1951, já sob a égide da Organização das Nações Unidas, materializou-se o esforço empreendido desde o começo do século XX, a partir da Liga das Nações, para a consolidação de um efetivo Direito Internacional dos Refugiados.

Vinte e seis países participaram das negociações para a assinatura da convenção. A maioria dos Estados era ocidental e de orientação liberal, embora não se ignore a contribuição de países como Egito e Iraque. Com exceção da Iugoslávia, o bloco comunista destacou-se pela sua ausência.<sup>42</sup>

MARFLEET salienta que a elaboração da Convenção foi permeada por discussões dominadas pelos Estados Unidos e seus aliados europeus. É o mesmo autor quem aduz que o Reino Unido advogava uma definição ampla de refugiado, capaz de garantir a proteção às pessoas deslocadas de seus países em situações ainda por virem<sup>43</sup>. De toda a sorte, a influência norte-americana foi tão grande no processo de elaboração da Convenção em tela, dado o contexto de Guerra Fria, que sua proposta saíra vencedora. Neste sentido, elaborou-se um diploma legal com uma definição bastante restrita de refugiado, além de este ter suas necessidades reduzidas a direitos civis e políticos, sem qualquer referência a direitos econômicos e sociais, sendo que o ponto-chave residia na comprovação do elemento “perseguição<sup>44</sup>, motivador da fuga do país de origem, de nacionalidade ou de residência habitual.

De toda forma, a importância da Convenção de 1951 é inegável. O referido documento é um marco no direito internacional, pois se trata do primeiro acordo multilateral, e de âmbito universal, a dispor acerca de aspectos essenciais que dizem

---

<sup>41</sup> Adiante, referida como Convenção de 1951.

<sup>42</sup> UNHCR. *Le rempart érigé pour protéger les réfugiés : la Convention de 1951*. Genève, 2007. p. 8.

<sup>43</sup> MARFLEET, Philip. *Refugees in a global era*. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 146.

<sup>44</sup> Idem.

respeito aos refugiados.<sup>45</sup> Marca, portanto, o comprometimento da sociedade internacional com a devida responsabilidade para com este grupo social tão vulnerável.

É de se observar que a Convenção reconhece a dimensão mundial da questão dos refugiados, bem como a necessidade da difusão de uma solidariedade internacional no trato da problemática, advogando, notadamente, a partilha da responsabilidade entre os Estados.

A importância deste diploma de direito internacional é marcante, ainda, no que diz respeito ao fato de ele conferir verdadeiros direitos subjetivos fundamentais aos refugiados, como, por exemplo, o direito à educação, à saúde e à integralidade do núcleo familiar, equiparando tais migrantes forçados aos demais estrangeiros presentes no território do país hospedeiro.

Além do mais, grande avanço significou este tratado, haja vista que elaborou uma definição jurídica de refugiado e, a partir desta, possibilitou a formação de uma estrutura de coordenação dos esforços voltados à solução do drama dos refugiados. Neste aspecto, deveria tomar a frente o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), criado por meio da Resolução 319 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1949<sup>46</sup>.

O ACNUR foi criado com a função precípua de proteger os refugiados e buscar soluções permanentes para a situação deste grupo de migrantes forçados, que se arrastava desde o começo do século do século XX. É o que declara o próprio ACNUR: ‘O ACNUR tem por mandato fornecer, sobre uma base não-política e humanitária, uma proteção internacional aos refugiados e de procurar soluções permanentes no favor destes<sup>47</sup>’ (tradução nossa).

É interessante perceber que o ACNUR foi criado tendo um tempo determinado de existência, qual seja, três anos, a partir de janeiro de 1951. Tal qual se dera com a Organização Internacional para Refugiados (OIR), que o antecedeu, acreditava-se que a questão dos refugiados fosse pontual e transitória.

O fato é que, dado o caráter continuado do fluxo de refugiados, a agência da ONU foi tendo seu mandato alargado sucessivamente, através de resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas. Finalmente, em 2003, também por meio de

---

<sup>45</sup> UNHCR. *La Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : questions et réponses*. Genève, 2007. p. 6.

<sup>46</sup> UNHCR. *Introduction à la protection internationale: protéger les personnes relevant de la compétence du HCR. Module d’autoformation I*. Genève, 2005. p. 7.

<sup>47</sup> Idem. ‘Le HCR a pour mandat de fournir, sur une base non politique et humanitaire, une protection internationale aux réfugiés, et de rechercher des solutions permanentes en leurs faveur’.

resolução, determinou-se que o ACNUR deveria dar prosseguimento aos seus trabalhos até que o problema dos refugiados fosse definitivamente resolvido.

De qualquer modo, estabelece-se que a responsabilidade primeira no trato com os refugiados pertence aos Estados. Assim, todos os Estados teriam o dever de assegurar o cumprimento das obrigações contraídas convencionalmente no plano internacional, bem como daquelas decorrentes do direito costumeiro.

Todos os Estados têm o dever de assegurar uma proteção internacional em virtude das obrigações que são suas nos termos do Direito Internacional, aí compreendidos o Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Costumeiro<sup>48</sup>. (Grifo e tradução nossos).

Acresça-se que o ACNUR atua no fornecimento da proteção internacional não só a refugiados, mas também a apátridas<sup>49</sup> e deslocados internos<sup>50</sup>. Destaque-se que tal proteção, por sua natureza, configura-se subsidiária à proteção nacional; quer dizer, a atuação do ACNUR, assim como de qualquer outro organismo internacional, reputa-se legítima apenas na falta, ou na insuficiência, da proteção oferecida pelo Estado competente. Não se admite, portanto, qualquer mecanismo de proteção internacional, a não ser para suprir uma carência de proteção nacional.

Nesta perspectiva, tem-se como pressuposto a cooperação entre Estados e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, não podendo ser desprezada a importância da cooperação e contribuição das organizações não-governamentais (ONGs), como a Cáritas Arquidiocesana, que atua internacionalmente, ligada à Igreja Católica.

Disto se depreende que pilares do direito internacional clássico, tal qual o Estado como único ator do sistema internacional e a soberania estatal enquanto sinônimo de poder absoluto, transformam-se no cenário internacional contemporâneo.

Na realidade, a emergência de agências internacionais especializadas, como é o caso do ACNUR, e de ONGs de expressiva atuação no plano interno e externo, levam

---

<sup>48</sup> UNHCR. *Introduction à la protection internationale...*, 2005, p. 13. ‘Tous les États ont le *devoir* d’assurer une protection internationale en vertu des obligations qui sont les leurs aux termes du droit international, y compris le droit international des droits de l’homme et le droit international coutumier’.

<sup>49</sup> Pessoas não reconhecidas por nenhum Estado como seus nacionais.

<sup>50</sup> Indivíduos que abandonam seus lares, por razões bastante semelhantes a dos refugiados, como perseguição política ou religiosa, por exemplo, não chegando, porém, a atravessar uma fronteira nacional.

à conclusão de que a ordem internacional hodierna convive com uma pluralidade de atores interdependentes. Como assegura SALDANHA:

Quando da constituição de pólos alternativos de poder e influência nas relações internacionais, há uma flexibilização do poder absoluto da soberania estatal. (...) Estes novos canais trazem um conceito mais abrangente de soberania, sem que haja o desaparecimento do Estado como ator das relações internacionais.<sup>51</sup>

De qualquer modo, a Convenção de 1951, e também assim o fez a própria Organização das Nações Unidas, assinalou o resgate do Idealismo, esmigalhado pelo realismo bárbaro da Segunda Grande Guerra. Para preservação da humanidade, fazia-se impreterível reavivar o imperativo categórico kantiano de tomar cada indivíduo como um fim em si mesmo e não como meio para alcance de outros fins. Fazia-se necessário, sobretudo, dar forma ao direito cosmopolita, também idealizado por Kant, reconhecendo direitos inerentes ao indivíduo enquanto cidadão do mundo, e não de um Estado específico. Ou melhor, imperativo era tornar prático o direito cosmopolita, isto é, “o direito de um estrangeiro, por causa de sua chegada à terra de um outro, não ser tratado por este hostilmente”.<sup>52</sup> Sobre isto, há de se discorrer em momento oportuno.

Nesta lógica, segue-se à análise dos elementos mais significativos da Convenção de 1951, não tendo, todavia, o presente trabalho, a pretensão de promover uma análise exaustiva de todos os componentes do tratado em tela, mas sim de destacar algumas de suas estruturas de maior relevância. Passa-se, então, à investigação das principais cláusulas presentes na Convenção de 1951.

### 1.2.1 Cláusulas de inclusão

As chamadas cláusulas de inclusão, presentes na Convenção de 1951, destinam-se a estabelecer critérios objetivos para o reconhecimento do *status* de refugiado a um indivíduo demandante da proteção internacional do refúgio.

<sup>51</sup> SALDANHA, 2006, p. 308.

<sup>52</sup> KANT, Immanuel. **À paz perpétua e outros opúsculos**. Porto Alegre: L&PM, 1989. p. 43.

De acordo com o artigo 1º A da Convenção de 1951, refugiado é uma pessoa que:

Por fundado temor de perseguição por motivos **de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas**, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade, encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em conseqüência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (grifo nosso).

O que se extrai da passagem é que a Convenção de 1951 alargou consideravelmente as definições estipulativas traçadas pelo Comitê Intergovernamental para Refugiados e pela Organização Internacional para Refugiados, o que significou um inegável avanço.

Na mesma linha destes organismos pretéritos, a Convenção de 1951 traça uma definição de refugiado balizada pelo critério do individualismo. Quer dizer, o refugiado não é mais analisado enquanto membro pertencente a um grupo social em específico, como se deu nos primeiros momentos do trato da questão, mas sim enquanto um indivíduo carente de proteção internacional. Como aponta Jean Yves-CARLIER, a lógica que estava por detrás desta opção pelo individualismo reside no fato de que, após a Segunda Grande Guerra, muitos países fecharam suas fronteiras ao ingresso de imigrantes fugidos de seus países de origem ou de nacionalidade e, assim, em “não podendo o Estado acolher todo um grupo, acolheu um ou outro indivíduo”.<sup>53</sup>

Num segundo momento, observa-se que o diploma legal emprega termos extremamente subjetivos, o que fica claro na expressão “fundado temor de perseguição”, por exemplo. Desta maneira, cria-se uma margem para interpretações as mais diversas, que, possivelmente, podem se prestar aos interesses daqueles que realizam os procedimentos de concessão do *status* de refugiado. Em verdade, cabe ao próprio Estado de acolhida determinar se um indivíduo tem, ou não, um fundado temor de perseguição, o que é bastante ilógico, mas compreensível do ponto de vista de uma política realista do Estado<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Curso de verão sobre refugiados. Instituto Internacional de Direitos Humanos, Strasbourg. 16/06/08.

<sup>54</sup> Política esta que tende a priorizar os interesses estatais, com base numa ponderação racional dos custos e benefícios.

De todo o modo, conforme o ACNUR, o termo “fundado temor” possui um elemento subjetivo - a crença em relação à perseguição -, e também um elemento objetivo - provas exteriores que justifiquem a crença na perseguição, como averiguações quanto à situação do país de origem do demandante de refúgio.

Segundo o ACNUR, o demandante de refúgio não tem a obrigação de provar o fundado temor de perseguição; a autoridade que procede ao exame de admissão do demandante de refúgio deve analisar se existe uma possibilidade razoável de ocorrer algum dano à pessoa, em seu país de origem, de nacionalidade ou de residência habitual<sup>55</sup>, devendo proceder afirmativamente ao pedido de refúgio, em se constatando tal possibilidade.

Ainda de acordo com o ACNUR, “perseguição” deve ser entendida como ameaças graves, sistemáticas ou repetitivas, à vida ou à liberdade do indivíduo.<sup>56</sup> Considera-se que os agentes perseguidores possam ser estatais ou privados. Nesta última hipótese, porém, a proteção internacional justifica-se apenas em sendo tais agentes respaldados pela conivência ou omissão do Estado. Caso contrário, cabe ao próprio Estado, no exercício de sua soberania interna, empreender as medidas necessárias à proteção de sua população.

Seguindo-se a análise da definição de refugiado da Convenção de 1951, por raça se entende qualquer grupo étnico. Embora a ciência contemporânea assevere existir apenas uma raça de pessoas, qual seja, a raça humana, a idéia de raça ainda permanece fortemente ligada, no imaginário coletivo, a um conjunto de características físicas, como a cor da pele, os traços do rosto, o tipo de cabelo e assim por diante. Como bem enuncia Liliana JUBILUT: “O conceito de raça provém da biologia e tem por fim designar um grupo que apresente certa homogeneidade no conjunto de aspectos genéticos particulares, hereditariamente transmitidos de geração para geração”.<sup>57</sup>

Quanto à religião, por seu turno, devem-se entender todos os sistemas de crença. É ainda JUBILUT quem assegura:

Assim, a religião será entendida como um fenômeno, na maioria das vezes coletivo, fundado na fé em algo metafísico e que ajuda os

---

<sup>55</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié : déterminer qui est un réfugié. Module d'autoformation 2.* Genève, 2005. p. 35.

<sup>56</sup> UNHCR. *Introduction à protection internationale...*, 2005, p. 62.

<sup>57</sup> JUBILUT, 2007, p. 115.

indivíduos que possuem esta crença na organização de suas vidas, a partir dos princípios éticos que devem ser seguidos<sup>58</sup>.

Destaca-se que a liberdade de religião abarca, pois, não apenas a liberdade de escolher uma religião e de professá-la, mas também a de mudar de religião e a de não ter religião alguma.

Já por nacionalidade, concebe-se que ela não se restringe à cidadania, mas compreende o pertencimento a uma comunidade étnica, religiosa, cultural ou lingüística. No entender de Francisco REZEK, nacionalidade constituiria o vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, fazendo deste último integrante de um elemento constitutivo do Estado, qual seja, o povo ou a dimensão pessoal<sup>59</sup>.

Como aponta Jean Yves-CARLIER, os três motivos de perseguição expostos acima são bastante objetivos e claros, o que os isenta de maiores problemas, no que tange à sua compreensão. As outras duas razões expostas adiante são de ordem um tanto mais subjetiva, o que pode resultar em definições menos sólidas.

No que pertine ao elemento de pertencimento a um grupo social, entende-se que este seja constituído de pessoas que apresentem características comuns, muitas vezes inatas e constituidoras da própria identidade do indivíduo, como é o caso dos judeus, por exemplo. JUBILUT chama a atenção para o fato de, hodiernamente, os dois principais grupos sociais sujeitos a discriminações gritantes serem as mulheres e os homossexuais<sup>60</sup>.

As opiniões políticas, por sua vez, compõem os pontos de vista sobre questões concernentes ao Estado, ao governo ou aos Poderes Públicos.<sup>61</sup> Neste aspecto, tal cláusula visa a resguardar a liberdade de pensamento do indivíduo, no sentido de ser ele plenamente livre para adotar uma ou outra opinião relativa ao seu Estado, governo ou ao Poder Público de seu país. É cediço, pois, que a liberdade de opinião política, enquanto direito fundamental, é dos valores mais caros da sociedade moderna ocidental, recepcionado, inclusive, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> JUBILUT, 2007, p. 129.

<sup>59</sup> REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10.ed.rev.e atual. São Paulo : Saraiva, 2005. p. 180.

<sup>60</sup> JUBILUT, *op cit*, p. 132.

<sup>61</sup> UNHCR. **Introduction à protection internationale...**, 2005, p. 63.

<sup>62</sup> Art. XVIII – Toda pessoa tem direito à liberdade do pensamento, consciência e religião. Art. XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão.

Superadas as eventuais fragilidades conceituais, cumpre destacar que a Convenção de 1951 exige que o indivíduo já se encontre fora de seu país de origem, de nacionalidade ou de residência habitual, para que possa receber o *status* de refugiado. Esta exigência faz sentido no que tange à própria essência do instituto do refúgio, que, por excelência, se constitui como um instrumento de proteção a estrangeiros perseguidos no interior do seu próprio Estado. Contudo, não se pode ignorar que, na maioria das vezes, torna-se praticamente impossível um indivíduo que necessita de uma proteção deste porte, deixar seu país, seja por falta de recursos financeiros ou pela presença de agentes de perseguição em todo o território nacional. Vale esclarecer, então, que, mesmo que uma pessoa tenha um fundado temor de perseguição por quaisquer dos cinco motivos elencados acima, ela não pode demandar refúgio se não se encontrar fora de seu país.

De qualquer maneira, a importância das cláusulas de inclusão é muito grande, pois a partir delas se desenvolvem os procedimentos para concessão ou negação do refúgio. Saliente-se que, dado que a Convenção de 1951 adota um critério individualista para definição de refugiado, como já se expôs outrora, exigem-se procedimentos também individualizados. Isto é, os pedidos de refúgio devem ser analisados caso a caso. Exceção deve ser feita apenas em situações de fluxo massivo de refugiados, quando então se pode conceder o refúgio sem análise de cada caso particular, com base na ausência de prova em contrário. Nesta situação, os refugiados são denominados “refugiados *prima facie*”.<sup>63</sup>

Ademais, o ACNUR adota o entendimento de que a análise dos pedidos de refúgio deve basear-se num sistema de prova conjunta. Assim, caberia ao Estado demandado proceder a uma avaliação conjunta com o demandante de refúgio dos elementos pertinentes à demanda.<sup>64</sup>

Frise-se, ainda, que as cláusulas de inclusão são de extrema valia para o processo de reconhecimento do refugiado, dado que a partir da inclusão do indivíduo sob a égide de proteção da Convenção de 1951, é possível que ele tenha acesso a verdadeiros direitos subjetivos, nos moldes do que já se antecipou acima, de que são exemplos o direito de acesso aos tribunais do país de acolhida<sup>65</sup>, à liberdade religiosa<sup>66</sup>,

---

<sup>63</sup> UNHCR. *Introduction à protection internationale...*, 2005, p. 123.

<sup>64</sup> Diretiva 2004/83, do Conselho da Europa, artigo 4º, §1º.

<sup>65</sup> Artigo 16 da Convenção de 1951.

<sup>66</sup> Artigo 4º. da Convenção de 1951.

à assistência social<sup>67</sup>, bem como de garantia contra devolução ao país em que sofre perseguições<sup>68</sup>, como se verá mais adiante.

Deve-se notar, por fim, que os procedimentos de concessão do refúgio são de natureza declaratória, e não constitutiva, do *status* de refugiado, mesmo porque as condições que movem o indivíduo à fuga existem anteriormente ao reconhecimento oficial de seu estado.<sup>69</sup>

### 1.2.2 Cláusulas de cessação

O artigo 1C da Convenção de 1951 traz razões de expiração da proteção do refúgio, as quais são denominadas cláusulas de cessação.

São elas:

- A. Se a pessoa voltou a valer-se da proteção do país de que é nacional;
- B. Se havendo perdido a nacionalidade, ela a recuperou voluntariamente;
- C. Se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;
- D. Se voltou a estabelecer-se, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu com medo de ser perseguida.
- E. Se por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela não pode mais continuar recusando a proteção do país de que é nacional.
- F. Tratando-se de pessoa que não tem nacionalidade, se por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela está em condições de voltar ao país no qual tinha residência habitual.

Assim, a cessação, pela sua própria natureza, é possível apenas após o reconhecimento do *status* de refugiado. As cláusulas de cessação, aliás, aplicam-se quando não é mais necessária, ou justificada, a proteção internacional, subsidiária à proteção nacional. Geralmente, a dispensa da proteção internacional pode decorrer de alteração substancial nas condições do país de origem ou de nacionalidade do refugiado,

<sup>67</sup> Artigo 24 da Convenção de 1951.

<sup>68</sup> Artigo 33 da Convenção de 1951.

<sup>69</sup> LUZ FILHO, José Francisco Sieber. *Non-refoulement*: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In ALMEIDA, Guilherme Assis de; ARAÚJO, Nadia de. **O direito internacional dos refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177.

o que fica claro das duas últimas cláusulas, ou então por atos voluntários do próprio refugiado, perceptíveis nas demais cláusulas.

### 1.2.3 Cláusulas de exclusão

As cláusulas de exclusão, por sua vez, determinam condições de dispensa da concessão do refúgio, nos casos em que o indivíduo demandante do refúgio não tem necessidade da proteção internacional ou não a merece.

São hipóteses em que o indivíduo não carece da proteção internacional:

A. Pessoas que se beneficiam de proteção ou assistência de parte de um organismo ou de uma instituição das Nações Unidas, que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados<sup>70</sup>. Esta é a situação dos refugiados palestinos do Oriente Médio, que gozam da proteção de uma agência especializada, a Agência das Nações Unidas para os Refugiados Palestinos do Oriente Médio (*United Nation Work Agency for Palestina Refugees in the Near West* ou UNRWA). Saliente-se que os refugiados de origem palestina que não se encontram na região do Oriente Médio podem requerer a proteção do ACNUR.

B. Pessoas consideradas pelas autoridades competentes do país no qual se instalaram como tendo os direitos e as obrigações relacionados com a posse da nacionalidade deste país<sup>71</sup>. Quer dizer, em tendo possibilidade jurídica de acesso à nacionalidade do país de acolhida, há de se excluir a concessão do refúgio, dado que a proteção internacional deixa de ser necessária.

São, por outro turno, hipóteses em que o indivíduo não se faz merecedor da proteção internacional:

C. Quando houver sérias razões para se pensar que a pessoa: i) cometeu um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade; ii) cometeu um grave crime de direito comum fora do país de refúgio antes de ser nele admitida como refugiada; iii) tornou-se culpada por atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Artigo 1D da Convenção de 1951.

<sup>71</sup> Artigo 1E da Convenção de 1951.

<sup>72</sup> Artigo 1F da Convenção de 1951.

Consoante o ACNUR, a lógica desta cláusula de exclusão reside no fato de o cometimento de certos atos ser de tamanha gravidade que o indivíduo não deva ser protegido pela Convenção de 1951. Os autores de crimes como os tratados acima são considerados indignos de se beneficiar da proteção internacional própria dos refugiados.

O objetivo primeiro é de privar as pessoas culpadas de atos abomináveis e de crimes graves de direito comum da proteção internacional concedida aos refugiados e de assegurar que estas pessoas não abusem da instituição do asilo a fim de evitar de serem juridicamente responsáveis por seus atos<sup>73</sup>.

Deve-se, adiante, atentar para uma breve definição de conceitos-chave presentes na cláusula de exclusão presentes no artigo 1F da Convenção de 1951.

Quanto aos crimes de guerra, estes se constituem em violações a normas de Direito Internacional Humanitário, isto é, normas cuja aplicação se dá no decorrer de conflitos armados, como já se disse anteriormente. Nesta perspectiva, seriam exemplos de crimes de guerra a tortura e o ataque indiscriminado a civis. Importantes fontes normativas para esta temática são a Convenção de Genebra de 1949 e os Protocolos Adicionais de 1977, bem como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998<sup>74</sup>.

Crimes contra a humanidade, por seu turno, são aqueles que, por definição, correspondem a atos desumanos, como genocídio, assassinatos generalizados, tortura e outros. Chama-se a atenção para o fato de tais crimes poderem ser cometidos em tempos de guerra ou de paz. São exemplos de documentos legais, que dão tratamento normativo a esta questão, a Carta de Londres de 1945, a Convenção de 1948 para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, e a Convenção de 1984 contra Tortura ou outros Tratamentos Desumanos ou Degradantes.

Já no tocante aos crimes graves de direito comum, estes não possuem qualquer definição na Convenção de 1951. Inobstante, é possível depreender que se tratam de crimes comuns no sentido de não afrontarem normas de gravidade extrema para o Direito Internacional, como é o caso dos crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, mas corresponderem a tipos penais lamentavelmente cotidianos, como o

---

<sup>73</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié...*, 2005, p. 91. “Leur but premier est de priver les personnes coupables d’actes abominables et de crimes graves de droits commun de la protection internationale accordé aux réfugiés et de s’assurer que ces personnes n’abusent pas de l’institution de l’asile afin d’éviter d’être tenues juridiquement responsables de leurs actes.

<sup>74</sup> Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998, tendo entrado em vigor em 11 de abril de 2002, após o número mínimo de 60 ratificações.

estupro, o homicídio e o roubo. Aliás, para que o crime grave de direito comum enseje a exclusão do indivíduo da proteção ofertada pela Convenção de 1951, deve ter sido cometido fora do país de acolhida, antes da eventual concessão do refúgio. Isto porque, se houver sido cometido no interior do país de refúgio, não se dá aplicação à cláusula de exclusão, mas ao tratamento jurídico regulado pelas leis nacionais do país de acolhida.

Por último, no que tange aos atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas, aqueles hão de ser compreendidos como práticas que afrontam os artigos 1º e 2º da Carta de São Francisco (1945)<sup>75</sup>, de que são exemplos a violação grave e continuada de direitos humanos e atos que ameacem a paz e a segurança internacionais.<sup>76</sup>

Destaque-se, quanto a este assunto, que as cláusulas de exclusão são exaustivas, isto é, não podem ser criadas outras cláusulas desta natureza por analogia. E mais: elas devem ser interpretadas restritivamente, ou seja, no caso de dúvida, deve-se proceder afirmativamente à concessão do refúgio. Além disto, uma eventual cláusula de exclusão não se comunica aos demais membros da família daquele que foi excluído do bojo da proteção da Convenção de 1951<sup>77</sup>.

Deve-se atentar também para o fato de a Convenção voltar a valer-se de termos extremamente subjetivos, como os presentes na expressão “fortes razões para se pensar”, inserida no artigo 1F do tratado em tela. O ACNUR advoga que o exame da questão deve passar pela análise das condições pessoais daquele que pode ser excluído da proteção da Convenção, bem como se ele pertence a algum grupo repressivo ou que incite o cometimento de crimes violentos.<sup>78</sup> Nestes casos, o indivíduo incidiria numa cláusula de exclusão. Todavia, a subjetividade não parece superada.

A par da discussão, parece oportuno analisar o princípio do *non-refoulement*, norma da maior relevância para o Direito Internacional dos Refugiados.

#### 1.2.4 O princípio do *non-refoulement*

---

<sup>75</sup> Tratado que instituiu a Organização das Nações Unidas.

<sup>76</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié*..., 2005, p. 96.

<sup>77</sup> UNHCR. *Introduction à protection internationale*..., 2005, p. 65.

<sup>78</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié*..., 2005, p. 93.

O princípio do *non-refoulement*, ou não-devolução, é a pedra angular do sistema internacional de proteção aos refugiados. De acordo com este princípio, o refugiado, e mesmo o demandante de refúgio, no aguardo da definição de seu *status*, gozam do benefício da proteção contra o reenvio ao país em que sofreram perseguição<sup>79</sup>, fato motivador da busca pelo refúgio.

É o que dispõe o artigo 33 da Convenção em análise:

Artigo 33º - Proibição de expulsão ou de rechaço. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.

Interessante atentar para o que afirma José Francisco Sieber LUZ FILHO quanto a este assunto:

Para o direito internacional, o vocábulo *refoulement* traduz o ato jurídico através do qual um Estado devolve o indivíduo que se encontra sob sua jurisdição a um outro Estado. Trata-se da repulsa de um Estado à presença do refugiado em seu território, em outros termos, é o rechaço do estrangeiro, o ato público que repele o estrangeiro do território nacional<sup>80</sup>.

FISCHEL DE ANDRADE lembra que, já em 1933, na Convenção de Relativa ao Estatuto dos Refugiados, acima mencionada, previa-se o princípio do *non-refoulement*, cuja redação consistia em: “Cada parte contratante se compromete a, em qualquer hipótese, não recusar a admissão de refugiados na fronteira de seus países”.<sup>81</sup>

O que se nota, de toda sorte, é que o conceito de *non-refoulement* albergado pela Convenção de 1951 é perceptivelmente mais amplo do que o apresentado pela Convenção de 1933. Nesta última, o princípio apregoava, apenas, a não-rejeição do refugiado quando ele procedesse ao ingresso no país em que buscasse proteção. Já no diploma de 1951, proíbe-se não somente o rechaço do refugiado na fronteira do país em que ele almeja guarida, como também sua devolução ao Estado em que tenha sofrido

<sup>79</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié...*, 2005, p.16.

<sup>80</sup> LUZ FILHO, 2001, p. 180.

<sup>81</sup> FISCHEL DE ANDRADE, 1996, p. 77.

perseguição, ou a qualquer outro que represente uma ameaça à sua vida ou à sua liberdade.

Além do mais, constitui significativo avanço para o Direito Internacional dos Refugiados tal princípio ser elevado à categoria de *jus cogens*, norma absoluta de Direito Internacional, vinculante sobre todos os Estados, mesmo sobre aqueles que não são partes da Convenção de 1951. O princípio do *non-refoulement* é, pois, considerado verdadeira norma de Direito Costumeiro, o qual vincula mesmo os Estados que aleguem não participar da elaboração do costume internacional.

De acordo com François Julien-LAFERRIERE, a garantia do *non-refoulement* é estendida não só a refugiados, mas também a demais grupos de estrangeiros vulneráveis, como apátridas. Aliás, é o mesmo Professor quem ensina, ironicamente, que o referido princípio é de respeito imperativo, ao menos para as “nações civilizadas”.

82

Cabe destacar que a consagração de normas obrigatórias no âmbito do Direito Internacional constitui significativo progresso, especialmente no que tange à relativização da soberania estatal, tão cara a questões de direitos humanos, em que se insere o direito internacional dos refugiados. O direito cogente vem consagrado no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados<sup>83</sup> e é ali definido como:

Uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como norma da qual nenhuma derrogação é permitida, e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza.

Nos termos acertados de Isabela Piacentini de ANDRADE, as normas de *jus cogens* reúnem os valores mais caros à comunidade internacional e o respeito ao seu conteúdo é requisito de validade para as demais normas internacionais.<sup>84</sup>

Neste diapasão, a consagração de normas verdadeiramente obrigatórias no plano internacional abala, em certa medida, o Direito Internacional Clássico. Isto porque, como bem esclarece Wagner MENEZES:

---

<sup>82</sup> Curso de verão sobre refugiados. Instituto Internacional de Direitos Humanos, Strasbourg. 18/06/08.

<sup>83</sup> Ratificada pelo Brasil em 25 de outubro de 2009.

<sup>84</sup> ANDRADE, Isabela Piacentini de. Responsabilidade internacional do Estado por violação do *jus cogens*. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.5, n.5, jan/jun 2007, p. 5.

Por Direito Internacional Clássico, deve-se entender o sistema jurídico assentado na soberania absoluta e indivisível dos Estados, que se consubstancia na sua vontade de contrair ou não, livremente, obrigações no plano internacional.<sup>85</sup>

Com isto se quer afirmar que, naturalmente, a partir do estabelecimento de normas obrigatórias de Direito Internacional, os Estados hão de conviver com certa flexibilização em suas soberanias, uma vez que estarão sujeitos a normas juridicamente vinculantes, inafastáveis e não dispositivas, como será mais bem apurado adiante.

Jean ALLAIN esclarece, ainda, que a primeira tentativa de a comunidade internacional enquadrar o princípio do *non-refoulement* como *jus cogens* ocorreu na reunião do Comitê Executivo do ACNUR, em 1982, em sua conclusão de número 25. Já em 1996, o Comitê Executivo concluiu firmemente que a norma de *non-refoulement* adquirira o patamar de norma peremptória de Direito Internacional, o que implica dizer que o princípio de não devolução não comporta derrogação<sup>86</sup>.

Contudo, mesmo o princípio do *non-refoulement* não tem uma aplicação absoluta. O próprio artigo 33, §2º da Convenção de 1951 determina que a regra de não-devolução não poderá ser invocada:

Por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo à segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do referido país.

No entender do ACNUR, representaria um perigo contra a segurança nacional o indivíduo que atentasse contra a Constituição, a integridade territorial e a independência do país de acolhida. Já quanto ao crime particularmente grave de direito comum, poderiam ser lembrados, exemplificativamente, o homicídio e o estupro<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p.38.

<sup>86</sup> ALLAIN, Jean. *Insisting on the jus cogens nature of non-refoulement*. In : KAMANGA, Khoti; MORRISON, John; NADIG, Aninia; SELM, Joanne Van; VRZINA, Sanja-Spoljar; WILLIGEN, Loes van (ed). *The refugee convention at fifty: a view from Forced Migration Studies*. Maryland: Lexington Books, 2003. p. 85.

<sup>87</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié...*, 2005, p. 17.

Em certa medida, portanto, prevalecem os interesses estatais, nos moldes do direito internacional clássico. Não obstante, o próprio ACNUR chama a atenção para o fato de a exceção ao princípio do *non-refoulement* não poder ser invocada na situação de o refugiado ficar exposto a torturas ou tratamento desumanos ou degradantes em seu país de origem ou nacionalidade<sup>88</sup>.

Percebe-se, pois, uma constante tensão no direito internacional do século XXI, na busca por um equilíbrio satisfatório entre os interesses do Estado e a preservação do ser humano e da sua dignidade. Em boa medida, a dignidade da pessoa humana já se tornou o norte teleológico dos sistemas jurídicos nacionais e também do conjunto de regras internacionais, o que se torna visível na difusão e ampliação dos direitos humanos. Porém, o direito internacional convive, ainda, com forças contrárias, ramos do direito internacional clássico, como o voluntarismo estatal, quer dizer, a “vontade” do Estado como fundamento das normas internacionais.

É interessante notar, ainda, que, na concepção do ACNUR, a exceção ao princípio do *non-refoulement* em nenhum momento retira o *status* de refugiado. Permite-se assim uma situação contraditória, qual seja, o indivíduo manter seu *status* de refugiado, mas poder ser mandado para seu país de origem.

### 1.3 O PROTOCOLO DE NOVA YORK DE 1967

Tal diploma legal, adicional à Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, é de suma importância para o direito internacional dos refugiados, haja vista que veio a complementar aquela convenção, retirando reservas presentes nesta última.

Havia, assim, duas limitações na Convenção mencionada, uma de ordem geográfica e outra de ordem temporal.

A primeira referia-se à exigência de que o indivíduo que buscasse refúgio o fizesse em razão de perseguições ocorridas no interior do continente europeu. A segunda, por sua vez, dizia respeito à necessidade de tais perseguições se darem antes de 1º de janeiro de 1951.

---

<sup>88</sup> Idem.

Há uma razão histórica para isto, já aludida anteriormente. A Convenção de 1951 foi elaborada para a problemática gritante e urgente dos refugiados na Segunda Grande Guerra. Pensava-se, mais uma vez, como já ocorrera no âmbito da Organização Internacional para Refugiados (OIR), que a questão seria pontual e passageira.<sup>89</sup>

No mais, o Protocolo de 1967 manteve intacta a definição de refugiado.

Conforme sugere David WHITTAKER, o Protocolo de 1967 transformou a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de um documento legislativo fixado num momento histórico específico em um instrumento de direitos humanos<sup>90</sup>.

Ao lado do Protocolo, destacam-se outros diplomas normativos concernentes ao Direito Internacional dos Refugiados que, por seu turno, ampliaram a definição de refugiado trazida pela Convenção de 1951.

#### 1.4 AS DEFINIÇÕES AMPLIADAS

São dois os instrumentos internacionais que ampliam a definição de refugiado, evidenciando outros elementos, para além dos elencados pela Convenção de 1951, que podem motivar a fuga de um indivíduo de seu país de origem, nacionalidade ou residência habitual.

O primeiro diploma a ser mencionado é a Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, adotada em 1969 pela Organização da Unidade Africana.

Nestes termos, a Convenção própria dos refugiados africanos considera não apenas os motivos expressos na Convenção de 1951, no que tange à definição dos refugiados, mas acrescenta outras razões que podem mover um demandante de refúgio. É o que diz a Convenção, em seu artigo 1º, seção 2:

O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma **agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública** numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência

---

<sup>89</sup> JUBILUT, 2007, p. 85.

<sup>90</sup> WHITTAKER, David. *Asylum seekers and refugee in the contemporary world*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006. p. 5.

habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade<sup>91</sup>(grifo nosso).

O que se nota é que a definição ampliada, neste caso, traz como vetor de impulsão essencialmente as guerras de descolonização ocorridas no continente africano, especialmente a partir dos anos 50.

Não passa despercebida, aliás, a carga elevada de subjetividade no conceito supra enunciado, o que se depreende de expressões vagas e maleáveis, tais como “agressão” e “acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública”. Tudo isto, reitere-se, apenas contribui para a discricionariedade do Estado, ranço do Direito Internacional Clássico, quando diante de um pedido de refúgio.

Outro documento de importância memorável para a ampliação do conceito de refugiado é a Declaração de Cartagena, de 1984. Ela, do mesmo modo que a Convenção da Unidade Africana, inclui os motivos elencados na Convenção de 1951, contudo, como ensina CANÇADO TRINDADE, vai além da Convenção Africana<sup>92</sup>, considerando também como refugiados:

Pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, **a violação maciça dos direitos humanos** ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública<sup>93</sup> (grifo nosso).

Diante deste novo conceito, deve-se ter em conta o que percebe JUBILUT:

Apesar de representar uma evolução significativa, a aplicação da grave e generalizada violação de direitos humanos como motivo para o reconhecimento do status de refugiado é limitada tanto geográfica, em função de ter sido adotada por instrumentos regionais, quanto politicamente, pois os critérios para definir a caracterização de uma situação como de grave e generalizada violação de direitos humanos

<sup>91</sup> Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados da África, artigo 1º, seção 2, 1969. Grifo nosso.

<sup>92</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 322.

<sup>93</sup> Artigo 3º. da Declaração de Cartagena (1984). Grifo nosso.

não são objetivos, deixando a questão da proteção dos refugiados mais uma vez sujeita à vontade política e discricionariedade de cada Estado<sup>94</sup>.

Não se pode ignorar, como já aludido quando na análise da Carta da Unidade Africana, o emprego de termos de difícil objetivação, bem como, a partir disto, a manutenção de um espaço para manobras discricionárias, por parte do Estado, no que pertine à concessão do refúgio.

Júlia Zanini de Gouveia PINTO destaca, indo além, que o Brasil não assinou a Declaração de 1984, embora tenha adotado o conceito elastecido de refugiado no quadro normativo interno, através da Lei 9474/97<sup>95</sup>. Em outras palavras, o conceito elastecido de refugiado foi recepcionado pelo Brasil e albergado na Lei supra mencionada, mais precisamente no artigo 1º, III do diploma normativo, que estipula a possibilidade de concessão de refúgio em razão de uma “grave e generalizada violação de direitos humanos”.

Ainda, cumpre esclarecer que a Declaração de Cartagena, diferentemente da Convenção da Unidade Africana, justamente por ser apenas uma declaração, não configurando um tratado, não constitui documento juridicamente vinculante. De todo o modo, consoante o ACNUR, a despeito disto, a maior parte dos países da América Latina incorporou os princípios da Declaração de 1984 em suas legislações nacionais, tornando-os, assim, vinculantes no plano interno.<sup>96</sup> A rigor, a Declaração seria um exemplo de *soft law*, um novo paradigma no direito internacional. Na definição de Wagner MENEZES:

Documentos solenes derivados de foros internacionais, que têm fundamento no princípio da boa-fé, com conteúdo variável e não obrigatório, que não vinculam seus signatários a sua observância, mas que, por seu caráter e importância para o ordenamento da sociedade global, por refletirem princípios e concepções éticas e ideais, acabam por produzir repercussões no campo do Direito Internacional e também para o Direito Interno dos Estados.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> JUBILUT, 2007, p. 135.

<sup>95</sup> PINTO, Júlia Zanini de Gouveia. **Refugiados**: análise das políticas públicas nacionais face ao Direito Internacional. 214 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2008. p.39.

<sup>96</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié*..., 2005, p. 8.

<sup>97</sup> MENEZES, 2005, p.147.

A chamada *soft law*, portanto, compõe-se de regras programáticas, de elevado valor moral intrínseco, porém que não constituem autênticas normas jurídicas internacionais, por não serem dotadas de obrigatoriedade vinculante.

Diz-se, inclusive, que a *soft law* constitui novo paradigma para o direito internacional, na medida em que permite uma nova concepção sobre a interação entre o direito internacional e o direito interno, de influências recíprocas, não sendo, porém, considerada nova fonte de direito internacional, justamente porque não possui força jurídica vinculante. É possível, saliente-se, a aquisição do caráter de obrigatoriedade, por parte de uma norma originariamente do tipo *soft law*, se incorporada pela legislação nacional de um Estado. De todo o modo, mesmo assim, a sua vinculação fica adstrita ao plano interno do Estado.

Celso Duvivier de Albuquerque MELLO acresce, paralelamente, que a *soft law* confere ao Estado maior flexibilidade e espaço de manobra no que concerne à aplicação da norma<sup>98</sup>. E isto, lembra o autor, para alguns juristas, como Ryuichi Ida, poderia acabar por criar uma responsabilidade também “*soft*” e, por este prisma, “*soft law*” seria uma “expressão negativa, significando que não é um ‘*hard law*’ e nem um não direito<sup>99</sup>”.

De toda forma, Albuquerque MELLO cita Demichel, para quem “as normas programáticas são direito e é necessário se habituar a este tipo de regra jurídica, por meio da qual se tenta construir o futuro<sup>100</sup>”.

Finaliza-se, assim, a análise do panorama geral do direito internacional dos refugiados. Seguindo os objetivos propostos para este trabalho, inclina-se à investigação da soberania estatal, bem como da sua relação com o direito internacional dos refugiados.

---

<sup>98</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. v. 1. 13.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 301.

<sup>99</sup> Idem.

<sup>100</sup> MELLO, 2001, p. 302.

## 2 A SOBERANIA ESTATAL

Até neste momento, averiguou-se a construção do direito internacional dos refugiados, que culminou na elaboração da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, diploma de excelência de proteção aos indivíduos que abandonam seus países de origem ou de residência habitual por conta de um fundado temor de perseguição em razão de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a um grupo social.

Como já se assegurou anteriormente, o presente trabalho tem por escopo a análise da relação entre o direito internacional dos refugiados e o apego à soberania estatal na contemporaneidade. Para tanto, almeja-se, por ora, analisar a construção da idéia de soberania estatal, para então averiguar de que modo este elemento impregna o direito internacional dos refugiados.

Neste particular, oportuno anotar, consoante lição de Machado PAUPÉRIO, que a palavra “soberania” deriva do latim, mais precisamente da expressão *super omnia*, que aponta para o caráter dos domínios que não dependem senão de Deus. Em outras palavras, significa " o poder incontrastável do Estado, acima do qual nenhum outro se encontra<sup>101</sup>". É este, pois, o imaginário mais tradicional a respeito da soberania.

Desta feita, passa-se a investigar a contribuição de alguns pensadores para a construção da noção de soberania estatal, sem a pretensão de se esgotar o pensamento dos filósofos.

### 2.1 ALGUNS TEÓRICOS DA SOBERANIA: FRANCISCO DE VITORIA, JEAN BODIN E THOMAS HOBBS

FERRAJOLI salienta que os primeiros teóricos a respeito do tema da soberania, muito antes de Bodin ou Hobbes, foram os teólogos espanhóis do século XVI, como Francisco de Vitoria, Vasquez de Menchaca, Francisco Suarez, dentre

---

<sup>101</sup> PAUPÉRIO, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2a. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 15.

outros<sup>102</sup>, preocupados em prover um fundamento jurídico para as conquistas européias sobre o Novo Mundo.

Francisco de VITORIA, que recebe aqui especial atenção, teorizou três pilares, sobre os quais se formou a sua concepção acerca da soberania estatal, os quais passam a ser analisados na seqüência.

O primeiro pilar refere-se à representação da ordem mundial como uma *communitas orbis*, ou seja, uma sociedade de repúblicas, ou melhor, Estados soberanos, igualmente livres e independentes. Corolário do relevo dado ao Estado, o Direito passa a ser associado como fruto exclusivo do Estado, em substituição à ordem pluralista<sup>103</sup> própria da Idade Média<sup>104</sup>.

Aliás, neste aspecto, Francisco de VITORIA compreende a República, ou o Estado Soberano e centralizado, como algo natural. “Está, pois, claro que a fonte e origem das cidades e repúblicas não foram uma invenção dos homens, nem há de se considerar como algo artificial, senão como algo que procede da própria natureza<sup>105</sup>” (tradução nossa). Nisto consiste, vale anotar, grande contribuição do teólogo espanhol para a construção do imaginário a respeito do Estado e da sua soberania, quer dizer, para a naturalização destes conceitos como categorias desvinculadas de raízes históricas.

Isto talvez possa ser explicado pelo fato de que o teólogo espanhol, muito antes de Hobbes, já concebia que se não houvesse um poder centralizado e suficientemente forte capaz de sujeitar a todos, a desordem imperaria. Isto se vislumbra, por exemplo, na afirmação do teólogo: “Onde não há governante, dissipar-se-á o povo<sup>106</sup>” (tradução nossa). Por esta perspectiva, o poder político soberano não se revela apenas útil à constituição de uma unidade social, como, outrossim, necessário à manutenção das relações sociais. E na realidade, este pensamento decorre de uma dedução lógica da premissa de que os governantes são revestidos de poder pela vontade

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5.

<sup>103</sup> É possível apontar que na Idade Média não havia uma centralização de poder político, tampouco de produção jurídica; havia, pois, múltiplos pólos de poder, representados pelos senhores feudais, bem como múltiplas fontes de Direito, de que são exemplos as diversas ordens de ofício, que produziam as próprias normas.

<sup>104</sup> FERRAJOLI, *op cit*, p. 7-8.

<sup>105</sup> VITORIA, Francisco de. **Derecho natural y de gentes**. Trad. Luis Gentino. Buenos Aires: Emecé Editores, 1946. p. 119. “Está, pues, claro que la fuente y origen de las ciudades y de las repúblicas no fué una invención de los hombres, ni se ha de considerar como algo artificial, sino como algo que procede de la naturaleza misma”.

<sup>106</sup> *Ibidem*. p. 120. “Donde no hay lo gobernante se disipará el pueblo”.

de Deus, esta, por sua vez, incontestável<sup>107</sup>. Desta feita, como assegura o autor, “O rei está sobre todos<sup>108</sup>”.

Indo além, paralelamente a esta imagem de comunidade universal formada por Estados igualmente livres e soberanos, Francisco de VITORIA visualiza a atribuição de direitos naturais aos povos. Na verdade, o teólogo concebe não apenas uma república universal, mas igualmente a humanidade como um sujeito de direitos. Assim, pode-se elencar como segundo pilar da idéia de soberania a comunhão entre os povos, destinatários de direitos naturais e inclinados a entrarem em relação uns com os outros<sup>109</sup>.

Entre estes direitos naturais, pode-se elencar o direito de se comunicar, migrar, comerciar, ocupar, dentre outros<sup>110</sup>. Fica claro, na realidade, que esta concepção a respeito dos direitos naturais não servia a outro intento senão legitimar a ocupação europeia do Novo Mundo. E é neste contexto de colonização que se oferecem maiores possibilidades para o desenvolvimento da soberania externa de um Estado, enquanto poder que desconhece quaisquer limites à realização das suas razões e interesses. Em outras palavras, no ambiente do século XV e XVI, a colonização de outros povos era a principal e mais veemente manifestação da soberania, enquanto poder supremo, de um Estado.

Não passa despercebida, inclusive, a visão de vanguarda do teólogo espanhol, especialmente no que tange ao reconhecimento de direitos inerentes à pessoa, denominados, aliás, de “direitos humanos” pelo padre, independentemente de qualquer elemento externo ao indivíduo, como eventual organização política<sup>111</sup>.

Corolário disto, como assenta Francisco de VITORIA, é o fato de não ser o rei absolutamente soberano sobre tudo e todos, visto que está limitado pelo respeito imperativo aos direitos naturais ou humanos do seu povo e dos povos de alhures<sup>112</sup>.

Conforme ensina PAUPÉRIO, “Pregando a solidariedade internacional, VITORIA encontrou limites da soberania no direito natural, na chamada razão natural<sup>113</sup>”. A sociedade internacional perfeita, portanto, caracteriza-se pelo império do

---

<sup>107</sup> VITORIA, 1946, p. 115-128.

<sup>108</sup> Ibidem. p.129. “*El rey está sobre todos*”.

<sup>109</sup> FERRAJOLI, 2002, p.10.

<sup>110</sup> VITORIA, *op cit*, p. 200.

<sup>111</sup> Ibidem. p. 154.

<sup>112</sup> Ibidem. p. 164.

<sup>113</sup> PAUPÉRIO, 1958, p. 69.

direito e não pela *potestas dominativa* expressa na soberania estatal absoluta. Nesta concepção, não tem a soberania caráter absoluto, senão relativo.

Por último, o padre espanhol depreende dos postulados acima a legitimação da guerra justa, como um terceiro pilar da soberania estatal. Quer dizer, a guerra passa a ser encarada como instrumento de atuação do direito ou como sanção voltada a resguardar a efetividade do direito internacional<sup>114</sup>. Isto por conta de os Estados serem visualizados como entes políticos naturalmente dotados de soberania, ou seja, do poder de realizar seus intentos através dos meios que julgarem convenientes, além de formarem uma comunidade anárquica, isto é, destituída de qualquer autoridade superior aos Estados. Quanto ao tema, vale a lição de FERRAJOLI:

A guerra é lícita e necessária, afirma Vitoria, justamente porque os Estados estão submetidos ao direito das gentes e, na falta de um tribunal superior, seus argumentos não podem ser impostos senão com a guerra<sup>115</sup>.

Deve-se ter em conta, de toda a forma, que VITORIA não admite a violência indiscriminada, inútil ou excessiva e, em especial, aquela dirigida contra a população civil. Na realidade, o teólogo afirma que "*La diversidad de religión no es causa justa para una guerra*<sup>116</sup>", tampouco com o fim de aumentar território ou para proveito particular do príncipe<sup>117</sup>. A única causa justa para uma guerra é a injúria recebida, não bastando qualquer injúria, mas uma injúria realmente severa<sup>118</sup>.

Neste contexto, saliente-se o caráter visionário do pensamento de Francisco de VITORIA, haja vista que tal concepção a respeito da guerra, como instrumento de atuação do direito, haveria de começar a mudar apenas no século XIX, com a criação do direito internacional humanitário<sup>119</sup>, que se lança à tentativa de humanizar a guerra, ou traçar contornos mínimos quanto aos meios e métodos a serem empregados nos conflitos bélicos, bem como quanto à proteção de pessoas e bens em meio a conflitos

<sup>114</sup> FERRAJOLI, 2002, p.13.

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> VITORIA, 1946, p. 221.

<sup>117</sup> Ibidem. p. 222.

<sup>118</sup> Ibidem. p. 223.

<sup>119</sup> Não se permite olvidar que já em 1928 foi celebrado o Tratado de Briand-Kellog, que culminou no rechaço ou na proscrição da guerra, vale dizer, a partir de então, a guerra passa a ser considerada um ilícito internacional e não mais um meio de atuação do Direito. De todo o modo, desnecessário dizer que a relevância do referido tratado é antes simbólica que fática, visto que ele não foi capaz de evitar a eclosão da Segunda Guerra Mundial.

armados, a fim de que um embate armado não seja um terreno de ausência de direito, questão sobre a qual se discorrerá adiante, em momento oportuno.

Partindo destes pilares lançados por Francisco de VITORIA, observa-se que o pensamento acerca da soberania ganha fôlego com BODIN, comumente apontado como o primeiro grande teórico a respeito do tema.

Na lição de Gilmar Antônio BEDIN, o contexto que moldou as idéias de BODIN a respeito de um poder unificado e centralizado na figura do Estado (moderno) era preenchido de fatores políticos (como a emergência da consciência nacional e do sentimento de nacionalismo), econômicos (de que é exemplo o incremento das trocas comerciais e desenvolvimento do comércio exterior), intelectuais (como o Renascimento) e eclesiásticos (tal qual o estabelecimento das Igrejas Nacionais), os quais, todos, em conjunto, atribuíram ao Estado, então nascente, uma esfera maior de poder<sup>120</sup>. Nesta lógica, ganha sentido a assertiva de BODIN:

Depois de Deus, nada existe de maior sobre a terra que os príncipes soberanos, instituídos por Ele como seus lugares-tenentes para mandar os demais homens, é preciso prestar atenção à sua condição para, assim, respeitar e reverenciar sua majestade com a submissão devida, e pensar e falar deles dignamente, já que quem menospreza o seu príncipe soberano, menospreza a Deus, do qual é sua imagem sobre a terra<sup>121</sup>.

Neste diapasão, a soberania, para o filósofo francês, constitui “o poder absoluto e perpétuo de uma República<sup>122</sup>”. Assim, a soberania, enquanto poder absoluto e perpétuo, afasta qualquer limitação fática e temporal no que tange à responsabilidade pelos atos estatais. Além disto, a “suprema autoridade”, como referencia BODIN, “não é limitada, nem em poder, nem em função, bem em tempo<sup>123</sup>” (tradução nossa).

É esta imagem de soberania, pois, que dá substrato à idéia de que as “razões de Estado”, isto é, os interesses que o Estado pretende ver realizados, desconhecem qualquer limite. Tudo é permitido ao Estado soberano que intenta realizar suas razões.

<sup>120</sup> BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. p. 136.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 137. Verifica-se, nesta passagem, o embasamento de Bodin na Teoria do Direito Divino, segundo a qual o poder do príncipe decorria da vontade de Deus.

<sup>122</sup> BODIN, Jean. **Los seis libros de la Republica**. V.1. Gaspar de Añastro Isunza (Trad). Madri: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1992. p. 267.

<sup>123</sup> Ibidem. p. 268. “no es limitada, ni en poder, ni en cargo, ni en tiemp”.

Na realidade, BODIN concebe que a suprema autoridade política<sup>124</sup> foi confiada aos governantes pela vontade de Deus, tal qual a suprema autoridade no interior de uma família é conferida ao pai, de modo que ele se torna supremo senhor sobre a vida e a morte de sua mulher e filhos<sup>125</sup>. Diante de tamanho poder, o governante se queda no direito de livremente dispor sobre a vida e os bens de seus súditos.

A partir desta concepção, é possível extrair alguns corolários deste poder peculiar, como o direito de ditar as leis gerais e específicas, o direito de declarar a guerra e de negociar a paz, o direito de julgamento em última instância, o direito de instituir e cobrar impostos, o direito de celebrar acordos com seus pares, dentre outros<sup>126</sup>. E consoante BODIN, todos os atos dos “príncipes supremos” não passam de atos volitivos, vale dizer, dependem “de sua pura e livre vontade<sup>127</sup>” (tradução nossa).

Assim, o que importa que fique registrado é que, para o pensador francês, a soberania consiste num poder absoluto e perpétuo da República ou do Estado, de sorte que se caracteriza por ser um elemento diferenciador do Estado em relação às demais entidades políticas<sup>128</sup>.

O Estado, portanto, consolida sua posição de entidade política soberana, interna e externamente, na medida em que se sobrepõe aos diversos pólos de poder político existentes na Idade Média, de que são exemplos as corporações de ofício e os senhores feudais. Neste diapasão, a partir do momento em que o Estado consolida-se como autoridade soberana, sua vontade passa a ser o elemento norteador da vida política interna, isto é, no interior de suas fronteiras, bem como externa, na relação com seus pares, Estados igualmente soberanos.

Estão aí, pois, os maiores legados de BODIN para o direito internacional clássico, quer dizer, a idéia de que os Estados são autoridades absolutamente soberanas, dotadas de um poder inigualável, perpétuo e que desconhece quaisquer limites, bem como, por consequência lógica, o imaginário de que a vontade destes Estados constituem o elemento fundante e norteador do direito.

Indo além, salta à vista que a idéia de soberania desenvolve-se sobremaneira com as teorizações de HOBBS. É ele quem representa o Estado como um ente

---

<sup>124</sup> BODIN, 1992, p. 148, 160 e 165.

<sup>125</sup> Ibidem. p. 215.

<sup>126</sup> BODIN, 2001, p.138.

<sup>127</sup> BODIN, *op cit*, p. 276. “*de su pura y libre voluntad*”.

<sup>128</sup> BODIN, *op cit*, p.139.

personificado e todo-poderoso, dotado de vontade suprema, acima da qual nada se impõe, o que oferece o “ancoradouro necessário ao atributo da soberania<sup>129</sup>”.

Para este pensador, necessário se fazia cada indivíduo renunciar a seus direitos naturais e transferi-los a um terceiro, qual seja, o Soberano. Para tanto, ou seja, para a constituição do Estado Moderno Soberano, seria indispensável a unidade da luta contra instituições políticas menores, como as associações, corporações, cidades, que representavam, à época da Idade Média, o “perigo da anarquia<sup>130</sup>”. Nesta esteira, o poder soberano do Estado poderia se consolidar apenas na derrocada de qualquer outro poder político.

Neste diapasão, o teórico inglês entende que os indivíduos conferem ao Soberano suas liberdades e prerrogativas, através de um pacto firmado entre os indivíduos, e não entre os indivíduos e o Soberano, que não pode ser livremente renunciado. Nas suas palavras: “Como cada homem conferiu a soberania àquele que é portador de sua pessoa, se o depuserem estarão tirando-lhe o que é seu<sup>131</sup>”.

A lição de HOBBS, outrossim, aponta no sentido de que o poder soberano é original, na medida em que independe de qualquer outro, além de superior e uno, dado que não pode conviver com nenhum outro poder político inferior.

Ademais, o autor concebe que os atos do Soberano são irresponsáveis, no sentido de que não se sujeitam a qualquer juízo de justiça. O governante, justamente porque Soberano, é incapaz de produzir qualquer ato de injúria, pois seus feitos são assentados na autoridade suprema. Senão perceba-se: “Pois quem faz alguma coisa em virtude da autoridade não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo<sup>132</sup>”.

Seguindo esta esteira, o Soberano desconhece qualquer limitação às suas razões, na medida em que deve adotar quaisquer meios que julgue necessários à preservação da ordem. Nos termos de HOBBS:

---

<sup>129</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 19.

<sup>130</sup> BEDIN, 2001, p. 149.

<sup>131</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Rosina D'Angina (trad). São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 128.

<sup>132</sup> Ibidem. p. 130.

Quem detém a soberania pode fazer tudo o que considere necessário fazer, antecipadamente, para a preservação da paz e da segurança (...), bem como tudo o que for necessário para recuperar a paz e a segurança se estas forem perdidas<sup>133</sup>.

Reside aí, portanto, importante contribuição teórica para a consolidação da idéia de que o poder soberano é irresponsável e previamente legitimado a adotar os meios que entender convenientes, adequados e necessários para a preservação do próprio Estado. Sob esta perspectiva, o fundamento de legitimidade das decisões estatais encontra-se no Estado em si mesmo e na sua preservação, e não em qualquer elemento ou valor externo à autoridade estatal, como o indivíduo, por exemplo.

Toda esta visão acerca do poder soberano e da necessidade de o poder político dever ser uno e indivisível decorre do fato de HOBBS pressupor um estado de natureza, anterior à constituição do Estado, em que os indivíduos seriam naturalmente beligerantes e agressivos, uma vez que iguados em potência de força e de racionalidade. Nas suas palavras, “Antes da constituição do poder soberano, todos tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra<sup>134</sup>”. Desta feita, a pacificação somente poderia ser alcançada mediante a emergência de um poder soberano, superior a tudo e a todos, a partir de um pacto celebrado entre os membros da sociedade.

Aliás, interessantes as palavras de FERRAJOLI neste aspecto:

A sua soberania externa, juntando-se à soberania paritária externa dos outros Estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desregramento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado. É assim que a criação do Estado soberano como fator de paz interna e de superação da guerra de todos entre as pessoas de carne e osso equivale à fundação simultânea de uma comunidade de Estados que, justamente por serem soberanos, transformam-se em fatores de guerra externa.

É de bom alvitre sublinhar, neste particular, que HOBBS reconhece como legítima a realização da guerra, esta última como decorrência “natural” da soberania

<sup>133</sup> HOBBS, 2009, p. 130.

<sup>134</sup> Ibidem. p. 131.

estatal e como um meio de realização do “bem comum”. Nos seus termos, “O direito de fazer a guerra e promover a paz com outras nações e Estados pertence à soberania. Em outras palavras, é o direito de julgar quando a guerra corresponde ao bem comum...<sup>135</sup>”.

É preciso ter em conta, de qualquer forma, que, como aponta Eduardo Felipe MATIAS, o tema da soberania não comporta um conceito absoluto e imutável; “ao contrário, por haver se formado sob a influência de causas históricas, seu valor é relativo<sup>136</sup>”. De todo o modo, a soberania poderia aqui ser entendida como o plexo de poderes do Estado, que o permitem impor comandos obrigatórios no interior do seu território e não conviver com nenhum poder que lhe seja superior no plano internacional. Fato é que as mais diversas concepções a respeito da soberania, tendo algumas delas sido expostas anteriormente, deram substrato à denominada Paz de Westfalia, marco inaugural da sociedade internacional e do direito internacional.

## 2.2 A PAZ DE WESTFALIA

Gilmar Antônio BEDIN afirma que é com o evento da Paz de Westfalia, em 1648, que se consolida o Estado Moderno e, por conseguinte, o direito internacional público, possibilitando a estruturação da chamada sociedade internacional moderna<sup>137</sup>.

O mesmo autor esclarece que a Paz de Westfalia põe fim à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), um conflito que nasceu adstrito aos Estados Alemães, mas que, aos poucos, alastrou-se por toda a Europa Central. A motivação precípua da guerra foi a tentativa de o Sacro Império Romano de esmagar os protestantes da Boêmia<sup>138</sup>. Quando se estendeu para o restante do continente, a guerra acabou por significar um embate entre o poder religioso do Império e o poder político dos emergentes Estados Nacionais.

O Sacro Império foi o grande derrotado, dando espaço para a afirmação dos Estados enquanto unidades políticas dotadas de poder supremo dentro de seus territórios.

Aliás, tratou-se de garantir três princípios básicos a partir da Paz de Westfalia, quais sejam, a liberdade religiosa dos Estados, a soberania estatal enquanto poder

<sup>135</sup> HOBBS, 2009, p. 131.

<sup>136</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras**. Do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 32.

<sup>137</sup> BEDIN, 2001, p. 159.

<sup>138</sup> Ibidem. p. 170.

absoluto e supremo e a igualdade formal entre os Estados<sup>139</sup>. Estes são, pois, os pilares da sociedade internacional moderna.

Neste ambiente, possibilita-se o surgimento do direito internacional público, enquanto conjunto sistêmico de normas jurídicas internacionais, além da aceitação do princípio da integridade territorial e do conceito de equilíbrio de poderes<sup>140</sup> entre os Estados.

Como se antecipou, BEDIN assevera ser a Paz de Westfalia o momento da consolidação do Estado Moderno como unidade política dotada de soberania e independência política. O Estado Moderno emerge, nestes moldes, como o principal, senão único, ator das relações internacionais. Quer dizer, ele figura como o principal, ou única, fonte das normas de direito internacional público, bem como o principal, ou único, destinatário delas.

Assim, a centralização do poder e a conseqüente formação do denominado Estado Moderno passa pelo o que HESPANHA denomina de “arqueologia do poder”, o que implica a centralização de um complexo de estruturas, a saber, estrutura demográfica (a concentração de uma população permanente, identificada por laços tradicionais, sanguíneos, culturais, etc, em determinado território), político-geográfica (o que passa pela definição clara de fronteiras, empreitada a serviço do que se lança o direito internacional público), financeiras (a instituição de um sistema eficaz de cobrança de prestações pecuniárias, monopolizada, a partir de então, pelo Estado) e, por fim, político-administrativa (a criação de um corpo burocrático de funcionários, com vistas à administração do Estado)<sup>141</sup>.

Ademais, consolidação da soberania não se deu apenas no âmbito interno, com o afastamento, pelo Estado Nacional, dos demais centros de poder político, como dos senhores feudais, a partir da “arqueologia do poder” supra demonstrada, porém também no âmbito externo, com o arrefecimento da supremacia do Sacro Império Romano Germânico. Desta forma, conforme HESPANHA, “O Estado existe desde que se afirma o conceito de Soberania, de Poder Central, que (teoricamente) não encontra oposição noutra poder<sup>142</sup>”.

Como se vê, a sociedade internacional moderna é eminentemente uma sociedade de Estados. Neste contexto, não há espaço para outros poderes concorrerem com o

<sup>139</sup> BEDIN, 2001, p. 173.

<sup>140</sup> Ibidem. p.174.

<sup>141</sup> HESPANHA, António Manuel. *Às vésperas do Leviathan*. Instituições e poder político. Portugal - séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 61-160.

<sup>142</sup> HESPANHA, 1994, p. 637.

poder estatal. O direito internacional público, portanto, é moldado a partir da realidade de um ambiente em que os Estados, unidades políticas soberanas, aceitam a existência de demais unidades políticas igualmente soberanas<sup>143</sup>.

Conseqüência de a soberania ser encarada como um poder absoluto e perpétuo, ilimitado, portanto, é a predominância das “razões de Estado<sup>144</sup>”. Vale dizer: o Estado, enquanto unidade política autônoma e soberana, que desconhece qualquer limitação ao seu poder, detém a prerrogativa de adotar quaisquer medidas que julgue convenientes, a fim de realizar o seu interesse.

Insta sublinhar que ao lado da soberania, põe-se como pilar da sociedade internacional moderna a igualdade formal entre os Estados. Isto é, na medida em que todos se reputam igualmente soberanos, são, pois, igualados em direitos e deveres, independente de qualquer outro elemento, como tamanho do território e da população, capacidade bélica ou econômica e assim por diante.

Ademais, deve-se atentar para o fato de tais pilares servirem de base não apenas para a sociedade internacional moderna, porém também para o correspondente direito internacional do período, que passa a ser denominado de direito internacional clássico, aquele direito já definido por MENEZES, na primeira parte deste trabalho, como o sistema jurídico assentado na soberania absoluta e indivisível dos Estados, os quais, por um ato livre de vontade, vinculam-se, ou não, a determinada norma jurídica internacional<sup>145</sup>.

É interessante perceber, ainda, que o sistema internacional que se construiu após a Paz de Westfalia pode ser caracterizado como um sistema em que predomina a desconfiança e, em outras palavras, a agressividade de um Estado em relação a outro. Isto porque, em sendo todos os Estados igualmente soberanos, há uma contínua luta pelo poder, além de cada Estado representar uma ameaça em potencial a seus pares. BEDIN, ao rememorar Wedzel, assim enuncia: “Cada Estado vê o outro como seu irmão, por assim dizer, mas como um potencial Caim<sup>146</sup>”.

Nesta lógica, o direito internacional nada mais é que a expressão da vontade dos Estados. O fundamento da obrigatoriedade da norma internacional, desta maneira, reside no voluntarismo de o Estado se vincular, ou não, à norma. Isto porque o Estado é encarado como ente político não apenas independente, mas absolutamente soberano,

<sup>143</sup> BEDIN, 2001, p. 175.

<sup>144</sup> Por “razão de Estado” pretende-se aludir ao conjunto de interesses nacionais que, dada a soberania estatal, podem ser realizados a qualquer custo pelo Estado.

<sup>145</sup> MENEZES, 2005, p. 38.

<sup>146</sup> BEDIN, 2001, p. 187.

cujas “razões”, ou interesses, desconhecem qualquer limite e não são passíveis de constrangimentos externos.

Resta lançada, nestes termos, a base do denominado Positivismo Jurídico, para o qual a autoridade, e não a verdade, a moral ou qualquer outro valor, faz a lei. Neste sentido, basta a norma respeitar os requisitos de forma, pouco importando seu conteúdo, para que ela seja válida. Ademais, ao Estado é atribuído o monopólio da produção das normas jurídicas – nacionais e internacionais.

É fácil perceber, pois, que não há espaço para o indivíduo na sociedade internacional moderna, tampouco no direito internacional clássico, uma vez que importam tão somente os Estados Soberanos. A racionalidade por detrás desta lógica consiste na idéia de que era preciso realizar a vontade do Estado, enquanto soberano, sendo irrelevante a realização do indivíduo, valor tão caro contemporaneamente.

De todo o modo, FERRAJOLI leciona que, no século XVII, contexto da Paz de Westfalia e de autores como HOBBS, o modelo vitoriano de soberania, que fazia menção a direitos naturais dos indivíduos e de toda a humanidade, definitivamente é afastado dos teóricos da soberania<sup>147</sup>. E isto, para o autor, decorre da intensificação da absolutização e secularização do poder, visto que os Estados Nacionais crescem na capacidade de se sobreporem a qualquer outra entidade política e se desvinculam, paulatinamente, do poder religioso e da autoridade do Papa. Assim, atenua-se, até se esvaír, “a dimensão normativa e axiológica” presentes no pensamento de VITORIA<sup>148</sup>.

Verifica-se, nestes moldes, o afastamento dos elementos axiológicos presentes no discurso dos fundadores do Direito Internacional, como Francisco de VITORIA, *pari passu* à consolidação do Estado Moderno como entidade política soberana. Isto por conta de passar a ser a vontade de o Estado, e não mais um conjunto partilhado de valores pela *comunitas orbis*, o fundamento do direito internacional. Aos Estados, portanto, é possibilitada a adoção de qualquer medida que entendam “legítima” para a consecução de seus objetivos no plano externo e interno.

Assim, consorte esta perspectiva, o Estado acataria às normas por um ato de vontade, vale dizer, “se lhe for conveniente, se for do seu interesse.”<sup>149</sup> As normas prosseguiriam válidas não por uma condição que lhes é inerente, mas sim pela balança de poder, vale dizer, pelas relações de força desenvolvidas entre os Estados. E isto se

---

<sup>147</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 16.

<sup>148</sup> Ibidem. p. 17.

<sup>149</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 143.

justifica, precisamente, pelo fato de a legitimidade, no plano internacional, segundo esta concepção, ser construída pelo próprio Estado e não por algum conjunto partilhado de valores e elementos psicológicos que levam à estabilidade das instituições, tal qual ocorre no plano nacional.<sup>150</sup>

Aliás, acerca da “legitimidade” das ações estatais, Gelson FONSECA JÚNIOR assegura que ela significa, no plano nacional, “aquele algo por detrás da submissão voluntária à autoridade, à norma e ao poder.”<sup>151</sup> Este conceito seria diferente, no plano internacional, uma vez que, como lembra o autor, adotando-se uma postura realista<sup>152</sup> das relações internacionais, tende-se a conceber que:

Em situações de ameaça à sua segurança, o Estado definirá, unilateralmente, o que é legítimo fazer. A própria anarquia do sistema internacional lhe dá esta autorização, transformando-se, portanto, a legitimidade em algo que passa ao largo da norma. O que é legítimo começa e termina com a vontade do Estado.<sup>153</sup>

De toda forma, a Paz de Westfalia contribuiu para a normatização positiva de regras internacionais<sup>154</sup>, emergentes da vontade dos Estados.

Por fim, vale acrescer que a Paz de Westfalia, na lição de BEDIN, “reconheceu o Estado moderno como poder supremo ou soberano dentro de suas fronteiras, descartando as reivindicações transnacionais de autoridade política da Igreja e do Império”<sup>155</sup>.

Importante, ainda, considerar que da Paz de Westfalia foram derivados outros princípios, além da igualdade formal entre os Estados, como o princípio da não-intervenção nos assuntos internos de outro Estado, uma vez que um poder absolutamente soberano não pode conviver com intervenções em seu território. Cite-se, igualmente, o princípio da integridade territorial, o conceito de equilíbrio de poder<sup>156</sup>, o

<sup>150</sup> Ibidem. p.140.

<sup>151</sup> FONSECA JR., Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais**. Poder e ética entre as nações. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 138.

<sup>152</sup> Em palavras bastante sucintas, o Paradigma Realista das Relações Internacionais concebe o Estado como o principal ator no sistema internacional, sendo um ator racional e egoísta, que persegue apenas seus interesses particulares e que se lança a determinadas práticas apenas se os benefícios dela superarem os riscos. Além disto, o Realismo entende o sistema internacional como imutavelmente anárquico, em que os Estados tendem ao conflito.

<sup>153</sup> BEDIN, 2001, p.149.

<sup>154</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 16.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64.

<sup>155</sup> BEDIN, 2001, p. 162.

<sup>156</sup> Já que era impossível impor a soberania de um só ente político, visto que todos eram igualmente soberanos.

princípio da liberdade religiosa dos Estados e a supremacia do poder político sobre o poder espiritual.

Neste aspecto, relevante se faz a colocação de BEDIN, a respeito da importância da Paz de Westfalia:

Foi com a Paz de Westfalia que se consolidou o Estado moderno como potência soberana e politicamente independente, afirmando-se como núcleo duro da sociedade internacional do mundo moderno, ou seja, de um mundo em que o Estado moderno configura-se como o ator fundamental, senão único, de um novo e duro jogo político: jogo de relações internacionais centrado na luta pelo poder<sup>157</sup>.

Neste sentido, conforme PAUPÉRIO, a soberania passa a ser encarada como o elemento diferenciador do Estado em relação às demais entidades políticas, chegando a ser qualificada como “ a fonte da capacidade jurídica do Estado” e mesmo como um direito subjetivo estatal<sup>158</sup>, caracterizada, pela “supremacia interna e independência na ordem externa<sup>159</sup>”.

Nas palavras do mesmo autor, "A soberania implica a impossibilidade, para o Estado, de ter o seu poder limitado por outro poder qualquer, tanto nas relações internas, como nas relações com outros Estados<sup>160</sup>". Desta forma, considerando que todos os Estados são igualmente soberanos no interior de seus territórios, não conhecendo qualquer autoridade superior no plano externo, os Estados não seriam, a rigor, soberanos na ordem internacional, mas somente independentes, haja vista que se soberanos fossem teriam um poder perpétuo, absoluto e inigualável no cenário internacional, o que não ocorre, já que todos, ao menos no plano jurídico, detêm a mesma parcela de poder.

Ademais, nesta concepção tradicional, ainda de acordo com PAUPÉRIO, a soberania é dotada de unidade, na medida em que não é múltipla, mas antes constitui um poder uno. Como diz o Professor, "Se diversas soberanias existissem dentro de determinada ordem, não haveria, a rigor, soberania, porque esta implica um poder supremo<sup>161</sup>".

---

<sup>157</sup> BEDIN, *op cit*, p. 174.

<sup>158</sup> PAUPÉRIO, 1958, p. 16-17.

<sup>159</sup> *Ibidem*. p. 16.

<sup>160</sup> *Ibidem*. p. 26-27.

<sup>161</sup> PAUPÉRIO, 1958, p. 29-30.

Além disto, é a soberania inalienável, na medida em que não pode ser transferida, trocada, comprada, vendida, cedida, permutada etc. Como arremata o autor: "A renúncia da soberania representa, para ela, a própria morte<sup>162</sup>".

Mais que isto, a soberania é imprescritível, o que implica a impossibilidade de decadência ou caducidade, isto é, um caráter de permanência deste poder no tempo. Consoante PAUPÉRIO, "Conservando permanentemente o supremo poder, pode, a qualquer tempo, fazer-se sentir"<sup>163</sup>.

Finalmente, a soberania é originária, já que não decorre de nenhum outro poder, mas nasce concomitantemente com o Estado, além de irresponsável, visto que "se fosse ela responsável perante qualquer outro poder, deixaria, a rigor, de ser soberania, pois estaria sujeita, coativamente, a outro poder mais alto<sup>164</sup>".

Nesta lógica, estes elementos implicam a concentração do poder soberano nas mãos exclusivas de um só" e "o Estado começa a encerrar-se no Príncipe, cuja vontade passa a ter, então, foros de justiça<sup>165</sup>".

Assim, consequência da consolidação do Estado como uma unidade absolutamente soberana e o afastamento dos elementos valorativos do direito internacional, foram os traumas coletivos da Primeira e da Segunda Grande Guerra, as quais acabaram por abalar os pilares da sociedade internacional moderna e do direito internacional *westphaliano*.

### 2.3 O TRAUMA DA PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

No que diz respeito à Primeira Guerra Mundial, é relevante entender que o conflito ocorreu num período em que a idéia de soberania estatal, enquanto poder absoluto e perpétuo, estava no seu auge. Difundiram-se políticas intervencionistas<sup>166</sup> e ganharam fôlegos os interesses particulares das dinastias européias, as quais se lançaram a uma corrida por colônias, na busca por fontes alternativas de matérias-primas e

---

<sup>162</sup> Ibidem. p. 30.

<sup>163</sup> Idem.

<sup>164</sup> Ibidem. p.31.

<sup>165</sup> Ibidem. p.45.

<sup>166</sup> Exemplo de política intervencionista deste período foi a proibição inglesa do tráfico negroiro.

mercados consumidores para seus produtos manufaturados. Interessante, neste particular, a observação de Eduardo SALDANHA:

A Primeira Guerra Mundial foi o resultado da inquietação dos Estados no início do século XX, os quais estavam imersos no nacionalismo, na busca por novas conquistas imperialistas e na concretização de seus interesses, sobrepondo-se a seus vizinhos, aliados ou inimigos<sup>167</sup>.

Uma mudança substancial destes preceitos ocorreria apenas com a formação da Liga das Nações, em 1919, que, bem ou mal, significou a estruturação de uma organização universal comprometida com determinados princípios e com a institucionalização das relações internacionais, como meio para se evitar a guerra<sup>168</sup>, como já se expôs no primeiro capítulo deste trabalho.

Aliás, é cediço que a Liga das Nações foi criada com o Tratado de Versalhes. Este momento é importante para o direito internacional, e merece aqui ser analisado, ainda que brevemente, uma vez que ele lança as bases do sistema internacional que viria a seguir, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, até porque, como afirma HOBBSBAWM, “Versalhes não podia ser a base de uma paz estável<sup>169</sup>”, já que se impôs à Alemanha uma “paz punitiva”, baseada na idéia de que apenas aquele país fora responsável pela Primeira Grande Guerra, o que lhe implicou perdas territoriais, como de suas colônias de ultramar, privação de Forças Armadas significativas e a imposição de reparações de guerra<sup>170</sup>.

Nada obstante, o modelo de Versalhes, como ensinam ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, mantém elementos do direito internacional já existentes anteriormente, como a proscricção da guerra, alcançada através do Pacto de Briand-Kellog de 1928, o comprometimento com a codificação do direito internacional e com a consolidação da paz. Indo além, o sistema de Versalhes inaugura elemento importantíssimo para o direito internacional contemporâneo, qual seja a lógica da cooperação, que afasta o direito internacional dos séculos anteriores, marcado pela mera convivência ou abstenção recíproca entre os Estados.

---

<sup>167</sup> SALDANHA, 2006, p.65.

<sup>168</sup> ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2008, p. 81 e 91.

<sup>169</sup> HOBBSBAWM, 1995, p. 42.

<sup>170</sup> Ibidem. p. 41.

De toda a forma, os princípios adotados pela Liga das Nações, como a regulação das relações estatais, a segurança coletiva<sup>171</sup>, solução pacífica de controvérsias, desarmamento e jurisdição internacional, não foram suficientes para impedir a eclosão de um segundo conflito mundial, de proporções inimagináveis. Ainda que se possa pensar que a deflagração da Segunda Grande Guerra decorreu da ineficácia do direito internacional, pode-se argumentar que, possivelmente, este conflito foi precisamente consequência do direito internacional do período, flagrantemente comprometido com os interesses dos Estados e a serviço deles. Resta necessário, pois, examinar mais detidamente a questão.

#### 2.4 O TRAUMA DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E A SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

Nos termos de HOBBSAWM, à guisa de comparativo entre a primeira e segunda guerras mundiais, “a primeira enxurrada de destroços humanos foi o mesmo que nada diante do que se seguiu à Segunda Guerra Mundial<sup>172</sup>”.

Fato é que a denominada sociedade internacional moderna, supra analisada, sofreu um importante revés com a Segunda Guerra Mundial, a qual minou os principais pilares da sociedade pretérita, bem como inaugurou uma nova ordem internacional<sup>173</sup>. Tal revés decorreu do grande trauma sofrido pelo consciente coletivo mundial<sup>174</sup>, uma vez que nunca dantes se havia presenciado tamanha carnificina sobre a espécie humana. Na realidade, como referencia o historiador egípcio, “o grande edifício da civilização do século XX desmoronou nas chamas da guerra mundial, quando suas colunas ruíram, Não há como compreender o século XX sem ela. Ele foi marcado pela guerra<sup>175</sup>”.

É o mesmo professor quem aponta a magnitude da Primeira e Segunda Guerras Mundiais, que acabaram, pois, por erodir as bases da sociedade internacional moderna, dado o trauma coletivo experimentado em decorrência da perpetração de uma

---

<sup>171</sup> Conforme este princípio, todos os Estados são responsáveis pela segurança do sistema internacional. Nas palavras de Woodrow Wilson, deveria se firmar um compromisso de “respeitar e manter contra toda agressão externa a integridade territorial e a independência política atual de todos os membros da Sociedade”. ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2008, p. 91.

<sup>172</sup> HOBBSAWM, 1995, p. 58.

<sup>173</sup> MENEZES, 2005, p. 39-40.

<sup>174</sup> SALDANHA, 2006, p. 65.

<sup>175</sup> HOBBSAWM, 1995, p. 30.

verdadeira carnificina humana, sem precedentes históricos, pelas forças dos próprios Estados. Nas suas palavras, “as guerras do século XX foram guerras de massa, no sentido de que usaram e destruíram quantidades até então inconcebíveis de produtos durante a luta (...), sendo o seu objetivo a destruição racionalizada de vidas humanas<sup>176</sup>”.

Ainda na lição de HOBBSAWM, legado importante das duas grandes guerras mundiais foi a crescente desumanização e brutalidade do século XX, bem como a naturalização de “matanças compulsórias em escalas astronômicas” de grupos humanos inteiros<sup>177</sup>, pelas próprias forças estatais.

MENEZES sugere, neste sentido, que após o término da Segunda Guerra Mundial, o direito internacional clássico, próprio da sociedade internacional moderna, passa a enfrentar uma crise de legitimidade, o que implicou a necessidade de se fixarem novos paradigmas para a sociedade internacional que emergiria do conflito. Como ele afirma:

Há uma crise estrutural, que coloca em xeque o Direito Internacional Clássico, que não consegue mais corresponder ou dar respostas efetivas para a sociedade internacional contemporânea, que está a exigir, a todo o momento, instrumentos hábeis para pacificação as relações sociais<sup>178</sup>.

Ademais, esta crise estrutural por que passou o direito internacional clássico decorreu, sobretudo, do fato de a Segunda Grande Guerra assinalar o abalo nunca dantes visto à dignidade da pessoa humana. Como enuncia PIOVESAN,

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Ibidem. p. 52.

<sup>177</sup> Ibidem. p. 57.

<sup>178</sup> MENEZES, 2005, p. 42.

<sup>179</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 131.

Neste contexto, a criação da Organização das Nações Unidas (1945) foi o marco inaugural desta nova ordem, que se fundou em premissas diversas das que fundamentaram a sociedade internacional emergente após os Tratados de Westfalia. A ONU assinalou o vínculo da sociedade internacional com certas premissas, tais como a democracia e a paz<sup>180</sup>, bem como o direito internacional – a norma jurídica - como instrumento hábil à pacificação do sistema internacional, o livre-comércio como vetor de aproximação dos Estados e das nações<sup>181</sup>, o respeito aos direitos humanos, dentre outros.

Nas palavras de FERRAJOLI, a Carta da ONU, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, “transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil<sup>182</sup>”.

Neste ambiente, uma nova racionalidade, de respeito incondicional aos direitos humanos, à busca pela paz e à dignidade da pessoa humana, passa a impregnar o sistema internacional, a comunidade internacional e o próprio direito internacional. O conceito de soberania não poderia passar incólume por esta transformação paradigmática de conceitos, que alterou estruturalmente as bases da sociedade moderna, abrindo espaço para que emergisse uma sociedade internacional contemporânea inédita, colocando por terra o modelo *westphaliano*.

Esta sociedade internacional inaugural é calcada em alguns fenômenos específicos, como a proliferação de organizações internacionais, a humanização do direito internacional e o surgimento do *jus cogens*, fenômenos estes que são examinados a seguir por implicarem uma mudança paradigmática no conceito de soberania. Acresça-se que não se pretende aqui o esgotamento dos fenômenos típicos da sociedade internacional hodierna, tendo em conta que se restringem, na análise abaixo, os fenômenos estudados, considerando o escopo deste trabalho, qual seja, a averiguação do impacto da soberania estatal no Direito Internacional dos Refugiados.

#### 2.4.1 A proliferação de organizações internacionais

---

<sup>180</sup> MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das relações internacionais**: correntes e debates. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 100.

<sup>181</sup> SALDANHA, 2006, p. 68.

<sup>182</sup> FERRAJOLI, 2002, p.39.

Inicialmente, cumpre resgatar o conceito de organizações internacionais, elaborado SEITENFUS e VENTURA:

As organizações internacionais são associações voluntárias de Estados, constituídas através de um tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns por intermédio de uma permanente cooperação entre seus membros<sup>183</sup>.

Observe-se que as organizações internacionais são criadas voluntariamente pelos Estados e possuem uma personalidade jurídica diversa da de seus membros. Em decorrência disto, podem celebrar, autonomamente, acordos internacionais, sujeitando-se a um plexo de direitos e deveres internacionais, independente das vontades individuais dos Estados-membros. Ressalte-se, ademais, que tais organizações são organizações interestatais ou intergovernamentais, como explicita a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 2º.

É cediço que embora já existissem organizações internacionais anteriormente à ONU, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, bem como a própria Liga das Nações, estabelecida em 1914, foi com a ONU que se proliferaram, de maneira ímpar, organismos desta natureza.

Interessante notar que, a partir da Carta de São Francisco, tratado constitutivo da Organização das Nações Unidas, passa a preponderar a lógica de que as organizações internacionais realmente “importam, não são meros instrumentos ou construções jurídicas supérfluas<sup>184</sup>”.

Neste aspecto, diante da proliferação de organizações internacionais, MENEZES destaca que tal fenômeno representa a dinamização das relações internacionais, propiciando, além do mais, a aproximação dos Estados e a harmonização das ações nacionais<sup>185</sup>, daí sua importância.

O mais relevante de se guardar no tocante à emergência de organizações internacionais é que elas implicam, indubitavelmente, uma relativização da soberania estatal, na medida em que passam a conviver no sistema internacional como autênticos sujeitos de direito, independentes, ao menos em tese, dos Estados-partes. Oportuno

---

<sup>183</sup> SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito internacional público**. 4.ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 91.

<sup>184</sup> MESSARI; NOGUEIRA, 2005, p. 96.

<sup>185</sup> MENEZES, 2005, p. 52.

sublinhar o que destaca MATIAS: “A transferência de partes de sua soberania para determinadas organizações internacionais produz efeitos sobre o poder do Estado, que tem seu escopo diminuído em benefício do direito internacional, o que limita inevitavelmente sua autonomia<sup>186</sup>”.

Perceba-se, por fim, que a mais importante organização internacional de assistência aos refugiados é, inquestionavelmente, o ACNUR, já analisado na primeira parte deste trabalho.

#### 2.4.2 A humanização do direito internacional

Na concepção de CANÇADO TRINDADE, o Direito Internacional contemporâneo, posterior ao trauma da Segunda Grande Guerra, enfrenta novos desafios, como o desarmamento, a erradicação da pobreza, a proteção ao meio ambiente<sup>187</sup> e, como o maior deles, a proteção ao ser humano.

É o mesmo autor quem recorda o pensamento dos primeiros teóricos a respeito do direito internacional enquanto universalidade do gênero humano e fator de limitação ao arbítrio estatal, quais sejam, Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Grotius. Estes pensadores têm o mérito de deixarem como legado a idéia de que a comunidade internacional não pode basear-se, apenas, na vontade de cada Estado individualmente, haja vista que o sistema internacional baseia-se numa *comunitas orbis*, como mencionava Francisco de VITÓRIA, ou uma comunidade de repúblicas, em que não somente os Estados, mas igualmente os indivíduos detêm direitos a serem velados.

TRINDADE compreende que o Positivismo Jurídico, surgido no século XIX, exerceu uma influência nefasta<sup>188</sup> sobre o direito internacional, haja vista que personificou o Estado como um ente todo-poderoso, além de dotar sua vontade de supremacia sobre tudo e todos. Tal filosofia acabou, portanto, por retirar o indivíduo do centro do direito internacional, como concebido pelos precursores acima mencionados, para no lugar restar inserido o Estado-Nação.

---

<sup>186</sup> MATIAS, 2005, p.338.

<sup>187</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 111.

<sup>188</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. In: ANNONI, Danielle (org). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 4.

Na realidade, é o mesmo autor quem alega que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio de satisfação de necessidades do ser humano. Para ele, o Estado é “criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum<sup>189</sup>”.

Por esta perspectiva, resgata-se o pensamento dos primeiros teóricos do direito internacional, mencionados anteriormente, ou seja, o ser humano passa a ocupar o centro do sistema jurídico internacional, representando uma limitação ao voluntarismo estatal<sup>190</sup>. Nas palavras de CANÇADO TRINDADE: “Compreende-se hoje, enfim, que a razão de Estado tem limites, no atendimento das necessidades e aspirações da população, e no tratamento equânime das questões que afetam toda a humanidade<sup>191</sup>”.

Corolário desta visão não poderia ser outro senão o “reconhecimento da centralidade dos direitos humanos”, o qual, por sua vez, “corresponde ao novo *ethos* dos nossos tempos<sup>192</sup>”.

Assim, “o indivíduo é, pois, sujeito do direito tanto interno quanto internacional<sup>193</sup>”, o que se manifesta na sua capacidade de contrair direitos e deveres no plano internacional. Exemplo disto é o direito de o indivíduo formular uma petição individual, sem mediação de qualquer órgão, à Corte Européia de Direitos Humanos, em face de alguma violação de direitos humanos que eventualmente tenha sofrido, podendo ajuizá-la mesmo contra o Estado de que é nacional. Outro exemplo deste fenômeno é o indivíduo adquirir capacidade jurídica de ser sujeito passivo em tribunais internacionais, o que se verifica nos julgamentos do Tribunal Penal Internacional<sup>194</sup>. Em outros termos, em tendo o indivíduo acesso direto – *jus standi* – à jurisdição internacional, com plena capacidade jurídica, verifica-se que ele passa a ser autêntico sujeito de direito internacional. Outrossim, a respeito deste fenômeno, asseguram Vera Cecília Abagge

---

<sup>189</sup> Ibidem. p. 5.

<sup>190</sup> Por voluntarismo estatal, entende-se a perspectiva de que o Direito Internacional é fruto da mera vontade dos Estados, sem levar em consideração fatores alheios, como uma suposta moral universal, por exemplo.

<sup>191</sup> TRINDADE, 2006, p.111.

<sup>192</sup> Ibidem. p, 112.

<sup>193</sup> TRINDADE, 2002, p. 6.

<sup>194</sup> O Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, de 1998, tem sede em Haia, na Holanda, e é competente para julgar indivíduos, e não Estados, acusados de crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de agressão. Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Marina Martins da. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

de PAULA e Carol PRONER, que “O direito internacional se renova com a participação de inéditos autores e, sobretudo, se democratiza e se humaniza<sup>195</sup>”.

De qualquer forma, não passa despercebido que este movimento de humanização do direito internacional e, por conseguinte, de paulatina flexibilização da soberania, no sentido de relativização de seu caráter de poder absoluto e indelegável, inicia-se, na realidade, já no século XIX, com a institucionalização do denominado direito internacional humanitário, ramo jurídico encarregado da proteção de bens e pessoas, bem como da delimitação quanto aos meios e métodos empregados, numa situação de conflito armado, seja nacional ou internacional, como antecipado.

É válido acrescentar que o direito internacional humanitário é constituído, essencialmente, pelo chamado “direito de Haia”, que se ocupa da proibição e limitação quanto ao uso de meios e métodos de combate<sup>196</sup>, como a proibição de gás asfixiante e armas bacteriológicas, bem como pelo “direito de Genebra”, que se debruça sobre a proteção de bens, como hospitais, centros de transfusão de sangue e armazéns de material sanitário, e pessoas<sup>197</sup>, como prisioneiros de guerra e feridos e, por fim, pelo “direito de Nova York”, composto por normas criadas no bojo das Nações Unidas, a serem aplicadas em períodos em embates armados, como relativas à proteção de mulheres e crianças em período de urgência e conflito armado e à condição jurídica dos combatentes que lutam contra a dominação colonial<sup>198</sup>.

No tocante à problemática enfrentada por este trabalho, o mais relevante de se extrair da criação do direito internacional humanitário, é o fato de ele representar, já no século XIX, uma importante limitação à soberania estatal<sup>199</sup>. Isto porque, até então, o direito de ir à guerra e de se valer de quaisquer meios para a vitória constituía o cerne da soberania estatal. Nos termos de SWINARSKI, “O direito do recurso à força integrava toda a noção de soberania estatal e representava, inclusive, a mais importante característica daquela soberania<sup>200</sup>”.

<sup>195</sup> PAULA, Vera Cecília Abagge de; PRONER, Carol. Convergência e complementaridade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba, Vol. 8. no. 8. Jul/dez 2008. p.27.

<sup>196</sup> SWINARSKI, Christophe. **O direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana**. Principais noções e institutos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 31.

<sup>197</sup> Ibidem. p. 37.

<sup>198</sup> GUERRA, Sydney. As três vertentes da proteção internacional da pessoa humana: Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito dos Refugiados (uma introdução). In: PRONER, Carol; GUERRA Sydney (org). **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 80.

<sup>199</sup> O primeiro instrumento multilateral do Direito Internacional Humanitário data de 1864, qual seja, a Convenção de Genebra de 1864.

<sup>200</sup> SWINARSKI, 1990, p. 19.

É cediço, aliás, que o ato de se lançar à guerra, e de celebrar a paz, constitui elemento basilar da soberania estatal, ao se considerar o Estado como absolutamente soberano para se conduzir no plano internacional. Como referencia SWINARSKI, “O Estado Moderno mede a sua soberania perante os outros Estados por sua capacidade de manifestá-la ao recorrer à força<sup>201</sup>”.

Assim, ao se institucionalizar o direito internacional humanitário, que acaba por traçar limites aos conflitos armados, limites estes impostos diretamente aos Estados, os maiores patrocinadores das guerras, contribui enormemente para a relativização da soberania estatal, manifesta, dentre outros, no ato de se lançar à guerra.

E interessante perceber que o direito internacional humanitário impõe tais limitações no sentido de resguardar um bem considerado maior que a soberania estatal, qual seja, a vida humana.

De qualquer forma, nota-se que mesmo este ramo jurídico de proteção à pessoa humana está sujeito ao ranço da soberania estatal, visto que as sanções decorrentes do descumprimento dos acordos internacionais relativos ao direito internacional humanitário dependem, ainda, da “vontade política dos Estados<sup>202</sup>”.

Nada obstante, a afirmação do direito humanitário, assim como do direito internacional dos refugiados e do direito internacional dos direitos humanos, implica uma conseqüente flexibilização da soberania estatal, mesmo porque a proteção à pessoa humana, objeto das três vertentes retro, constitui, contemporaneamente, interesse não somente doméstico, vale dizer, do Estado, mas de toda a comunidade internacional. Nesta esteira, segue PIOVESAN:

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta duas importantes conseqüências: 1<sup>a</sup>) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; 2<sup>a</sup>) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> Ibidem. p. 22.

<sup>202</sup> Ibidem. p. 66.

<sup>203</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12.

Neste sentido, com a ascensão do indivíduo como autêntico sujeito de direito internacional, destinatário de um conjunto normativo internacional, como o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados, “o caminho estava preparado para uma grande mudança no sistema *westphaliano* das relações internacionais que reconhecia o Estado como único ator internacional<sup>204</sup>”.

Este fenômeno assinala uma mudança radical de paradigmas, uma vez significa não ser mais o Estado uma unidade política absolutamente soberana, cujas “razões” desconhecem qualquer limite. O ser humano passa a, progressivamente, deslocar o Estado da posição central do sistema internacional, bem como do Direito Internacional, para que ele mesmo, o indivíduo, possa ocupar esta posição, que lhe é devida. Até porque, como arremata Lauterpacht, referenciado por CANÇADO TRINDADE, “o indivíduo é o sujeito final de todo direito<sup>205</sup>”. Neste diapasão, conforme arremata MATIAS:

Se antes apenas uma soberania era capaz de parar outra soberania, hoje o poder estatal se veria limitado por direitos pertencentes a outros sujeitos que não os Estados, como os indivíduos<sup>206</sup>.

Assim, mister perceber que a ascensão do indivíduo como sujeito de direito internacional impactou, como nunca, a soberania estatal. Até porque, como lembra PIOVESAN, a proteção dos cidadãos de determinado Estado passa a ser uma questão de interesse internacional e não mais exclusivo daquele Estado, como já se expôs anteriormente.

Por derradeiro, oportuno faz-se anotar que a ascensão do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional insere-se no âmbito mais largo da relativização da soberania estatal, o que se manifesta, em aspecto mais específico, na criação de normas efetivamente obrigatórias aos Estados, no plano internacional, assunto que passa a ser exposto adiante.

#### 2.4.3 O *Jus Cogens*

---

<sup>204</sup> GUERRA, 2008, p. 76.

<sup>205</sup> TRINDADE, 2002, p. 8.

<sup>206</sup> MATIAS, 2005, p. 342.

O direito internacional contemporâneo convive com um novo tipo de norma, denominada de *jus cogens*, que significa um sensível abalo ao tradicional conceito de soberania estatal.

Faz-se mister, então, trazer à tona novamente o conceito de *jus cogens*, ou direito cogente, consagrado no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

Uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como norma da qual nenhuma derrogação é permitida, e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza.

Nos termos acertados de Isabela Piacentini de ANDRADE, como já se expôs, as normas de *jus cogens* reúnem os valores mais caros à comunidade internacional e o respeito ao seu conteúdo é requisito de validade para as demais normas internacionais<sup>207</sup>.

Neste aspecto, torna-se interessante atentar para o que assevera Tatyana FRIEDRICH, para quem o *jus cogens* ultrapassa a noção de norma meramente obrigatória. Para a autora: “Norma imperativa expressa uma ordem categórica, que ultrapassa a noção de obrigatória, porque aquela é superior a esta. Todas as normas jurídicas são obrigatórias, *a priori*”<sup>208</sup>. Assim, o *jus cogens* diferencia-se das demais normas jurídicas internacionais por constituir norma do mais alto porte, da qual nenhuma derrogação é possível, a não ser por outra norma de mesma natureza.

Apenas à guisa de exemplo, pode-se citar o princípio do *non-refoulement*, ou não-devolução, próprio do direito internacional dos refugiados, como exemplo de norma de *jus cogens*, conforme já se explicou na primeira parte deste trabalho. De acordo com este princípio, apenas para recordar, os Estados ficam proibidos de devolver um demandante de refúgio, ou um refugiado, ao país em que ele tenha sofrido perseguições ou em que sua vida ou liberdade tenham sido ameaçadas.

---

<sup>207</sup> ANDRADE, Isabela Piacentini de. Responsabilidade internacional do Estado por violação do *jus cogens*. In: **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba, v.5, n.5, jan/jun 2007. p. 5.

<sup>208</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: *jus cogens***. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 25.

Diante de tudo isto, importa perceber que estes fenômenos contribuem para a erosão do tradicional conceito de soberania, como se explicitará adiante.

## 2.5 A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA

É de bom alvitre destacar que todos os fenômenos assinalados acima, como o surgimento de organizações internacionais, a ascensão do indivíduo como sujeito de direito internacional, o estabelecimento de normas internacionais peremptórias, dentre outros, contribuem para uma consequência da maior monta, qual seja a relativização da soberania estatal.

Ademais, importante destacar que KELSEN já advogava a relativização da soberania, já que, para ele, a mera existência do direito internacional implicaria uma limitação à autonomia estatal e, por conseguinte, à soberania dos Estados. Para KELSEN, inclusive, a soberania seria determinada pelo próprio direito internacional, o que levaria a crer, portanto, que “a soberania depende da ordem jurídica internacional<sup>209</sup>”. Nesta perspectiva, “A soberania não significaria que o Estado fugiria ao alcance de toda regra de direito, mas sim que ele não se subordinaria a nenhuma outra autoridade<sup>210</sup>”.

Nada obstante, para FERRAJOLI, a soberania constitui um conceito anti-jurídico. Desta forma, o autor vai de encontro à visão de KELSEN, para quem a soberania decorreria do próprio direito internacional, na medida em que seria um atributo constituído e reconhecido por este sistema jurídico de normas internacionais. De todo o modo, FERRAJOLI aduz:

Sua crise (da soberania) começa justamente (...) no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o Direito, dado que ela é a negação deste, assim como o Direito é a sua negação. E isto uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que consiste o Direito<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> MATIAS, 2005, p.52.

<sup>210</sup> MATIAS, 2005, p.52.

<sup>211</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 44.

Todavia, ainda que antijurídica, a soberania norteia as relações internacionais e o direito internacional desde a ascensão do Estado Moderno e segue como um elemento condicionante destes sistemas. Inobstante, diferentemente do que ocorria à época da sociedade internacional moderna, a sociedade internacional contemporânea não comporta mais uma soberania estatal enquanto poder absoluto e ilimitado. Hodiernamente, valores diversos, como o respeito aos direitos humanos e a busca pela paz, ganham maior envergadura sobre as “razões de Estado”. Nesta lógica, a soberania deve ser, pois, colocada a serviço da concretização destes valores da comunidade internacional.

Leciona FERRAJOLI que o advento da ONU assinala o fim do modelo *westfaliano* e, paralelamente, o surgimento de um novo direito internacional, que deixa de ser um conjunto de normas internacionais com os quais os Estados decidem, por um ato volitivo, se pactuar, e passa a ser, também, um conjunto de normas internacionais às quais os Estados são constringidos a se submeter. Nas palavras do Professor: “... não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também um *pactum subiectionis* (pacto de sujeição)<sup>212</sup>”.

Contudo, percebe-se que a própria ONU baliza-se pela soberania estatal. Basta atentar para a estruturação do Conselho de Segurança para se constatar tal fato<sup>213</sup>. A soberania é, pois, um conceito que segue persistente no mundo contemporâneo, muito embora com uma configuração diversa da que possuía na sua origem. Contemporaneamente, com a emergência de novos valores, como a defesa dos direitos humanos, a paz, a democracia e a cooperação, dentre outros, não se cogita, destaque-se, de suprimir o Estado e sua soberania, porém sim de flexibilizá-la em favor do alcance de interesses coletivos, para além da realização arbitrária das “razões de Estado”. Neste sentido, REZEK explana: “Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas, mas nenhuma outra entidade as possui superiores<sup>214</sup>”.

Interessante, neste aspecto, o apontamento de ARIOSI, para quem:

---

<sup>212</sup> Idem.

<sup>213</sup> A estruturação do Conselho de Segurança da ONU não decorre do acaso, mas de uma escolha política deliberada. O Conselho, órgão que detém o monopólio da força legítima no sistema internacional, é legitimado, pela Carta de São Francisco, a se utilizar da força quando a paz e a segurança internacionais estiverem ameaçadas – sendo que é o próprio Conselho de Segurança quem decide quando uma situação representa uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Não por acaso, os cinco países com direito a veto no referido órgão são os países “vencedores” da Segunda Guerra Mundial, quais sejam, Estados Unidos, Inglaterra, França, China e Rússia. Apenas se acrescente que o Conselho é composto de mais dez membros, rotativos, sem direito a veto.

<sup>214</sup> REZEK, 2005, p. 224.

A soberania sendo considerada não como um elemento do Estado, mas, sim, como sua *raison d'être*, sua condição de ser e de estar nas relações internacionais, não guarda hoje as características de outrora. Com efeito, a globalização, que é traço dos mais representativos da nova macroestrutura internacional, afetou sobremaneira o *status* de soberania, ou seria melhor dizer, de seu conceito<sup>215</sup>.

Deste modo, salta à vista que a sociedade internacional contemporânea encontra-se progressivamente mais interconectada e interdependente, e nesta esteira seguem os atores internacionais, como os Estados e as organizações internacionais. Esta crescente aproximação entre os pólos de poder do sistema internacional é, pois, consequência direta do fenômeno da globalização, em todos os seus multifacetados aspectos, os quais, em função do objetivo deste trabalho, não cabem aqui de ser explorados. Porém basta perceber que, com a nova configuração da sociedade internacional dada por fenômenos como os explicitados acima, a soberania do Estado é alterada na própria essência, deixando de significar a razão de ser do Estado no plano internacional, para constituir-se de um atributo do Estado a serviço de elementos outros, como a capacidade de se vincular ao direito internacional, por exemplo, o que só ocorre por um ato de soberania.

Na realidade, a interdependência crescente no sistema internacional hodierno, consequência da globalização, faz com que acontecimentos em um Estado surtam influência em outros Estados, os quais são vulneráveis a eventos ocorridos fora de seus territórios<sup>216</sup>. No tocante à questão dos refugiados, isto pode ser facilmente comprovado, quando se observa que problemas de ordem interna de um Estado, como uma guerra civil, por exemplo, acabam surtindo efeitos em outros Estados, que se vêem inundados por um fluxo de refugiados e se deparam com a necessidade de gerir a situação que, em sua origem, foi gestada fora de seu território. Assim, Estados mais interdependentes são menos autônomos e, portanto, têm sua soberania flexibilizada.

Reitere-se, então, que a soberania, manifesta no poder do Estado de, externamente, relacionar-se em condição de igualdade com seus pares, e, internamente, ditar suas próprias normas, há de ser preservada como meio de efetivação do direito

---

<sup>215</sup> ARIOSI, Mariângela. . **Direito internacional e soberania nacional.** In: [www.jusnavegandi.uol.com.br](http://www.jusnavegandi.uol.com.br). Elaboração em novembro de 2004. Acesso em: 12 fev 2010. p.1.

<sup>216</sup> MATIAS, 2005, p.203. A questão da vulnerabilidade dos Estados é exaustivamente estudada por KEOHANE e NYE, fundadores do paradigma da interdependência das relações internacionais. Cf. MESSARI;NOGUEIRA, *op cit*.

internacional, este, por sua vez, norteado, finalisticamente, pela proteção ao ser humano, cuja dignidade representa o valor mais caro de qualquer norma jurídica.

Aliás, não se pode perder de vista que é através da soberania, ou seja, do poder de o Estado determinar-se, que o direito internacional torna-se passível de concretização. Em outros termos, é através da capacidade de o Estado vincular-se a certa norma internacional que o direito internacional pode se desenvolver. Portanto, frise-se que a soberania estatal não há de ser abolida, mas flexibilizada ou relativizada, com o intento do alcance de uma finalidade maior que as “razões de Estado”, isto é, da concretização de valores da comunidade internacional, como o respeito aos direitos humanos e a cooperação internacional. Não se trata, outrossim, do desaparecimento do Estado e da sua soberania. Mas apenas da perda de sua autonomia incondicional e da relativização de sua soberania. Como ensina KEATING:

Estados são conjuntos de instituições, nas quais importantes forças sociais, econômicas, políticas e mesmo militares têm investido muito capital e não vão simplesmente desaparecer porque estão se tornando funcionalmente redundantes<sup>217</sup> (tradução nossa).

Assim, limitação natural à soberania estatal decorre do mero respeito imperativo ao ser humano. Como assegura PAUPÉRIO, "A soberania, em vez de tripudiar sobre os direitos do homem, deve, portanto, tornar-se um instrumento coletivo para assegurá-los<sup>218</sup>". E ainda acerca da flexibilização da soberania, o mesmo autor parece partilhar da visão de FERRAJOLI quanto à soberania ser uma categoria antitética ao direito, no sentido de que a afirmação deste implica o enfraquecimento daquela. Nas palavras de PAUPÉRIO, “A existência do direito internacional, portanto, deve tornar, também, de certo modo, ainda mais relativa a soberania do Estado<sup>219</sup>".

BEDIN assevera, inclusive, que no presente contexto mundial de globalização, em que os atores internacionais estão cada vez mais interconectados e interdependentes, a relativização da soberania estatal e a progressiva perda de autonomia dos Estados constituem os fenômenos mais importantes da sociedade internacional contemporânea.

<sup>217</sup> KEATING, Michael. *Plurinational democracy. Stateless nations in a Post-Sovereignty Era*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 169. “States are powerful sets of institutions, in which important social, economic, political and indeed military forces have invested a great deal of capital, and are not going to fade away simply because there are becoming functionally redundant”.

<sup>218</sup> PAUPÉRIO, 1958, p. 190.

<sup>219</sup> Ibidem. p. 197.

Isto porque, contrariamente ao que ocorria à época do Estado Moderno, em que a soberania absoluta estava no seu auge, hodiernamente os Estados são mais sensíveis a fenômenos que lhes são exteriores e, por conta deles, sofrem um esvaziamento na sua autonomia. Como assegura o autor:

O denominador comum de todas as profundas rupturas produzidas nas últimas décadas é o esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais . Eles são obrigados a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional<sup>220</sup>.

BEDIN parece, pois, apontar para o que alguns autores denominam de “soberania compartilhada”. Embora esta seja uma categoria empregada, em sentido estrito, para se referir ao fenômeno do direito comunitário<sup>221</sup>, parece útil utilizá-lo aqui como uma ferramenta teórica para se analisar a questão da relativização da soberania estatal. Assim, por soberania compartilhada entende-se o fenômeno em que os Estados não abdicam de sua soberania, mas apenas a compartilham com demais Estados dentro de determinado bloco, de acordo com regras previstas em tratados. Em outras palavras, os Estados passam a decidir, conjuntamente, a respeito de questões que os afetem conjuntamente. Neste diapasão, interessante o que aponta ARIOSI:

Neste modelo, não há perda da soberania, muito menos perda de parte desta, pois soberania não é algo que se possa ter em maior ou menor grau (...). A soberania é uma condição do Estado. O que se propõe é o compartilhamento da soberania<sup>222</sup>.

Por fim, o que deve se ter em conta é que, no atual estágio da sociedade internacional, pairam sobre os Estados questões de ordem superior aos seus interesses nacionais. Não há mais espaço para que os Estados realizem suas “razões” a qualquer

---

<sup>220</sup> BEDIN, 2001, p.349.

<sup>221</sup> Por Direito Comunitário, alude-se ao Direito renovado e moderno aplicado no âmbito de um bloco econômico, como a União Européia, em que os Estados estabelecem normas comuns para o funcionamento do espaço de integração. BASSO, Maristela. **Integração econômica e institucionalização: as experiências do Mercosul e da União Européia.** In: <[www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo9/htm](http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo9/htm)> Acesso em 01 mar 2010.

<sup>222</sup> ARIOSI, 2004, p.6.

preço. Nas palavras de PAUPÉRIO, “O Estado não é o criador arbitrário do Direito; sua soberania não pode, por conseguinte, ser ilimitada<sup>223</sup>”. MATIAS vai além e chega a asseverar: “A soberania absoluta é, portanto, incompatível com a existência do direito internacional<sup>224</sup>”.

O trauma da guerra inaugurou um novo ambiente internacional, impregnado de uma nova racionalidade, pautada em valores superiores às razões de Estado. Entre estes valores está o respeito incondicional à dignidade humana e aos direitos humanos. Neste aspecto, emerge como imperativo o respeito absoluto aos direitos humanos, e, por conseguinte, dos refugiados, ainda que contrariem os interesses estatais. A implementação deste imperativo, deduzido dos pilares instituídos pela própria sociedade internacional, após a Segunda Grande Guerra, desafia o elemento basilar do direito internacional, qual seja, a soberania estatal. Conforme António Manuel HESPANHA, “O paradigma estadualista no domínio historiográfico entra, sensivelmente a partir da última guerra, em crise<sup>225</sup>”, o que torna imperativo revisitarmos o conceito de soberania, forjado à época da formação dos Estados Nacionais. Neste particular, cabe a lição de KEATING:

Nós precisamos repensar o conceito de soberania. Eu usei o termo “pós-soberania” não para indicar um mundo sem quaisquer princípios de autoridade e legitimidade, mas para indicar que soberania, no seu sentido tradicional, no qual é identificada exclusivamente com o Estado independente, não existe mais<sup>226</sup> (tradução nossa).

Resta, pois, investigar em que medida o direito internacional dos refugiados da atualidade é afetado pela soberania dos Estados. Em outros termos, mister perquirir em que medida o direito internacional dos refugiados é abalado pelo apego dos Estados à sua soberania, que, como se demonstrou, segue como uma idéia persistente no atual sistema internacional. É o que se pretende analisar a seguir.

---

<sup>223</sup> PAUPÉRIO, 1958, p. 183.

<sup>224</sup> MATIAS, 2005, p.332.

<sup>225</sup> HESPANHA, 1994, p. 27.

<sup>226</sup> KEATING, 2001, p. 163. *We need to rethink the concept of sovereignty. I have used the term ‘post-sovereignty’ not to indicate a world without any principles of authority and legitimacy, but to indicate that sovereignty is its traditional sense, in which it is identified exclusively with the independent is no more.*

### 3 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E A SOBERANIA ESTATAL

Como se afirmou anteriormente, pretende-se neste momento investigar em que medida o direito internacional dos refugiados é afetado pelo apego dos Estados à sua soberania, tendo já sido analisado, ainda que brevemente, o direito internacional dos refugiados e a construção da idéia de soberania.

Não se perde de vista, no que toca aos refugiados, o que leciona Carmelita FELÍCIO, vale dizer: “Hoje, os refugiados apresentam uma porção não desprezível da humanidade e se essa figura é tão inquietante é porque o refugiado rompe a continuidade entre homem e cidadão, entre nascimento e nacionalidade<sup>227</sup>”. Neste diapasão, o direito internacional dos refugiados visa a proteger o indivíduo pelo simples fato de ser indivíduo, independentemente do seu pertencimento a um Estado ou a outro. E isto rompe com a lógica tradicional do direito internacional, que vislumbra a proteção a uma pessoa enquanto membro de um Estado particular.

Nada obstante, o direito internacional dos refugiados como um todo tem sido questionado nos últimos anos<sup>228</sup>, passando a sofrer sucessivos desrespeitos. E como se assegurou inicialmente neste trabalho, um possível fator distanciador entre o que prescreve o direito internacional dos refugiados e a realidade enfrentada, não raras as vezes, por este grupo particular de imigrantes, consiste no apego à tradicional concepção de soberania estatal, enquanto um poder absoluto e que não aceita flexibilizações, voltado à consecução dos interesses estatais.

Passa-se, então, à demonstração de como a soberania estatal ainda compromete o respeito efetivo ao direito internacional dos refugiados e, deste modo, ao direito internacional dos direitos humanos. Para tanto, são analisados alguns exemplos que evidenciam a estreita relação entre soberania estatal e o direito internacional dos refugiados.

---

<sup>227</sup> FELÍCIO, Carmelita Brito de Freitas. **O direito à hospitalidade para além de um ponto de vista cosmopolítico**. Elaboração em outubro de 2006. Disponível em: [www.professor.ucg.br](http://www.professor.ucg.br) Acesso em 02 fev 2010. p.1.

<sup>228</sup> UNHCR, 2006. p. 1.

### 3.1 OS PROCEDIMENTOS DE CONCESSÃO DE REFÚGIO

De acordo com MARFLEET, via de regra os demandantes de refúgio descrevem os procedimentos de solicitação de refúgio como intimidadores. Os oficiais de elegibilidade, servidores encarregados de proceder às entrevistas dos refugiados, a fim de verificarem os pressupostos necessários à aplicação da Convenção de 1951<sup>229</sup>, tendem a depreciar as experiências vividas pelos solicitantes de refúgio. Cabe aqui observar o relato de um demandante de refúgio que chegou ao Cairo a pé, partindo do Sudão:

Quando ele (o oficial) me perguntou como eu cheguei ao Egito, eu disse que não tinha dinheiro, então andei. Ele riu, disse que ninguém poderia andar aquela distância e que aquela história não ia me ajudar. Ele pensou que eu estava mentindo e embora me tenha feito outras perguntas, eu sabia que era o fim do meu pedido<sup>230</sup> (tradução nossa).

Além do mais, de acordo com o próprio ACNUR, os demandantes de refúgio são tratados com discriminação e assédio<sup>231</sup>. Além disto, HELTON recorda que os procedimentos para concessão de refúgio variam muito de um Estado a outro, mas se possuem algum elemento comum é sua “inegável dimensão arbitrária”<sup>232</sup>.

Nos termos da organização *Human Rights Watch*, a problemática concernente aos refugiados tende a ser menosprezada por parte ACNUR, dos governos e dos seus órgãos, a despeito de os refugiados viverem como “ocultos à vista”<sup>233</sup>. Dito de outra forma, as entidades que deveriam assistir os refugiados parecem querer ignorá-los, inobstante eles constituam uma realidade inegável.

MARFLEET relata, ainda, apenas para ilustrar, que indivíduos provenientes de uma comunidade sudanesa ingressaram no Egito e solicitaram o refúgio ao ACNUR. Aqueles que se candidataram à proteção tiveram que esperar por anos para que fossem

<sup>229</sup> São pressupostos de aplicação da Convenção de 1951 o fundado temor de perseguição, por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social, tendo o demandante de refúgio atravessado uma fronteira nacional, ou seja, que se encontre fora de seu país de origem.

<sup>230</sup> MARFLEET, 2006, p. 235. “When he (the official) asked how I arrived in Egypt I said that I had no money so I walked. He said that nobody could walk that far and that this story would not help me. He thought I was lying and although he asked me other questions, I knew that was the end of my application”.

<sup>231</sup> Idem.

<sup>232</sup> HELTON, Arthur. *The price of indifference. Refugees and humanitarian action in the new century*. New York: Oxford University Press, 2002. p.165. “undeniable arbitrary dimension”.

<sup>233</sup> MARFLEET, *op cit*, p.236. .

realizadas as entrevistas de elegibilidade; de outra forma, se, no entanto, eles tivessem tentado obter um visto ou estender a validade de seus passaportes, eles eram informados de que deveriam se valer da proteção do seu país de origem, com a consequência de que o refúgio solicitado à agência da ONU seria recusado<sup>234</sup>.

O que se extrai destes fatos, apenas ilustrativos num universo muito maior e igualmente desanimador dos demandantes de refúgio, é que paira uma presunção de negativa, por parte dos Estados demandados, quando da solicitação do refúgio. MARFLEET denomina isto de “cultura da descrença<sup>235</sup>”. Neste diapasão, ele traz à tona o relato de um oficial de elegibilidade inglês que trabalhava na Ásia, no fim dos anos 90:

Nosso ponto de partida é que os refugiados são migrantes econômicos. Eles querem ir para o Reino Unido para partilhar um pouco da boa vida e o nosso trabalho é impedi-los porque a maioria faz pedidos fraudulentos. O treinamento foca em como identificar as fraudes e mandá-los embora. Levei anos para alcançar uma conclusão diferente, porque uma vez que você acredita que a maioria dos solicitantes tem falsas histórias, todos estão sob suspeita. Para minha vergonha, eu tenho que dizer que eu rejeitei centenas de pessoas que não tinham outra escolha real senão tentar partir<sup>236</sup> (tradução nossa).

Apenas para melhor compreensão, vale anotar que, na lição de Paulo Borba CASELLA, o migrante econômico “poderia, ao menos em tese, subsistir em seu país natal, mas, insatisfeito com as condições locais, se desloca para outra região, em busca de melhores perspectivas”.<sup>237</sup>

Aliás, talvez os Estados intensifiquem o controle de suas fronteiras na tentativa de barrar ao máximo o imigrante econômico, isto é, aquele indivíduo que deixa seu país de origem com vistas a melhores condições de vida material no estrangeiro, a fim de resguardarem benefícios sociais mínimos ao menos para a sua população local.

Como se vê, o próprio oficial reconhece que rejeitou centenas de pessoas que tinham demandas verdadeiras e legítimas de refúgio. Pessoas estas que não escolheram

<sup>234</sup> MARFLEET, 2006, p. 229.

<sup>235</sup> Ibidem. p. 233.

<sup>236</sup> Idem. “***Our starting point is that refugees are economic migrants. They want to get to Britain to get a share of the good life and our job was to stop them because most made fraudulent claims... The training focuses on how to identify the cheats and send them away. It took me years to reach a different conclusion, because once you believe that the majority of applicants have false stories, everyone is under suspicion. To my shame, I have to say that I rejected hundreds of people who had no real choice but to try to leave***”.

<sup>237</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Refugiados**: conceito e extensão. In: ALMEIDA; ARAÚJO, 2001, p.24.

abandonar seus países de origem, mas que o fizeram com vistas a preservar a própria vida. Certamente existem solicitantes ilegítimos de refúgio, ou seja, indivíduos que não se encontram em situação de ameaça à sua vida e/ou liberdade, mas que pretendem migrar para outro país, almejando somente uma melhor qualidade de vida. Porém o trabalho dos oficiais de elegibilidade, assim também dos Estados e da agência da ONU, é precisamente identificar os indivíduos que fazem jus, do ponto de vista estritamente jurídico, ao refúgio, em meio a outros tantos que não se inserem nas hipóteses de inclusão da Convenção de 1951.

Neste sentido, parece desprezado o princípio recordado por Vera Abagge de PAULA e Carol PRONER, qual seja, o *in dubio pro refugiado*, que implicaria a concessão do refúgio em caso de dúvida acerca dos elementos de ordem objetiva e subjetiva necessários à concessão da proteção internacional<sup>238</sup>. Ao se implementar uma “cultura da descrença” acerca dos refugiados, estes indivíduos não se beneficiam sequer da presunção da dúvida numa situação de solicitação de refúgio.

Dado interessante é trazido por MARFLEET, em pesquisa realizada no Cairo. Em 2002, centenas de demandantes de refúgio provieram de regiões de intenso conflito, como o Sudão, muito embora apenas 27% deles tenham obtido o refúgio, numa demonstração clara de uma abordagem sensivelmente conservadora, o que fez com que muitos candidatos ao refúgio alegassem que a agência da ONU operava por um possível sistema de quotas, em acordo com o governo<sup>239</sup>.

A mesma lógica é corroborada com o exemplo do Reino Unido, que, em 1989, recebeu vários curdos provindos da Turquia, sendo que a maior parte deles foi considerada migrantes econômicos, a despeito de serem oriundos de uma região de generalizadas violações aos direitos humanos<sup>240</sup>, incluindo tortura e maus-tratos direcionados especificamente sobre o grupo étnico dos curdos.

De acordo com ativistas das comunidades de refugiados, dezenas de milhares de indivíduos que se encontram em situação de perseguição calamitosa sequer se candidatam ao refúgio, pois não nutrem confiança em relação ao ACNUR e temem ser desqualificados e rejeitados<sup>241</sup>. Refutam a idéia de “seus destinos sendo determinados por ajudantes estrangeiros, porteiros dos seus futuros<sup>242</sup>”.

---

<sup>238</sup> PAULA; PRONER, 2008, p. 48.

<sup>239</sup> MARFLEET, 2006, p. 234.

<sup>240</sup> DANIEL, E. Valentine; KNUDSEN, John. *Mistrusting refugees*. Los Angeles: University of California Press, 1995. p.61.

<sup>241</sup> MARFLEET, 2006, p. 235.

De qualquer forma, cumpre aqui resgatar as palavras de Vaira Vike-FREIBERGA, presidenta da Letônia em 2001, ela mesma refugiada no pós- Segunda Grande Guerra. Em conferência ministerial acerca da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, ela asseverou:

Ninguém deixa seu lar com vontade ou prazer... isto significa que há algo profundamente errado com as circunstâncias daquele país... Existem sinais, existem sintomas e eles são a prova de que existe algo muito errado em algum lugar do cenário internacional... Eles também são seres humanos, eles também sofrem, eles também têm esperança, sonhos e aspirações. A maioria deles sonham com uma vida normal. Eu suplico a vocês: pensem nos seres humanos que são tocados por vossas decisões. Pensem nas vidas que esperam a vossa ajuda<sup>243</sup> (tradução nossa).

A racionalidade por detrás das práticas relatadas acima não é outra senão concernente às políticas migratórias cada vez mais restritivas e a reafirmação da soberania estatal, em detrimento do direito internacional dos refugiados. DAUVERGNE assegura: “Através dos novos controles de imigração, os Estados reafirmam sua soberania<sup>244</sup>”. Determinar que um estrangeiro entre, saia ou transite em seu território é, indubitavelmente, dos meios mais precisos e enfáticos de o Estado demonstrar a sua autoridade e a supremacia de seus interesses em relação aos interesses dos particulares. Através destas políticas migratórias que passam ao largo da norma jurídica internacional de proteção aos refugiados, os Estados reafirmam sua soberania, na sua mais tradicional feição, isto é, enquanto um poder absoluto e ilimitado.

### 3.2 CONCESSÃO DO REFÚGIO: NATUREZA DECLARATÓRIA OU CONSTITUTIVA?

<sup>242</sup> DANIEL,.; KNUDSEN, 1995, p.20. “*their destinies being determined by stranger-helpers, gatekeepers to their future*”.

<sup>243</sup> WHITTAKER, 2006, p. 12. “*No one leaves their home willing or gladly. It means that there’s something deeply wrong with the circumstances in their country... There are signs, there are symptoms and they are proof that something is very wrong somewhere on the international scene. ..They are also human beings, they also suffer, they also have their hopes, their dreams and their aspirations. Most of all of them dream of a normal life*”.

<sup>244</sup> MARFLEET, *op cit*, p. 264. “*Trough new immigration controls, nations reassert their sovereignty*”.

Outro exemplo pertinente da relação entre a soberania estatal e o direito internacional dos refugiados é a realidade a respeito da natureza da concessão do refúgio.

Como se afirmou no primeiro capítulo deste trabalho, o refúgio é tradicionalmente apontado como tendo natureza declaratória e não constitutiva. Vale dizer: o ato de concessão do refúgio significaria apenas o reconhecimento de um *status* já existente anteriormente, qual seja, o *status* de refugiado. Não seria, portanto, o ato de concessão do refúgio, por parte da autoridade do país hospedeiro, um ato de constituição do *status* de refugiado, visto que este estado já existiria antes do seu reconhecimento por parte da autoridade.

Em outras palavras, a partir do momento em que um indivíduo fosse forçado a deixar seu país, ou seu local de residência habitual, por instinto de sobrevivência, configurar-se-ia o seu *status* de refugiado. A natureza declaratória do refúgio seria explicada pela razão de que os motivos que levariam o indivíduo à fuga já se verificariam presentes antes do reconhecimento oficial da sua situação de refugiado<sup>245</sup>.

Todavia, considerando as práticas acima relatadas, este dogma do direito internacional dos refugiados pode ser questionado. Tomando em conta que os procedimentos de elegibilidade, falhos que são, permitem que um indivíduo que fugiu de seu país em razão de fundado temor de perseguição por motivo de raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a um grupo social seja protegido num Estado hospedeiro ou devolvido ao país de origem, está-se diante de uma prática constitutiva do *status* de refugiado. Se a concessão do refúgio fosse efetivamente declaratória, e não constitutiva, não haveria milhões de demandantes de refúgio, autênticos demandantes de refúgio, forçados a retornar aos países em que sofreram perseguições, tal qual relatado no depoimento do oficial de elegibilidade exposto anteriormente. Isto fica claro quando se observa:

Se os refugiados são apreendidos pelas autoridades locais, eles podem ser identificados como solicitantes que não obtiveram o refúgio e podem enfrentar a deportação para o Estado em que suas vidas estão em perigo<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> LUZ FILHO, 2001, p. 177.

<sup>246</sup> MARFLEET, 2006, p. 236. “*If refugees are apprehended by the local authorities they may be identified as failed applicants and may face deportation to a state where their lives are in danger*”.

Assim, parece mais acertado concluir que o ato de concessão do refúgio, por parte da autoridade do país hospedeiro, de fato tem natureza constitutiva, ou seja, é a etapa necessária para que um indivíduo, que se encontra perseguido pelo seu país de origem, ganhe o *status* jurídico de refugiado. A mera perseguição, em razão de qualquer dos cinco motivos<sup>247</sup> albergados pela Convenção de 1951, tendo o indivíduo transposto uma fronteira nacional, é irrelevante do ponto de vista jurídico, o que demonstra que o refúgio não tem natureza declaratória, como comumente se apregoa, mas efetivamente constitutiva do *status* de refugiado. Dito de outra forma, o ato de concessão do refúgio por parte do país hospedeiro não declara um estado anteriormente existente, mas de fato constitui uma realidade fática e jurídica inaugural, qual seja, a situação de refugiado.

Corolário disto é o demandante de refúgio restar à mercê da discricionariedade do país em que solicita o refúgio. Visto que o estado de refugiado inaugura-se com a concessão do refúgio por parte da autoridade competente, não há nenhuma garantia de fato, anterior, de que o solicitante de proteção será tratado como autêntico refugiado. Conseqüência é a questão dos refugiados ser tratada mais pelo viés político e menos pelo viés jurídico, uma vez que o direito internacional dos refugiados passa a incidir sobre a vida do refugiado apenas após a autoridade estatal reconhecer seu *status* e constituir a sua condição de refugiado.

Neste caso, o direito internacional dos refugiados resta refém, mais uma vez, da soberania estatal e da discricionariedade do Estado. Outra evidência deste mesmo fato é a resistência em se considerar o refúgio como um direito subjetivo do indivíduo, como se exporá adiante.

---

<sup>247</sup> Raça, religião, nacionalidade, opinião política e pertencimento a grupo social.

### 3.3 O REFÚGIO COMO UM DIREITO SUBJETIVO

Hannah ARENDT sustentou que, em matéria de imigração, a lei internacional sempre atribuiu a “soberania mais absoluta” aos Estados<sup>248</sup>. Em função disto, a doutrina é praticamente pacífica no entendimento de que o refúgio não constitui um direito subjetivo do indivíduo perseguido que atravessa uma fronteira, mas seria realizado apenas nos moldes da discricionariedade do Estado.

Antes de tudo, o direito subjetivo pode ser compreendido como um poder e uma faculdade de se exigir determinada prestação por parte do Estado. Em outros termos, o refúgio, não sendo considerado como um direito subjetivo, não pode ser exigido ou reivindicado, mas apenas realizado na medida do possível, isto é, na medida da discricionariedade estatal<sup>249</sup>. Depreende-se desta concepção que o ato de concessão de refúgio é balizado pelos critérios de conveniência e oportunidade do Poder Público do Estado ao qual se dirige o demandante de proteção<sup>250</sup>, não estando efetivamente assegurado pelo Direito, mas dependente de um ato de soberania do Estado.

Algumas poucas vozes dissonantes apontam no sentido contrário, vale dizer, concebem o refúgio como um direito subjetivo, sindicável, como diz o Professor Luis Roberto BARROSO<sup>251</sup>. Neste sentido, FERREIRA e SOUSA lecionam que se pode cogitar do refúgio como um direito subjetivo, a partir do imperativo da proteção da pessoa humana. Assim, o refúgio não se trata de um instituto a realizar os interesses do Estado, mas sim da pessoa humana perseguida<sup>252</sup>.

Flávia PIOVESAN inclina-se no mesmo sentido<sup>253</sup>, considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assegura, em seu artigo 14, que “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo”<sup>254</sup> em

<sup>248</sup> ARENDT, 1989, p.312.

<sup>249</sup> BARRETO, Luiz Paulo Teles F. **Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio.** Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc>>. Acesso em: 15 jan 2010.

<sup>250</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mandado de Segurança no. 27875. Memorial do extraditando Cesare Battisti. Disponível em: <[www.lrbarroso.com.br/pt/casos/.../memorial\\_mandado\\_seguranca.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/.../memorial_mandado_seguranca.pdf)>. Acesso em: 15 jan 2010.

<sup>251</sup> Idem.

<sup>252</sup> FERREIRA, Siddharta Legale; SOUSA, Adriano Correa. Asilo político: uma proposta alternativa sob a ótica constitucional. In: **Revista de Direito da Universidade Federal Fluminense**. Ano 1. No. 1. Janeiro-Abril de 2008. p. 16.

<sup>253</sup> PIOVESAN, Flávia. **O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados.** In: ALMEIDA; ARAÚJO, 2001, p. 29.

<sup>254</sup> Quando a Declaração menciona a palavra “asilo”, faz menção à concepção latino-americana de refúgio, conforme explicado no primeiro capítulo deste trabalho.

outros países”. E como lembrado por MATIAS, José Carlos de MAGALHÃES entende que a Declaração de 1948, ao contrário das demais declarações solenes de boas intenções dos Estados, sem força juridicamente vinculante, transformou-se em norma de *jus cogens*, assim como todos os diplomas que versam sobre direitos humanos, cuja violação importa ilícito internacional<sup>255</sup>”.

Nesta esteira segue PIOVESAN, que aduz: “Todo refugiado tem o direito à proteção internacional e os Estados têm o dever jurídico de respeitar a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951<sup>256</sup>”.

Neste entendimento segue Guy GOODWIN-GILL, para quem

A obrigação essencialmente moral de assistir refugiados e assegurar-lhes um asilo seguro tem se transformado em uma obrigação legal, embora com um grau relativamente fraco de vinculação<sup>257</sup>.

Aliás, este pensamento é corroborado por Machado PAUPÉRIO, para quem, “pouco a pouco, regras, antes de âmbito moral, vão sendo reconhecidas pela consciência coletiva da humanidade como necessárias à vida comum de todos os povos, tomando, assim, feição jurídica predominante<sup>258</sup>”.

Seja como for, não se pretende aqui concluir por ser o refúgio um autêntico direito subjetivo ou não, com todas as implicações daí decorrentes, mas apenas se demonstrar que o apego à noção de refúgio como um ato de discricionariedade estatal, e não como um direito subjetivo, vai ao encontro dos velhos paradigmas da soberania estatal, na sua concepção mais tradicional, enquanto poder absoluto de o Estado se conduzir. PIOVESAN sustenta que:

Ainda há forte resistência dos Estados em aceitar um instrumento internacional que estabeleça deveres acerca da concessão de asilo. Esta resistência se amara no argumento de que a concessão do asilo situa-se no domínio da discricionariedade estatal, na medida em que cabe ao Estado

---

<sup>255</sup> MATIAS, 2005, p.235.

<sup>256</sup> PIOVESAN, 2001, p. 38.

<sup>257</sup> GOODWIN-GILL, Guy, *apud*, PIOVESAN, 2001, p.53.

<sup>258</sup> PAUPÉRIO, 1958, p, 200.

decidir quem deve ser admitido em seu território e quem pode nele permanecer<sup>259</sup>.

A questão é problemática, visto que, como enuncia Carolina de Campos MELO, “O refugiado representa a encruzilhada entre os paradigmas da soberania nacional e dos direitos humanos. É precisamente este ator que necessita de direitos inerentes a sua condição de ser humano e não de cidadão de um Estado<sup>260</sup>”.

Neste sentido, a resistência em se considerar o refúgio como um direito subjetivo decorre do apego à tradicional concepção de soberania, a qual coloca os interesses estatais acima da concretização da dignidade da pessoa humana. Sob este viés, a dignidade da pessoa humana é realizada apenas na medida em que não sacrifique os interesses estatais. No tocante aos refugiados, eles são protegidos, **desde que** isto seja conveniente e oportuno ao Estado e que não se contraponha aos interesses estatais os mais diversos, como o controle da taxa demográfica de seu país, a manutenção da identidade nacional e cultural do seu povo, as taxas de emprego e assim por diante.

Adiante, analisar-se-á outro exemplo do impacto da soberania estatal sobre o direito internacional dos refugiados, especificamente no que tange ao desrespeito ao princípio do *non-refoulement*, norma aceita como de *jus cogens*, consoante já se dispôs anteriormente.

### 3.4 O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* NA PRÁTICA

Como se apurou na primeira parte deste trabalho, o princípio do *non-refoulement*, ou não-devolução, é a pedra angular do sistema jurídico internacional de proteção aos refugiados e consiste, exatamente, na proibição de o refugiado, ou o demandante de refúgio, ser devolvido ao país em que sua vida e/ou liberdade possam ser ameaçadas. Nada obstante, o princípio do *non-refoulement* é desrespeitado sistematicamente pela prática dos Estados.

<sup>259</sup> PIOVESAN, 2001, p.52-53. Pela leitura integral do artigo, nota-se que PIOVESAN utiliza a palavra “asilo” se referindo à concepção de refúgio, ou seja, a Professora adota a palavra “asilo” como fazem os países externos à América Latina, que empregam termos como “*asile*” e “*asylum*” isto é, para se referirem à concepção latino-americana de refúgio, ou seja, ao instituto jurídico de proteção à pessoa humana previsto na Convenção de 1951.

<sup>260</sup> MELO, Carolina de Campos. **Revisando o conceito de refúgio**: perspectivas para um patriotismo constitucional. In: ALMEIDA; ARAÚJO, 2001, p. 267.

Nesta esteira, Jessica RODGER procedeu à dissertação a respeito do tema e relata, à guisa de exemplo, que durante o genocídio em Ruanda, em 1995, a Tanzânia fechou suas fronteiras para um grupo de mais de 50 mil refugiados ruandeses que abandonaram o campo em que estavam instalados, porque este fora alvo de ataques dos rebeldes. Diante da negativa, os refugiados viram-se obrigados a retornar ao campo. O governo tanzaniano, por seu turno, justificou sua conduta alegando que, até aquele momento, já estava albergando cerca de 500 mil refugiados e que simplesmente não tinha condições de aceitar outros tantos<sup>261</sup>.

Por óbvio, não se desconsidera a razoabilidade no argumento do governo tanzaniano. De fato, a capacidade de os Estados absorverem os refugiados é limitada. Mais limitada ainda é a capacidade de os Estados oferecerem condições de tais refugiados serem integrados à comunidade do país hospedeiro. Não se pretende, novamente, emitir qualquer juízo de valor acerca da conduta do governo tanzaniano, mas apenas demonstrar que, indubitavelmente, a comunidade internacional ainda não alcançou o estágio de proteger, absolutamente, a vida e a dignidade humanas. O interesse do Estado prepondera. O valor maior ainda é a soberania estatal, ainda que em detrimento da pessoa humana.

Outro caso relatado por RODGER foi a repatriação forçada de centenas de milhares de refugiados ruandeses, em 1996, orquestrada pelo governo de Zaire (atual República Democrática do Congo), Tanzânia e Burundi. A pesquisadora explica:

Foi relatado que em torno de 500 mil refugiados voltaram para Ruanda pelo Zaire no fim de 1996, o qual solicitou a Tanzânia a também repatriar centenas de milhares. Em 1995, o Presidente do Zaire foi criticado pelo retorno de 15 mil hutus para Ruanda<sup>262</sup>.

Interessante é notar práticas como esta em países que tradicionalmente se mostravam ao mundo como países de acolhida de refugiados, como a Tanzânia<sup>263</sup>.

É cediço, pois, que o ACNUR oficialmente estimula a repatriação voluntária dos refugiados, isto é, a volta ao país de origem, por livre manifestação de vontade dos

<sup>261</sup>RODGER, Jessica. *Defining the parameters of the non-refoulement principle*. LLM Research Paper. Faculty of Law. Victoria University of Wellington, 2001. Disponível em: <<http://www.refugee.org.nz/JessicaR.htm>>. Acesso em: 15 jan 2010.

<sup>262</sup>RODGER, 2001, p.5. “It was reported that around 500,000 refugees were returned to Rwanda from Zaire in late 1996, which prompted Tanzania to also repatriate hundreds of thousands. In 1995 the President of Zaire was criticised for returning 15,000 Hutus to Rwanda”.

<sup>263</sup> HELTON, 2002. p. 22.

refugiados, considerando a extinção do motivo que ensejou a busca por refúgio<sup>264</sup>. Todavia, pode-se inferir que a prática de repatriação forçada de milhares de refugiados, levada a cabo por determinados governos, conta com a colaboração, ao menos tácita, da agência da ONU retro.

*RODGER* acompanha este entendimento, ao asseverar:

Provavelmente mais preocupante, contudo, é o papel do ACNUR nas repatriações. Sugeriu-se que a aquiescência do ACNUR nas repatriações do Zaire permitiu que a Tanzânia adotasse a mesma política. Foi alegado que a organização teria agido como cães de vigia do Direito dos Refugiados em vez de propriamente aplicar o princípio do *non-refoulement* no caso dos retornos ruandeses. Todavia, poderia ser alegado que seria melhor que as repatriações fossem guiadas pelo ACNUR, em vez de puramente pelo capricho dos Estados. A comunidade internacional permaneceu razoavelmente silenciosa durante essas repatriações em massa, o que sugere que o princípio pode ser violado sem nenhuma consequência adversa<sup>265</sup> (tradução nossa).

Exemplo desta realidade vergonhosa para o direito internacional dos refugiados, qual seja, a aquiescência do ACNUR na imposição da repatriação forçada a refugiados, pode ser extraído do genocídio ruandês levado a cabo pelos conflitos entre tútsis e hutus, conforme já anunciado acima. Da leitura da biografia elaborada por Samantha POWER a respeito da vida de Sérgio Vieira de Mello, brasileiro que ocupou o segundo cargo de maior autoridade na hierarquia do ACNUR, ficando abaixo apenas do Alto Comissário, tendo galgado, inclusive o cargo de Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos, é possível vislumbrar uma curiosa relação entre o ACNUR e o governo da Tanzânia.

Ocorreu que este país ameaçou fechar os campos de refugiados em seu território, enviando os cerca de 500 mil refugiados ruandeses de volta para casa.

<sup>264</sup> UNHCR. *Détermination du statut de réfugié...*, 2005, p.19.

<sup>265</sup> RODGER, 2001.p.5. “Probably most concerning, however, was the role of the UNHCR in the repatriations. It has been suggested that the UNHCR acquiescence to the Zaire repatriations prompted Tanzania to adopt the same policy. It has been alleged that the organization supposed to be acting as the watchdog of refugee law in fact failed to properly apply the principle of non-refoulement in the case of the Rwandan returnees. It could be argued, however, that it was better that the repatriations took place under the guidance of the UNHCR, rather than purely at the whim of the states themselves. The international community remained reasonably silent during these mass repatriations, which suggests that the principle can be violated with no adverse consequences”.

Os tanzanianos perguntaram a Vieira de Mello se a agência ajudaria a financiar a operação de 1,7 milhão de dólares. Se o ACNUR hesitasse, eles disseram que iriam em frente por conta própria e não hesitariam em empregar “métodos próprios”. Vieira de Mello concordou em colaborar<sup>266</sup>.

Conforme consta na biografia supra, o oficial da ONU entendia que a repatriação ocorreria de qualquer forma, então ele teria optado pelo menos pior, ou seja, o auxílio ao governo tanzaniano no regresso forçado dos refugiados ruandeses, os quais temiam a volta ao país de origem<sup>267</sup>.

Em 5 de dezembro de 1996, Vieira de Mello emitiu uma Mensagem a Todos os Refugiados Ruandeses na Tanzânia, garantindo a segurança do retorno a Ruanda, sem que a declaração informasse que, sob a égide da Convenção de 1951, qualquer pessoa que seguisse temendo perseguição tinha o direito de permanecer na Tanzânia e solicitar refúgio<sup>268</sup>. Inclusive, destaque-se, o apoio do ACNUR ao repatriamento dos refugiados ruandeses decorreu de uma ordem expressa da Alta Comissária da agência da ONU no momento, Sra. Ogata. Fica clara, neste episódio, apenas ilustrativo, a lição de FELÍCIO, para quem as organizações de ajuda humanitária, de que é exemplo o ACNUR, “mantêm a contragosto uma secreta cumplicidade com as forças que deveriam combater<sup>269</sup>”.

A biografia em análise acrescenta ainda que “Ogata e o ACNUR tinham tanto medo de prejudicar o relacionamento com o governo tanzaniano que quase não se manifestaram sobre a migração forçada<sup>270</sup>”. Dispensável dizer que esta prática deixa patente que o sistema internacional ainda está claramente comprometido com os Estados, que seguem como os principais atores internacionais, e com a sua soberania.

Indo além, RODGER cita diversas outras ocasiões em que o princípio do *non-refoulement* foi flagrantemente desrespeitado, num claro atentado contra o Direito Internacional dos Refugiados. Apenas para ilustrar, ela relata o caso da Macedônia, em 1999, que, tal qual o governo tanzaniano de outrora, fechou suas fronteiras ao ingresso de cerca de 250 mil refugiados, em meio aos massacres de limpeza étnica promovidos na região. Nas palavras da Professora: “Estava claro que a Macedônia estava negando

<sup>266</sup>POWER, Samantha. **O homem que queria salvar o mundo**. Uma biografia de Sergio Vieira de Mello. São Paulo: Cia das Letras, 2008. p.239-240.

<sup>267</sup> Ibidem. p. 241.

<sup>268</sup>Idem.

<sup>269</sup> FELÍCIO, 2006, p.2.

<sup>270</sup>POWER, *op cit*, p.243.

entrada para um grupo de pessoas que teria tido forte base para um clamor de que suas vidas estariam em perigo se retornassem a Kosovo<sup>271</sup> ” (tradução nossa).

A justificativa do governo macedônico consistiu na idéia de que o país não teria recursos suficientes para oferecer aos novos residentes, além de que o influxo de kosovares afetaria a já instável balança étnica da região. Todavia, RODGER traz à tona que a Rede de TV BBC sugeriu que o fechamento das fronteiras da Macedônia não passou de uma retaliação pelo fato de o pacote de ajuda do Banco Mundial não ter sido tão amplo quanto o governo macedônico esperava<sup>272</sup>. Verdade ou não, flagrante, neste caso, mais uma vez, a sobreposição das razões de Estado sobre milhares de vidas humanas, que não tinham alternativa para a sobrevivência senão a migração.

Embora a questão pudesse ser estendida, com outros casos relatados de flagrante descumprimento de uma norma imperativa de direito internacional, qual seja, o princípio do *non-refoulement*, oportuno assinalar que todo o exposto anteriormente nada mais significa que o apego às tradicionais feições da soberania estatal, especialmente no que pertine à realização dos interesses estatais acima de qualquer outro valor. Está aí, pois, nos constantes desrespeitos ao princípio do *non-refoulement*, pedra angular do direito internacional dos refugiados, a maior corrosão deste ramo jurídico de proteção à pessoa humana.

Não se ignora que o Estado, tradicionalmente, detém absoluta soberania para controlar o ingresso e a permanência de indivíduos em seu território. Na lição de Rossana REIS, o sistema internacional constitui-se de Estados que, dentre outros elementos, detêm o “monopólio da mobilidade”, expropriando do indivíduo este poder de se auto-dirigir<sup>273</sup>.

Esta lógica vai ao encontro dos paradigmas do direito internacional clássico, em que o Estado e suas razões constituíam os elementos a serem realizados e satisfeitos pelo direito internacional. Lógica esta completamente diversa do atual estágio da sociedade internacional, que erigiu o ser humano e a sua dignidade como os valores mais caros a serem perseguidos pelo direito internacional. Ainda nas palavras de REIS: “A autonomia do Estado no campo das migrações é uma das principais características

---

<sup>271</sup>RODGER, 2001,p.6. “ *It was clear that Macedonia was denying entry to a group of people who would have had a very strong basis for a claim that their lives would be in danger if they remained in Kosovo* ”.

<sup>272</sup>Idem.

<sup>273</sup> REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 19. no.55. São Paulo: junho de 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php> Acesso em 10 fev 2010. p.150.

do direito internacional tradicional. Dentro desse paradigma, o indivíduo é um não-sujeito, isto é, não existe<sup>274</sup>". Ou ainda, nas palavras de HELTON, "pessoas, não apenas refugiados, importam diferentemente dependendo da forma com que os Estados calculam seus interesses<sup>275</sup>".

Nesse diapasão, a problemática dos refugiados assinala precisamente a tensão entre o direito internacional clássico e o emergente direito internacional dos direitos humanos. Como assegura CAMPOS MELO:

A pressão da comunidade internacional, a opinião pública mundial e notadamente o avanço da proteção aos direitos humanos são fatores de tensionamento da soberania. Afinal, os direitos inerentes aos seres humanos justificam-se precisamente por não repousarem sobre laços de cidadania em face de um determinado Estado<sup>276</sup>.

Aliás, como ensinou FERRAJOLI, a soberania e o direito são conceitos antitéticos. Nos seus termos, como já se afirmou preteritamente, "a soberania é uma categoria antijurídica<sup>277</sup>". Ou seja, a soberania, que consiste na ausência de regras, é a negação do próprio direito. Disto decorre que quanto menor o espaço de incidência do direito, maior a margem de atuação da soberania estatal. Portanto, o malefício de a questão migratória – e, neste contexto, insere-se a problemática dos refugiados – restar refém da soberania estatal é o progressivo afastamento do Direito e, especificamente, do direito internacional dos refugiados e do direito internacional dos direitos humanos. Nesta linha, REIS arremata:

A legislação referente ao problema dos refugiados e apátridas, mesmo expandida e aperfeiçoada, continua a se basear numa lógica de exceção, sem questionar os fundamentos do paradigma *westphaliano*. Em respeito à sua soberania, nenhum Estado é obrigado a acolher os refugiados<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> REIS, 2004,p.150.

<sup>275</sup> HELTON, 2002, p. 15. "*People, not just refugees, matter differently in the ways that States calculate their interests*".

<sup>276</sup> MELO, 2001, p. 269.

<sup>277</sup> FERRAJOLI, 2002, p.44.

<sup>278</sup> REIS, 2004,p.151.

Necessário, diante disto, ter em conta o pensamento de Guy GOODWIN-GILL, para quem imperativo se faz o desenvolvimento de uma cultura de proteção à pessoa humana, e, em especial, dos refugiados<sup>279</sup>. E o implemento de uma cultura de proteção a este grupo particular de imigrantes implica, invariavelmente, a relativização da soberania estatal e o afastamento de uma cultura de descrença e de controle desarrazoado dos refugiados.

Neste sentido, oportuno trazer à tona a lição de Michael KEATING, que sustenta que, assim como a soberania estatal segue, no atual sistema internacional, como uma idéia arraigada nas relações internacionais, bem como no direito internacional, também o território é um elemento central destas duas esferas, até porque é o pressuposto necessário do exercício da soberania – tanto interna quanto externa. Nas suas palavras:

O território é ainda central para a nacionalidade e para os pedidos de nacionalidade, por conta de sua importância simbólica, porque o controle sobre o espaço é ainda crítico para autogovernos na prática e porque o critério territorial está ainda entre os mais inclusivos meios de definir pessoas/povos. Espaços territoriais são importantes lugares de soberania no novo mundo de dispersa e difusa soberania<sup>280</sup> (tradução nossa).

Diante disto, parece lícito concluir que os refugiados são esvaziados de qualquer germen de poder, restando integralmente reféns da discricionariedade dos Estados, porque, dentre outros fatores, estão fora de suas terras ou de seus territórios. O território é uma dimensão ainda extremamente relevante do poder. Sem um Estado, em todas as suas dimensões, que os ampare, os refugiados restam destituídos de quaisquer garantias de respeito à sua vida e à sua dignidade. Como dizia Hannah ARENDT, “nenhum Estado reclama aquela gente<sup>281</sup>”.

<sup>279</sup> GOODWIN-GILL, Guy. *After the Cold War: asylum and the refugee concept move on*. In: *UNHCR and the Convention at 50. Forced Migration Review* n.10. April, 2001.p. 16

<sup>280</sup> KEATING, 2001, p.161-162. “*Territory is still central to nationality and to the resolution of nationality claims, because of it’s symbolic importance, because control of space is still critical to self-government in practice, and because the territorial criterion is still among the most inclusive forms of defining people. Territorial spaces are important sites of sovereignty in the new world of dispersed and diffused sovereignty*”.

<sup>281</sup> ARENDT, 1989, p.329.

### 3.5 AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS RESTRITIVAS E A DIRETIVA DO RETORNO

A partir dos anos 70, especialmente nos anos 90 e, de maneira mais intensa, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, constatam-se políticas migratórias cada vez mais restritivas, muito embora os fluxos migratórios tenham se tornado mais robustos e complexos.

Para explicar este fenômeno de restrição à imigração, comumente se mencionam razões de ordem econômica e também política. Os imigrantes, e neste contexto, os refugiados, são automaticamente encarados como pobres, sem nenhuma qualificação, que migram para saquear ou sugar a riqueza do país hospedeiro, como se bandidos ou parasitas naturalmente fossem. São vistos ainda como uma ameaça à segurança nacional do país em que demandam proteção, num imaginário ideologicamente comprometido de choque de civilizações e de determinismo geográfico

<sup>282</sup>.

Neste aspecto, é relevante tratar, ainda que brevemente, da chamada Diretiva do Retorno, resolução legislativa aprovada pelo Parlamento Europeu em 18 de junho de 2008, que ilustra esta questão.

No parágrafo 5º das Considerações Iniciais do referido documento, está posto que o objetivo de tal resolução constitui-se do estabelecimento de normas horizontais aplicáveis aos imigrantes que não tenham preenchido as condições legais de entrada, permanência ou residência num Estado-membro da União Europeia, não se olvidando do “respeito pelos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas<sup>283</sup>”.

Contudo, a leitura mais atenta da resolução em tela revela uma realidade diversa. De início, merece destaque a possibilidade de os Estados contarem com ampla discricionariedade no que tange ao controle dos regressos forçados<sup>284</sup>, entendidos aqui como indivíduos que são obrigados, pela autoridade pública do país em que se encontram, a retornar ao país de origem, em razão de documentação irregular, falta de documento ou qualquer outro motivo respaldado pela discricionariedade da autoridade. Por oportuno, destaca-se que o mesmo dispositivo em análise permite o recurso a

<sup>282</sup> Por determinismo geográfico, entende-se a concepção de que determinada pessoa, por ser proveniente de determinado lugar, pertencer a determinada etnia, professar determinada religião, etc, portar-se-á de determinada maneira ou *tenderá* a portar-se de um modo específico.

<sup>283</sup> §2º das Considerações Iniciais.

<sup>284</sup> §13 das Considerações Iniciais.

medidas coercitivas, no que tange ao controle dos regressos forçados, com vistas à eficácia dos objetivos pretendidos.

Ora, não se questiona a possibilidade de um Estado, plenamente soberano, exercer controle sobre o ingresso e permanência de indivíduos no seu território; o perigo está em atribuir a esta faculdade um “amplo poder discricionário”, nos termos da resolução, o que permite a adoção de qualquer medida, por parte do Estado, de acordo com o que ele entender conveniente. Esta previsão parece pretender encobrir o papel do Direito, especialmente no que diz respeito à sua função de limitar o poder e de estabelecer diretrizes mínimas a serem seguidas.

Além disto, percebe-se que a resolução estipula que os Estados-membros devem decidir se existe a possibilidade de revisão da decisão que impõe o retorno forçado do migrante, e qual órgão é o competente para proceder à reapreciação da questão<sup>285</sup>. Evidencia-se, aí, uma lógica contrária ao movimento de progressiva institucionalização da soberania compartilhada que permeia a União Européia, deixando claro um fôlego às soberanias nacionais quanto às decisões pertinentes aos indivíduos que ingressam nos seus territórios.

Ademais, a Diretiva do Retorno prevê a possibilidade de um Estado-membro pôr fim a uma permanência legal, bem como impor uma ordem de afastamento ao imigrante, através de um ato administrativo ou judicial<sup>286</sup>. Como se depreende, a resolução autoriza a imposição do regresso mesmo a imigrantes legais, vale dizer, que se encontram em território europeu com toda a documentação necessária para tanto, em respeito às leis do país hospedeiro. E não sendo o suficiente, a imposição do regresso forçado pode se dar até mesmo por meio de um ato administrativo, que, por suas características inerentes, pode dar vazão a uma atuação discricionária do Poder Público, além de gozar de características peculiares, como a presunção de legitimidade<sup>287</sup> e a autoexecutoriedade<sup>288</sup>. É cediço, aliás, que, embora seja possível o controle judicial do ato administrativo, este controle não é apto a se imiscuir no mérito da decisão, porém apenas no que diz respeito à observância dos requisitos formais de legalidade.

---

<sup>285</sup> § 14 das Considerações Iniciais.

<sup>286</sup> Artigo 6º, §6º da Diretiva do Retorno.

<sup>287</sup> Na clara lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, presunção de legitimidade “é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até que se prove o contrário”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22.ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 401.

<sup>288</sup> No ensinamento do mesmo administrativista, a autoexecutoriedade constitui o atributo do ato administrativo, pelo qual o Poder Público pode executar seus atos, sem a necessidade de recorrer ao Judiciário para tanto. *Ibidem*.

Mais que isso, a Diretiva permite a interdição de regresso à União Europeia, por um prazo que “em princípio não deve ser superior a cinco anos”<sup>289</sup>. A própria Diretiva estabelece, ainda, que o prazo de proibição de nova entrada do imigrante, em território europeu, pode ser estendido, por prazo superior a cinco anos, se ele constituir uma “ameaça grave à ordem pública, à segurança pública ou à segurança nacional”.

Não parece difícil concluir, neste quesito, que os termos utilizados pelo diploma legislativo, como “ameaça grave à ordem pública” carecem da objetividade necessária à imposição de tamanha sanção a um indivíduo. Não se discute, por óbvio, a legitimidade de um Estado impor uma restrição desta natureza a indivíduos que, comprovadamente, representem uma ameaça à segurança nacional ou à ordem pública, o que poderia se manifestar, à guisa de exemplo, na participação do indivíduo em movimento que atente contra a ordem constitucional do Estado de acolhida. Porém, pode-se questionar em que medida esta margem de discricionariedade que é facultada ao Estado, em nome da sua própria preservação e do resguardo do seu povo, pode ser usada indiscriminadamente, sem observância de qualquer critério objetivo.

Da leitura da Diretiva do Retorno, não passa despercebida, ainda, a possibilidade de ordenação de detenção de imigrantes, inclusive de crianças<sup>290</sup>, por um prazo de até 6 meses<sup>291</sup>, por autoridade administrativa<sup>292</sup>. Está aí, talvez, a maior afronta da Diretiva ao Direito e ao Estado Democrático de Direito. Quando se imaginou, em pleno século XXI, no berço da civilização ocidental, do constitucionalismo e dos valores iluministas e humanistas, que crianças pudessem ser detidas e, como se não bastasse, por autoridade administrativa? Interessante notar que a própria resolução estabelece seu comprometimento com “o interesse superior da criança” e com a “vida familiar<sup>293</sup>”.

Por último, cumpre assinalar que são os próprios Estados que devem definir, de acordo com a Diretiva, os casos em que a assistência jurídica é considerada necessária quando da imposição do regresso aos imigrantes<sup>294</sup>. Ou seja, em meio a este processo turbulento de imposição do regresso forçado, não há sequer a garantia de o indivíduo gozar da ampla defesa e do contraditório, pilares do Estado Democrático de Direito.

Diante destes fatos, parece compreensível que esta resolução legislativa seja chamada de “Diretiva da Vergonha”.

---

<sup>289</sup> Artigo 11, §2º da Diretiva do Retorno.

<sup>290</sup> Artigo 17, § 1º da Diretiva do Retorno.

<sup>291</sup> Artigo 15, § 5 da Diretiva do Retorno.

<sup>292</sup> Artigo 15, § 2º da Diretiva do Retorno.

<sup>293</sup> Artigo 5º da Diretiva do Retorno.

<sup>294</sup> §11 das Considerações Iniciais da Diretiva do Retorno.

É de sabença geral que tais medidas – como a permissão para detenção, por ato administrativo, até mesmo de crianças ou a imposição do regresso forçado, mesmo a indivíduos que obtiveram permissão legal para permanência - constituem verdadeira afronta ao direito como um todo. Neste caso, a discricionariedade do Estado, que é ampla no aspecto das políticas migratórias adotadas em seu território, carece de legitimidade, ao afrontar pilares do Direito, como o critério da imputabilidade<sup>295</sup> ou a exigência do devido processo legal<sup>296</sup>.

Deve-se sublinhar, ainda, que, embora a Diretiva do Retorno faça constantes menções a “imigrantes”, sabe-se que os refugiados são inseridos nesta universalidade maior que são os imigrantes. E o referido diploma representa uma especial afronta ao direito internacional dos refugiados, na medida em que se constata que a esmagadora maior parte dos refugiados, justamente por se encontrarem numa situação periclitante e de urgência, com vistas a resguardarem suas vidas, deixam seus países sem quaisquer documentos de identificação. E vale lembrar o artigo 31 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, que diz, em seu parágrafo 1º:

Os Estados Membros não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo artigo 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.

Como afirma o ACNUR, já nos primeiros anos do século XXI se percebe que o Direito Internacional dos Refugiados tem sido posto de lado pelas práticas dos Estados, “O que tem levado a um aumento em detenção e exclusão, além de uma falta de devido processo legal<sup>297</sup>”.

O que se revela da leitura da Diretiva, por derradeiro, é o retorno ao modelo *westphaliano* de sistema internacional, em que as razões do Estado desconhecem qualquer limite. Vale dizer, retrocede-se à concepção de que o Estado, enquanto unidade política absolutamente soberana, é apto a invocar quaisquer meios que julgue

---

<sup>295</sup> Por imputabilidade se pretende referenciar a capacidade jurídica de uma pessoa receber uma sanção penal.

<sup>296</sup> Por devido processo legal se referencia o processo pautado na ampla defesa e no contraditório, com adequada participação de ambos os pólos partícipes dos trâmites.

<sup>297</sup> UNHCR, 2006, p. 2. “which has led to an increase in detention and exclusion, besides lack of due process”.

necessários e legítimos para a realização dos seus interesses, objetivos, razões, enfim, ainda que mediante o sacrifício de normas jurídicas internacionais e, por conseguinte, de milhões de vidas humanas. E parece claro concluir que o implemento de políticas migratórias cada vez mais restritivas, principalmente por países mais desenvolvidos, vai ao encontro do que se afirmou anteriormente a respeito da automática associação entre refugiados e problemas de ordem econômica e de segurança do país hospedeiro.

Quanto a este tema, deve-se ter em conta o pensamento de B.S. CHIMNI, para quem a associação da problemática dos refugiados a questões de “*high politics*”, ou alta política, isto é, à esfera da segurança do país de acolhida, contribui para interpretações cada vez mais restritivas do direito internacional dos refugiados, bem como para a erosão dos direitos humanos<sup>298</sup>, sacrificando a vida, a liberdade e a dignidade de milhões de pessoas, que restam carentes de assistência.

Assim, os países têm interpretado cada vez mais restritivamente<sup>299</sup> a Convenção de 1951, já bastante limitada à proteção apenas dos direitos civis e políticos dos refugiados<sup>300</sup>. A consequência não poderia ser outra, senão a erosão do direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos, bem como o sacrifício da proteção à pessoa humana, num movimento de reafirmação da soberania estatal. Nesta linha, Aninia NADIG e John MORRISON consideram que os Estados europeus encontram-se hoje num dilema: o de conjugar o controle à imigração e cumprir suas obrigações internacionais de proteger os refugiados<sup>301</sup>.

Além disto, o implemento de políticas migratórias restritivas, manifestas em diplomas legislativos como a Diretiva do Retorno, acabam por impactar diretamente não somente os migrantes econômicos, movidos a obter melhores condições materiais de vida, mas, da mesma forma, os refugiados ou demandantes de refúgio, indivíduos impelidos a fugir de seus países por um instinto de sobrevivência. Igualmente, políticas migratórias cada vez mais restritivas contribuem para o aumento do número de deslocados internos, vale dizer, indivíduos movidos a abandonar seus lares por uma

<sup>298</sup> CHIMNI, B.S. *Globalisation, humanitarianism and the erosion of refugee protection*. University of Oxford: Refugee Studies Center, 2000. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/PDFs/workingpaper3.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2008. p. 10-11.

<sup>299</sup> OKOTH-OBBO, George; O'CONNOR, Mireille; KJAERUM, Morten; CHANTAVANICH, Supang. *Regional approaches to forced migration*. In: *The refugee convention at fifty*..., 2003, p. 38.

<sup>300</sup> Diz-se que a Convenção de 1951 limita-se à proteção dos direitos civis e políticos dos indivíduos perseguidos, visto que os motivos que podem ensejar o refúgio são apenas cinco – religião, nacionalidade, opinião política, raça e pertencimento a grupo social -, os quais tratam apenas de direitos civis e políticos, não se cogitando de direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>301</sup> NADIG, Aninia; MORRISON, John. *Human smuggling and refugee protection in the European Union: myths and realities*. In: *The refugee convention at fifty*, 2003. p. 161.

questão de sobrevivência, mas que não logram êxito em atravessar uma fronteira nacional, como se adiantou na parte introdutória deste trabalho.

E tudo isto, ou seja, a adoção de políticas migratórias bastante hostis e o sacrifício de direitos humanos mínimos de milhares de indivíduos, não decorre de outro elemento que não o apego ao velho e tradicional conceito de soberania, vale dizer, a sobreposição do interesse estatal a qualquer custo, sobre a vida e a dignidade da pessoa humana. É, pois, o apego à concepção tradicional de soberania, enquanto poder absoluto, indelegável e ilimitado, que permite aos Estados adotarem quaisquer medidas para a defesa de seus interesses, ainda que isto implique o descumprimento de normas jurídicas aos quais eles mesmos se vincularam.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde logo, urge perceber que o direito internacional dos refugiados, sistematizado a partir da Convenção de 1951, tratou de oferecer um tratamento jurídico para uma problemática bastante antiga, que de tão antiga, confunde-se com a própria história da humanidade, qual seja, a situação de um indivíduo restar perseguido no interior da sua comunidade e buscar proteção em outro território.

Neste contexto, é perceptível a clara e indissociável relação entre as três tradicionais vertentes de proteção à pessoa humana, quais sejam, o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos

refugiados. Consta-se o imperativo de tais ramos do direito internacional serem implementados em conjunto, com vistas à adequada proteção à pessoa humana que, quando carente da proteção internacional do refúgio, por exemplo, muito freqüentemente estará em meio a um conflito armado, quando então será impreterível a incidência do direito internacional humanitário e carecerá do resguardo de seus direitos humanos mínimos.

Mister atentar para o fato de que um refugiado, ou um demandante de refúgio, encontra-se numa situação-limite, de completo desamparo por seu Estado de origem, sem quaisquer direitos enquanto cidadão de um Estado, despido, portanto, de seus direitos mais fundamentais. E é cediço, aliás, que o vínculo político-jurídico com determinado Estado é que faz o indivíduo titular de direitos, ao menos na concepção tradicional do direito.

Daí a premência de o direito internacional dos refugiados ir ao enalço destes imigrantes foragidos por um instinto de sobrevivência, no sentido de preservar os direitos humanos deste grupo particularmente vulnerável de indivíduos, pelo simples fato de serem humanos, independentemente do Estado com quem mantém qualquer vínculo político-jurídico de nacionalidade ou mesmo independentemente de não manterem qualquer vínculo político-jurídico com algum Estado, como é o caso dos apátridas. Esta é, pois, a missão maior do direito internacional dos refugiados, vale dizer, a proteção do indivíduo quando nem mais seu próprio Estado é capaz de assisti-lo e preservar-lhe os direitos humanos mínimos, como a integridade física e a liberdade de opinião política ou religiosa.

E neste particular, pelo fato de as vertentes de proteção à pessoa humana do direito internacional procurarem preservar o indivíduo independente de seu vínculo com determinado Estado, parece razoável concluir que elas contribuem para uma revisão da tradicional concepção de que os direitos de um indivíduo nascem a partir do seu vínculo político-jurídico com o Estado. A interdependência das três vertentes corrobora a idéia de que o indivíduo, pelo simples fato de ser humano, independentemente de seu vínculo com certo Estado, ou mesmo da falta deste vínculo, é titular de direitos humanos mínimos, cujo respeito é imperativo a toda a sociedade internacional.

Imperativo este que implica, invariavelmente, uma revisitação do conceito de soberania, que paulatinamente vai perdendo seu caráter de poder absoluto, indelegável, incontestável e ilimitado, para se afirmar como um poder estatal que deve ser posto a serviço da realização da dignidade da pessoa humana. É este, portanto, o maior legado

das três vertentes de proteção ao indivíduo, vale dizer, a flexibilização da soberania estatal no sentido do resguardo da vida humana.

Assim, o tradicional conteúdo da soberania estatal como um poder absoluto que desconhece qualquer limite constitui uma imagem distorcida contemporaneamente, num sistema internacional cada vez mais interligado, interdependente e globalizado. Dada a proximidade das nações, a comunidade internacional, após os traumas das grandes guerras mundiais, estabeleceu novos marcos axiológicos, como o respeito aos direitos humanos e à dignidade humana, a busca pela paz e o alcance da cooperação. Tal sistema internacional interdependente carece de novas categorias fundantes para implementar os compromissos que estabeleceu, de que é exemplo o respeito aos direitos humanos e dos refugiados, o que passa, invariavelmente, pela revisitação da soberania estatal e pela diminuição da autonomia dos Estados. Em certo grau, a comunidade internacional já caminha para isto, na medida em que proliferam as organizações internacionais, emergem normas efetivamente peremptórias para os Estados e o ser humano é levado ao centro da norma jurídica internacional.

Outrossim, neste quesito, o direito internacional experimenta um fenômeno ímpar, qual seja, a sua humanização, no sentido que o ser humano passa a ser o valor mais caro a ser protegido pela norma jurídica internacional. Em outros termos, o respeito aos direitos humanos passa a ser um critério de validade para as demais normas jurídicas nacionais e internacionais, movimento este que começa a ser delineado já no século XIX com a emergência do direito internacional humanitário, o qual não deixou de implicar certa relativização da soberania estatal, ao estabelecer limites jurídicos à guerra.

É neste contexto de humanização do direito internacional que se insere o estabelecimento de um conjunto de normas internacionais voltadas à proteção do refugiado e do demandante de refúgio, visto que o direito internacional dos refugiados constitui um ramo especializado do direito internacional dos direitos humanos e mantém íntima relação com o direito humanitário.

A sociedade internacional contemporânea, sobrevivente às carnificinas da primeira e segunda guerras mundiais, portanto, reafirmou o compromisso de zelo e resguardo dos direitos humanos e, por conseguinte, dos refugiados. O respeito à vida humana, portanto, passou a ser o imperativo categórico da sociedade internacional hodierna, sobrevivente a tais carnificinas.

De toda a sorte, demonstrou-se neste trabalho que o direito internacional dos refugiados acaba por ser esvaziado, muitas vezes, em razão da valorização excessiva da soberania estatal e da realização dos interesses estatais a qualquer custo, na contramarcha dos novos paradigmas estabelecidos pela comunidade internacional após o fim da Segunda Grande Guerra, como o respeito imperativo à vida humana.

A soberania do Estado, enquanto poder de se autodeterminar e conduzir é um elemento importante a dar eficácia ao direito internacional. Contudo, o apego à sua tradicional concepção, de poder absoluto que desconhece qualquer limite, contribui para que, se em posições antagônicas, preponderem as razões de Estado em detrimento das vidas humanas.

É cediço, pois, que o conteúdo tradicional da soberania, ou seja, um poder absoluto, ilimitado e perpétuo, foi forjado à época da formação dos Estados Modernos, em que os então emergentes Estados careciam de centralizar todo o poder político dentro de determinado território, eliminando qualquer outro pólo de poder político concorrente. Corolário desta concepção é o Estado personificado e todo-poderoso, cujas razões devem ser realizadas a qualquer custo, pois em nome de um bem maior, qual seja, a unidade política e territorial.

Destarte, nada obstante, o plano deontológico da norma assegurar o respeito à vida, à liberdade e à integridade dos refugiados, enquanto valores dos mais caros da sociedade internacional contemporânea, a realidade demonstra flagrantes desrespeitos ao direito internacional dos refugiados, em nome da realização das razões de Estados, ou, em outras palavras, em nome da valorização da velha noção de soberania estatal, enquanto poder absoluto de o Estado ver realizados seus interesses acima de qualquer outro valor.

Ao se invocar a soberania do Estado se conduzir nas relações internacionais, ocorre uma progressiva naturalização de aberrações para o direito internacional dos refugiados, como a imposição do regresso forçado, inclusive com a conivência do ACNUR, para países de origem ainda mergulhados em conflitos armados, os procedimentos parciais e intimidadores de entrevista dos demandantes de refúgio, a imposição do regresso forçado a refugiados que se encontram com documentação irregular, a permissão para detenção de crianças, por parte de autoridade administrativa, em decorrência da falta de documentação para ingresso no estrangeiro, dentre outros. Fica patente, portanto, que os indivíduos, e os refugiados em particular, são

resguardados e protegidos pelo Direito, apenas na medida em que isto não vá de encontro à realização dos interesses estatais.

Assim, embora o direito internacional contemporâneo experimente tantos avanços e revoluções paradigmáticas, expressos em fenômenos da maior envergadura, como a humanização do direito internacional, o estabelecimento de normas de *jus cogens* e a proliferação de organizações internacionais, num demonstrativo de interdependência crescente entre os atores internacionais, verifica-se que, no tocante aos refugiados, o direito internacional segue norteado pelos elementos fundantes do direito internacional clássico e, em específico, pelo apego à soberania estatal como um poder absoluto e à realização dos interesses estatais a qualquer custo.

Este mesmo apego à tradicional concepção de soberania impacta, igualmente, outros grupos de indivíduos vulneráveis, como os migrantes econômicos e os deslocados internos. Aliás, estes últimos representam um desafio para o direito internacional do século XXI, haja vista que até o momento convivem com a quase completa anomia, muito embora representem uma realidade inegável.

A sociedade internacional hodierna, portanto, parece não se encontrar madura o suficiente para inverter a ordem de seus valores, dando vazão à proteção incondicional do ser humano, ainda que em detrimento das “razões de Estado”. E nesta lógica, carecendo a sociedade internacional de uma cultura de proteção incondicional à pessoa humana e aos refugiados em particular, o resultado não poderia ser outro senão a erosão do direito internacional de proteção à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildrbrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 16.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008

ALMEIDA,Guilherme Assis de; ARAÚJO, Nadia de (coord). **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**.Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Isabela Piacentini de. **Responsabilidade internacional do Estado por violação do *jus cogens***. In Revista Brasileira de Direito Internacional. Ano 3. V.5. no.5. 2007.

ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANNONI, Danielle (org). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la Republica**. V.1. Gaspar de Añastro Isunza (Trad). Madri: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1992.

DANIEL, E. Valentine; KNUDSEN, John. **Mistrusting refugees**. *Los Angeles: University of California Press*, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Siddharta Legale; SOUSA, Adriano Correa. Asilo político: uma proposta alternativa sob a ótica constitucional. In: **Revista de Direito da Universidade Federal Fluminense**. Ano 1. No. 1. Janeiro-Abril de 2008.

FONSECA JR., Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais**. Poder e ética entre as nações. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

**FORCED MIGRATION REVIEW. Climate change and displacement**. n. 31. *Refugee Studies Center, Oxford*. Outubro, 2008.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA, Cristiano Hehr. **O direito internacional dos refugiados: história, desenvolvimento, definição e alcance. A busca pela plena efetivação dos direitos humanos no plano internacional e seus reflexos no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito). 147 fl. Faculdade de Direito de Campos, 2007.

GROPPO, Bruno. **Os exílios europeus no século XX.** In: Diálogos, DHI/UEM. V.6. 2002.

HELTON, Arthur. ***The price of indifference. Refugees and humanitarian action in the new century.*** New York: Oxford University Press, 2002.

HESPANHA, António Manuel. **Às vésperas do Leviathan.** Instituições e poder político. Portugal - séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos.** O breve século XX: 1914-1991. 2.ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

KAMANGA, Khoti; MORRISON, John; NADIG, Aninia; SELM, Joanne Van; VRZINA, Sanja-Spoljar; WILLIGEN, Loes van (ed). ***The refugee convention at fifty: a view from Forced Migration Studies.*** Maryland: Lexington Books, 2003.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua e outros opúsculos.** Porto Alegre: L&PM, 1989.

KEATING, Michael. ***Plurinational democracy. Stateless nations in a Post-Sovereignty Era.*** New York: Oxford University Press, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** 6a.ed.rev e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARFLEET, Philip. ***Refugees in a global era.*** New York: Palgrave Macmillan, 2006.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras.** Do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 22.ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. v. 1. 13.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das relações internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Cartagena**. Cartagena, 1984.

ONU. **Convenção de Genebra relativa ao estatuto dos refugiados**. Genebra, 1951.

ONU. **Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**, 1969.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução legislativa. Diretiva 2008 relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros**. Strasbourg, 2008.

PAULA, Vera Cecília Abagge de; PRONER, Carol. Convergência e complementaridade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba, Vol. 8. no. 8. Jul/dez 2008.

PAUPÉRIO, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PINTO, Júlia Zanini de Gouveia. **Refugiados: análise das políticas públicas nacionais face ao Direito Internacional**. 214 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

POWER, Samantha. **O homem que queria salvar o mundo**. Uma biografia de Sergio Vieira de Mello. São Paulo: Cia das Letras, 2008.

PRONER, Carol; GUERRA Sydney (org). **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10.ed.rev.e atual. São Paulo : Saraiva, 2005.

SALDANHA, Eduardo. **Teoria das relações internacionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito internacional público**. 4.ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SWINARSKI, Christophe. **O direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana**. Principais noções e institutos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. **Citações e notas de rodapé**. Curitiba: Ed.UFPR, 2007.

UNHCR. *Détermination du statut de réfugié : déterminer qui est un réfugié. Module d'autoformation 2. Genève, 2005.*

UNHCR. *Introduction à la protection internationale : protéger les personnes relevant de la compétence du HCR. Module d'autoformation 1. Genève, 2005.*

UNHCR. *La Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : questions et réponses. Genève, 2007.*

UNHCR. *Le rempart érigé pour protéger les réfugiés : la Convention de 1951. Genève, 2007.*

UNHCR. *The state of world's refugees. Human displacement in the new millennium. New York: Oxford University Press, 2006.*

UNIÃO AFRICANA. **Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados da África**. Adis-Abeba, 1969.

VITORIA, Francisco de. *Derecho natural y de gentes*. Trad. Luis Gentino. Buenos Aires: Emecé Editores, 1946.

WHITTAKER, David. *Asylum seekers and refugee in the contemporary world*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006

## REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

ARIOSI, Mariângela. **Direito internacional e soberania nacional.** In: <[www.jusnavegandi.uol.com.br](http://www.jusnavegandi.uol.com.br)>. Acesso em: 12 fev 2010.

ARMÊNIA-BRASIL. **Genocídio armênio.** Disponível em: <<http://www.armenia.brasil.nom.br/genocidio.htm>> Acesso em 14 ago. 2008.

BARRETO, Luiz Paulo Teles F. **Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio.** Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc>>. Acesso em: 15 jan 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Mandado de segurança no. 27875.** Memorial do extraditando Cesare Battisti. Disponível em: <[www.lrbarroso.com.br/pt/casos/.../memorial\\_mandado\\_seguranca.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/.../memorial_mandado_seguranca.pdf)> Acesso em: 15 jan 2010.

BASSO, Maristela. **Integração econômica e institucionalização: as experiências do Mercosul e da União Européia.** In: <[www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo9/htm](http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo9/htm)> Acesso em 01 mar 2010.

CHIMNI, B.S. *Globalisation, humanitarianism and the erosion of refugee protection.* University of Oxford: Refugee Studies Center, 2000 Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/PDFs/workingpaper3.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2008.

FELÍCIO, Carmelita Brito de Freitas. **O direito à hospitalidade para além de um ponto de vista cosmopolítico.** Disponível em: < [www.professor.ucg.br](http://www.professor.ucg.br)>. Acesso em 02 fev 2010.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol. 19. no.55. São Paulo: junho de 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>> Acesso em 10 fev 2010.

RODGER, Jessica. *Defining the parameters of the non-refoulement principle.* LLM Research Paper. Faculty of Law. Victoria University of Wellington, 2001. Disponível em: <<http://www.refugee.org.nz/JessicaR.htm>>. Acesso em: 15 jan 2010.