

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO MAGNOS SODER

**O DIREITO DE ASILO NA UNIÃO EUROPÉIA: UM OLHAR NORMATIVO SOBRE
A “EUROPA-FORTALEZA”**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Martha Lucía Olivar Jimenez

Porto Alegre
2007

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, pela oportunidade de realizar estudos em tão destacada e acolhedora casa.

Aos primeiros mestres e amigos, Florisbal e Augusto, sempre presentes e incentivadores. Aos conselhos, amizade e ensinamentos de Sérgio José Porto e Cristoph Fabian.

Aos amigos que, embora distantes, comigo estavam em pensamento.

Aos amigos que estavam mais próximos, Indra, Marília e Sílvio. Cada um, a seu modo, escreveu um pouco desse trabalho.

Não seria possível deixar de fazer um agradecimento especial à minha orientadora e amiga, Martha Lucía Olivar Jimenez, exemplo de ética, conhecimento e amor ao ensino jurídico.

À família Kochhann, minha segunda família.

Aos meus irmãos e, especialmente, meus pais, entusiastas do mundo do conhecimento.

E, por fim, a quem menos tempo eu pude dedicar, Ana Laura.

“E as suas portas não se fecharão de dia, porque noite não haverá ali”.
Apocalipse de São João, Cap. 21, versículo 25

RESUMO

O presente trabalho objetivou verificar as transformações que o direito de asilo sofre em face da criação de um espaço integrado, tal qual se apresenta a realidade da União Européia. Nessa análise, serviu a Convenção de Genebra de 1951 de eixo central, secundada por outros instrumentos internacionais referentes à proteção dos direitos humanos. Inicialmente, é feita minuciosa análise do princípio do *non-refoulement* e de sua fragilidade diante do direito comunitário. Destacam-se, também, os elementos extraterritoriais que, como instrumentos de política migratória, acabam por impedir o acesso de refugiados ao espaço integrado. É apreciada, igualmente, a complexa e inconsistente legislação comunitária relativa a atribuição de responsabilidades estatais frente à um pedido de asilo, tanto no seu âmbito interno, como, também, no que tange aos reenvios à Estados terceiros, a face mais oculta do direito de asilo na União Européia. Em fase posterior são analisados os fragmentados regimes de proteção comunitários que, amiúde, revelam-se insuficientes no seu alcance e, não raro, limitados pela restritiva instrumentalização procedimental. Por fim, abordam-se os direitos que são reconhecidos a aqueles que recebem proteção internacional, cuja tônica, nesse caso, é a absoluta disparidade e desarmonia entre os distintos regimes. Nas conclusões, traça-se um perfil do direito de asilo na União Européia, muito mais afeito à contenção do que ao ofertamento de refúgio no espaço integrado.

ABSTRACT

The present research had as its objective to verify the transformations that the right of asylum suffers in view of the creation of an integrated space, such as the European Union reality presents itself. In this analysis, the 1951 Geneva Convention worked as a main axis, being seconded by other international instruments referring to the protection of human rights. Initially, a meticulous analysis of the *non-refoulement* principle and its fragility before the community law is done. In addition, are distinguished the extraterritorial elements which, as instruments of migratory policy, lead to the hindering of the access of refugees to the integrated area. To an equal degree, we take into consideration the complex and inconsistent community legislation related to the attribution of state responsibilities in view of an asylum request, in its internal scope as well as in what is related to the dispatching to third party States, this one the most hidden face of the right of asylum in the European Union. In a later stage we analyze the fragmented regimes of communitarian protection which, frequently, reveal themselves to be insufficient in their reach and, not rarely, limited by the restrictive procedural instrumentalization. At last, we approach the rights which are recognized to those who receive international protection, whose emphasis, in this case, is the absolute disparity and disharmony among the different regimes. In the conclusions, we outline a profile of the right of asylum in the European Union a lot more accustomed to contention than to the offering of refuge in the integrated space.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I – O ACESSO À PROTEÇÃO INTERNACIONAL NO ESPAÇO INTEGRADO	25
CAPÍTULO I O Princípio do <i>Non-Refoulement</i> no Âmbito Internacional e Sua Regulação Na Normativa Comunitária Européia	26
Seção I – O <i>non-refoulement</i> e seus reflexos nos institutos jurídicos comunitários	26
§ 1º <i>A interação do non-refoulement com as medidas compulsórias de saída do espaço integrado</i>	30
§ 2º <i>A insuficiência do escopo material do non-refoulement no direito comunitário</i>	38
Seção II – As medidas extraterritoriais de <i>non-entrée</i> no direito comunitário europeu ..	42
§1º <i>A política comunitária de não-acesso ao espaço integrado</i>	49
§ 2º <i>A inexistência de alternativas comunitárias à contenção extraterritorial</i>	57
CAPÍTULO II – A Determinação do Estado Responsável Pelo Exame do Pedido de Asilo no Direito Comunitário Europeu	64
Seção I – A atribuição de responsabilidade <i>inter partes</i>	64
§ 1º <i>Os critérios de responsabilização dos Estados-Membros</i>	70
§ 2º <i>A transferência de responsabilidade para outro Estado-Membro</i>	74
§ 3º <i>Avaliação geral do sistema de responsabilização inter partes</i>	78
Seção II – Os reenvios <i>extra parte</i>	80
§ 1º <i>A fragilidade da base legal internacional dos reenvios</i>	82
§ 2º <i>O procedimento de reenvio na normativa comunitária européia</i>	87
PARTE II – O ALCANCE DA PROTEÇÃO OFERTADA NO ESPAÇO INTEGRADO COMUNITÁRIO	96
CAPÍTULO I – O Exame do Pedido de Proteção Internacional no Direito Comunitário Europeu	96
Seção I – A abrangência da proteção <i>ratione personae</i> na legislação comunitária	97
§ 1º <i>A definição clássica de refugiado no direito comunitário</i>	100
§ 2º <i>A Proteção Subsidiária</i>	105
§ 3º <i>O regime de Proteção Temporária</i>	114
Seção II – A análise do pedido de proteção internacional segundo a normativa comunitária	120
§ 1º <i>O procedimento de caráter individual</i>	120
A – <i>O exame das condições gerais</i>	123
B – <i>O procedimento como meio de restrição à proteção internacional</i>	127
§ 2º <i>O procedimento em caso de êxodos massivos</i>	131
§ 3º <i>A exclusão do status de proteção</i>	133
CAPÍTULO II – Os Efeitos do Reconhecimento do Pedido de Proteção Internacional na Regulação Comunitária	141

Seção I – A assimetria dos direitos e benefícios no direito comunitário europeu.....	142
§1º <i>O núcleo básico dos direitos civis, econômicos e sociais dos protegidos no espaço comunitário.....</i>	<i>144</i>
§2º <i>O direito a vida familiar como complemento necessário a estada no país de asilo.....</i>	<i>152</i>
Seção II – As condições que determinam o fim da proteção internacional.....	160
§1º <i>As cláusulas de cessação nos distintos regimes de proteção comunitários.....</i>	<i>160</i>
§ 2º <i>As exceções à finalização da proteção internacional</i>	<i>169</i>
§3º <i>O regresso forçado ao país de origem</i>	<i>172</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	178
REFERÊNCIAS	182

INTRODUÇÃO

O fenômeno migratório humano talvez seja uma das mais complexas e interligadas áreas da ciência social contemporânea. Retrata a migração a essência da natureza humana, ou seja, mudar, crescer e desenvolver-se, mesmo que isso implique em abandonar o local outrora visto como “Lar”. No entanto, uma parte desse fenômeno que remonta às mais primitivas eras da humanidade, possui uma característica muito própria e peculiar. Nos referimos à **reatividade** em face a algum tipo de situação que constrange ou, até mesmo, obriga o ser humano a se deslocar de um território para outro. Por tal razão, o fenômeno migratório comporta uma sub-categoria definida como “migração forçada” ou “deslocamento forçado”.¹

A história registra, amplamente, que muitas pessoas recebiam proteção quando confrontadas com situação de perigo a sua existência. Especialmente na Grécia, serviam os templos como um lugar onde a pessoa confrontada com algum risco a sua vida encontrava abrigo, dado que este era um local sacro que deveria ser respeitado. Daí surge a palavra asilo, derivada do grego *asylum* (*sylao*, que significa extrair, tirar ou quitar mais partícula de negatividade *a*).² Mais do que tudo, há um sentido de inviolabilidade e segurança nesse local, que deve ser respeitado sob pena de afronta aos deuses.

Após o surgimento dos Estados-Nação e a consolidação das fronteiras nacionais, o fenômeno migratório começa a sofrer o influxo do Direito e, já no final do século XIX, passa a migração a ser tratada como uma importante política de Estado, tanto no pólo atrativo, ou seja, a migração como ferramenta para povoar e desenvolver um país, como, também, e muito

¹ David Turton, no entanto, contesta o uso do termo “migração forçada” por entender que pode-se mover ou deslocar seres humanos, mas , jamais, “migrar” seres humanos. (TURTON, David. *Conceptualizing forced migration*. Oxford: Refugee Studies Centre, University of Oxford. 2003. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/PDFs/workingpaper12.pdf>> Acesso: 12 ago. 2004, p.11).

² Conforme FISCHER DE ANDRADE, José H. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 9 e, também, VIEIRA, Manuel Adolfo. *Derecho de asilo diplomático*

especialmente, na sua conhecida esfera negativa, consubstanciada em “quem entra” e “quem deve sair” do território do Estado.

Justamente nesse hiato entre o direito soberano de determinar quais estrangeiros podem adentrar o território e o dever, jurídico e também, ético-moral, de proteger aqueles que sofrem perseguição, é que se insere o direito de asilo. Assim, uma determinada categoria de pessoas terá, por sua especial condição, o direito de receber guarida no território de outro Estado.

Muito seguramente, foram os grandes conflitos que chamaram a atenção para os problemas das pessoas que necessitaram abandonar seus lares e cruzar fronteiras. A Revolução Russa de 1917 e, especialmente, a Segunda Guerra Mundial, trouxeram, à força, para o centro dos debates, a questão dos deslocados forçados. Desde o início de 1920, conceituou-se, no direito internacional,³ estes deslocados forçados como sendo “refugiados”. Embora a definição tenha variado ao longo dos anos, algumas premissas permaneceram inalteradas dado que a ênfase do conceito de refugiado é sempre assentada nas **razões** pelas quais este abandonou seu país, tornando o refugiado um tipo muito especial de migrante.⁴

Em pleno século XXI, infelizmente, persistem graves problemas envolvendo violações de direitos humanos e desrespeito pela dignidade do homem. Essa situação, via de conseqüência, gera novos fluxos de refugiados, obrigando milhões de pessoas ao redor do mundo a abandonarem seus lares. Segundo dados de 2005, mais de 20,8 milhões de seres humanos encontram-se em situação de deslocamento forçado em diferentes partes do mundo.⁵

Refugiados representam, sempre, um **sintoma** de algum tipo de litígio profundo dentro da sociedade da qual são originários. As causas são as mais diversas possíveis, tais como perseguição, guerras, fome ou desastres naturais. Como não existem, nem mesmo remotamente, indícios de que em pouco diminuirá o número de pessoas que fogem em busca de proteção, é fundamental preparar as estruturas jurídicas e administrativas estatais para

(*asilo político*). Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1961, p. 2.

³ O termo refugiado já era anteriormente usado, mas não havia, ainda, um tratado internacional referente à estes.

⁴ GOEDHART, G. J. Van Heuven. The problem of refugees. *Recueil des Cours*, Hague, v. 82, 1953, p. 267.

⁵ Números do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados disponíveis em <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/statistics> (acesso em 24 fev. 2007). Esse número, cabe ressaltar, não leva em consideração

lidarem, da melhor maneira possível, com essa situação, sempre levando em consideração que os interesses do ser humano devem pairar acima de qualquer outro interesse menos premente.⁶

Tendo em vista os termos refúgio e asilo, é importante agora definirmos seu alcance, explicando o porquê de nossa opção pela expressão “direito de asilo” e não “direito de refúgio”. A América Latina, foi palco do desenvolvimento regional do direito de asilo, nas suas duas formas clássicas, o direito de asilo territorial e o direito de asilo diplomático.⁷ Diversos fatores explicam o desenvolvimento do direito de asilo no continente americano, mas, preponderantemente, são os conflitos políticos internos e a instabilidade dos governos que propiciam a riquíssima história do asilo na sua vertente latina. Foi um direito construído sob a base de tratados, sem que nenhuma instituição de caráter intergovernamental fosse criada para implementar tais tratados.⁸

Já em relação aos “refugiados”, desde sua aparição no cenário internacional, diversas instituições internacionais foram sendo, sucessivamente, geradas com o intuito de atender as necessidades de proteção e de logística dessas pessoas, até culminar na criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 1950.⁹ Logo em seguida, em 1951, surge a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados,¹⁰ assinada em Genebra, que cria a definição, hoje clássica de refugiado. Para essa Convenção, a definição de refugiado, presente no artigo 1º A (2), protege pessoas

peças que se deslocam por desastres ambientais, por construção de represas ou pela fome, o que elevaria a cifra a mais de 100.000.000 de seres humanos.

⁶ Existem, atualmente, diversas situações documentadas pela mídia internacional que retratam o drama dos refugiados. Citamos, a mero título exemplificativo, algumas dessas. O caso da Colômbia, em que milhares de pessoas abandonam o país em meio ao conflito entre a guerrilha esquerdista e o Governo colombiano, agravado pela participação de grupos paramilitares, é um exemplo bem próximo da realidade latina. Outra situação de tensão é vivida no Chad e Sudão, em um conflito de fundo religioso que tem deslocado milhares de seres humanos. E, por fim, não há como deixar de mencionar a situação do Iraque, um país que vive uma situação tão dramática ou, ainda pior, do que uma guerra civil.

⁷ O asilo diplomático é aquele prestado em legação diplomática e, portanto, a pessoa perseguida está, ainda, no território do país no qual sofre perseguição. Já o asilo territorial é aquele em que o perseguido abandona seu país de origem e encontra proteção em território estrangeiro.

⁸ A título de exemplo podemos citar o Tratado de Direito Penal de Montevideu, de 1889, a Convenção sobre Asilo Político de Montevideu, de 1933 e as duas Convenções de Caracas de 1954, uma relativa ao Direito de Asilo Territorial e outra ao Asilo Diplomático.

⁹ É importante citar que, dentro da estrutura do ACNUR, há um Comitê Executivo, criado em 1958, com a função de debater as questões relativas aos refugiados e, também, emitir Conclusões sobre os temas discutidos que funcionam como um guia da prática a ser seguida pelos Estados. Atualmente, o Comitê conta com mais de setenta Estados participantes.

¹⁰ Daqui por diante, Convenção de Genebra.

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

Assim sendo, passam a conviver em âmbito latino, dois sistemas de proteção dos perseguidos. O sistema universal que, aos poucos, propagava-se no continente, que protegia “refugiados”, e a já existente regulação regional que consagrava o termo “asilado”, profundamente ligado à perseguições com caráter político. Há, assim, na América Latina, uma interpretação de que asilo é a palavra para designar o sistema latino e, refúgio, é a manifestação jurídica proveniente da Convenção de Genebra. Por tais razões, criou-se, também, uma certa confusão material entre o âmbito de um e de outro, sem contar as dificuldades conceituas, motivo pelo qual diversos autores preferem tratar autonomamente e manter separados os dois institutos.¹¹

No entanto, nos parece que a opção pelo termo asilo é a mais adequada. Em primeiro lugar, nos limites deste trabalho, trata-se de imposição, pois a União Européia consagra a expressão direito de asilo, tanto nos debates relativos ao deslocamento forçado, como, também, nos próprios instrumentos jurídicos comunitários. Em segundo lugar, o termo utilizado pelas línguas inglesa e francesa é asilo – *asylum* e *asile*, respectivamente – o que possibilita uma maior unidade conceitual.¹² Em terceiro lugar, o sistema de asilo latino-americano é um sistema que tende a cair no ostracismo e, portanto, designar como refúgio o sistema universal e asilo o sistema latino é retirar, de certa forma, o impacto e alcance da

¹¹ Citamos entre outros, Manuel Vieira, para quem o Asilo Político, representa a modalidade de Asilo Diplomático, enquanto o Refúgio representa a modalidade territorial. VIEIRA, *Derecho de...* Guido Soares, também se utiliza o termo asilo para as regulações latino-americanas, enquanto utiliza-se do termo refúgio, para a proteção nos moldes da Convenção de Genebra. (SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2004). José Fischel de Andrade, afirma que o refúgio é instituto “internacional global”, enquanto o asilo representa a vertente latino-americana. FISCHEL DE ANDRADE, *Direito internacional...* No mesmo sentido, Heber Arbuét-Vignali utiliza o termo asilo diplomático e asilo territorial para vertente latina, também presente no Haiti, e refúgio para o sistema universal. (ARBUET-VIGNALLI, Heber. *Asilo y refugio: concepto, naturaleza y vínculos con la soberanía*. In: ARBUET-VIGNALLI, Heber; URIOSTE BRAGA, Fernando. FERNÁNDEZ LUZURIAGA, Wilson; PASTORINO, Ana María. *Estudios sobre los institutos de asilo y refugio*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 49.

¹² O conceituado Black’s Law Dictionary, sequer compila o verbete *refuge* ou *refugee*, atendo-se somente ao termo *asylum*, que define como “1.A sanctuary or shelter. 2. protection of usu. Political refugees from arrest by a foreign jurisdiction [...]”. (ASYLUM. In: BLACK’S law dictionary. 2 nd. St. Paul: West Group, 2001, p. 49-50.

Convenção de Genebra.¹³ E, por fim, e mais importante, não se pode afirmar que alguém que esteja sofrendo perseguição almeje ser “reconhecido como refugiado”. O que a pessoa busca é a proteção do asilo. O reconhecimento da condição de refugiado é, sim, um meio que pode conduzir ao asilo, que é o fim do pedido de proteção internacional.¹⁴

Outro ponto que merece algum esclarecimento é a expressão “solicitantes de asilo”. Ao nos utilizarmos da referida expressão, estaremos, nesse trabalho, mencionando tanto pessoas que buscam asilo, segundo a definição de refugiado da Convenção de Genebra, como, da mesma maneira, pessoas que podem receber proteção internacional através de outros estatutos jurídicos que reconhecem a necessidade de proteção.

Via de consequência, utilizaremos, em princípio, o termo “refugiado” em sentido *lato*, designando, também, outras pessoas com necessidade de amparo internacional, ainda que não enfeixadas nos limites da definição genebrina. No entanto, sempre que necessário ao melhor entendimento da problemática, faremos as necessárias distinções.

A outra face da aparente confusão asilo/refúgio localiza-se na própria estrutura do sistema internacional de proteção dos refugiados e origina-se, basicamente, da recusa estatal em reconhecer o direito de asilo como um direito subjetivo.¹⁵ Há, sim, um direito reconhecido de buscar asilo no exterior, mas, por outro lado, não há a contrapartida da obrigação estatal em conceder asilo, isto é, garantir uma autorização de residência/permanência.

A Convenção de Genebra, por suas limitações materiais, somente impede devoluções e rechaços dirigidos ao país que ameaça o refugiado com perseguições, mas, de outra forma, não garante o direito subjetivo ao asilo, entendido este como “o direito de permanecer no Estado hospedeiro”. Embora essa realidade jurídica, a prática amplamente admitida ao longo

¹³ Conforme SAN JUAN, Cesar Walter; MANLY, Mark. El asilo y la protección internacional de los refugiados en America Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. In: ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en américa latina*. San José, C. R.: Editorama, 2004, p. 69.

¹⁴ Vanessa Oliveira Batista, ao realizar estudo sobre o direito de asilo da União Européia, preferiu, da mesma maneira, manter a expressão “direito de asilo”. (BATISTA, Vanessa Oliveira. *União européia: livre circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998).

¹⁵ Segundo De Plácido e Silva direito subjetivo é “o *poder de ação* assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de *bens* materiais ou imateriais, do qual decorre a *faculdade de exigir* a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da obrigação, a que outrem esteja sujeito”.

dos anos após o surgimento da Convenção de Genebra é a de, uma vez reconhecida a condição de refugiado, permitir-se a estada, ou seja, conceder asilo. A estada continuada no país de asilo foi, sempre, uma das soluções preferenciais para o problema dos refugiados. Sob a denominação de “integração local”, constituiu-se, durante algumas décadas, no mais importante meio de possibilitar uma vida com caráter de normalidade aos refugiados. Em outros casos, a solução encontrada era o “reassentamento” em terceiro país, sempre que o Estado confrontado com a chegada dos refugiados não desejava ou podia fazer frente ao problema. A terceira solução de caráter duradouro para o problema dos refugiados é o retorno ao país de origem, hoje, aquela que, em teoria, melhor atende aos interesses e desejos dos países hospedeiros.

Como é facilmente percebível, toda questão que diz respeito aos refugiados envolve, de certa forma, um conflito entre direitos e interesses dos Estados e, de outro lado, as necessidades de proteção do ser humano. A própria conformação do direito internacional dos refugiados, por sua peculiar característica intrusiva, favorece esse aparente conflito. É um direito que nasce internacional e, à parte dos debates entre monismo e dualismo, protege estrangeiros **dentro** do território do Estado hospedeiro. Por essa razão, o direito de asilo é o instituto de direito internacional em que é mais facilmente visualizável a interação entre o próprio direito internacional e o direito interno.

Contudo, em tempos de globalização e criação de mercados comuns, surgem novos desafios e a realidade da proteção internacional dos refugiados recebe novos influxos, nem todos alvissareiros. Nosso objetivo, no presente trabalho, é realizar uma análise do direito de asilo em face da implementação de um espaço comum integrado. Para tanto, voltamos nossos olhos para o modelo mais bem acabado de integração hoje existente - a União Européia - que, em qualquer análise exsurge como paradigma¹⁶ único e, nos termos que pretendemos plantear nosso estudo não resta, em verdade, outro objeto a ser estudado. Mesmo assim, nos anima, também, outro aspecto. Acreditamos que a União Européia represente o primeiro passo de uma tendência, quase irreversível, de paulatina transformação do Estado-Nação westphaliano. Dessa forma, nos interessa saber até que ponto o direito de asilo é respeitado e modificado,

(SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualização Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 477).

¹⁶ Em toda questão envolvendo “paradigmas”, embora já seja lugar comum, é sempre importante citar a obra clássica de Thomas Kuhn relativa ao desenvolvimento e superação de paradigmas. (KUHN, Thomas S. *A*

seja para o bem, seja para o mal, nessa transformação que se opera na conformação do mundo atual.¹⁷

Voltando no tempo, encontraremos, na própria situação calamitosa vivida pela Europa, ao final da Segunda Guerra, o vetor que permite que rivalidades seculares sejam postas de lado. Surge, assim, em 1951, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA). Subseqüentemente, em 1957, despontam, conjuntamente, a Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM) e a Comunidade Econômica Européia (CEE).¹⁸ Concomitantemente a esse processo de integração de cariz e essência, nitidamente econômica, desenvolveu-se uma grande concertação, de caráter político, que possibilitou a criação do Conselho da Europa, com fins de preservar a democracia e a proteção dos direitos humanos, além de dotar a Europa de uma maior unidade em questões de política externa.¹⁹ Fruto do trabalho do Conselho da Europa é a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950.²⁰ Nas questões relativas ao direito de asilo na Europa, foi, e ainda é essa Convenção, a responsável por propiciar importantes meios de proteção aos refugiados.²¹

O ponto que nos interessa destacar nessa breve análise é a previsão normativa, no Tratado da Comunidade Econômica Européia, da livre circulação dos agentes laborais, processo, aliás, desenvolvido ao longo de seguidos decênios.

estrutura das revoluções científicas. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1987).

¹⁷ Nossa proposta original de estudo era mais abrangente. Pretendíamos realizar análise comparativa entre o trato do direito de asilo na União Européia e uma possível harmonização legislativa no Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. No entanto, a referida análise mostrou-se infrutífera, pois, as experiências e realidades do bloco americano são, em tudo, tão díspares da já consolidada integração européia que o objeto principal do estudo – o direito de asilo - acabava ficando em plano secundário. Além disso, dificuldades bibliográficas e os estreitos limites de uma dissertação de mestrado impediam a profundidade e rigor que o estudo mereceria.

¹⁸ Os três projetos envolveram, inicialmente, França, Alemanha, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Itália.

¹⁹ Criado em 1949, nasceu como um importante foro político da Europa Ocidental e expandiu seu escopo até criar-se uma grande estrutura que envolve hoje diversos órgãos, inclusive um Parlamento e, muito especialmente, a Corte Européia de Direitos Humanos.

Para mais informações sobre o Conselho da Europa, ver, TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Union Europea*, 5. ed. Madrid: Alianza, 2002, p.43-48.

²⁰ Daqui por diante, Convenção Européia dos Direitos Humanos.

²¹ Para essa análise ver, BATISTA, *União...*, p. 103-132.

Somente após a consolidação da livre circulação de trabalhadores²², a experiência de integração europeia avança para um estágio superior - a livre circulação de pessoas, desvinculadas, portanto, de qualquer conotação de ordem econômica.²³ Esse processo, entretanto, não se deu de imediato. Em razão das dificuldades para avançar no meio comunitário, alguns Estados reuniram-se em um projeto intergovernamental que veio a possibilitar a supressão das fronteiras interiores. Surgiu, assim, em 1985, o Acordo de Schengen²⁴, reunindo, inicialmente, os países do Benelux – Bélgica, Holanda e Luxemburgo – mais os gigantes França e Alemanha.²⁵ Basicamente, o Acordo de Schengen prevê como medidas essenciais a transferência dos controles antes realizados nas fronteiras comuns para, as assim denominadas, “fronteiras externas” do espaço integrado, deixando de existir, portanto, as “fronteiras internas”. Com o fito de implementar este “espaço sem fronteiras interiores” necessário fez-se criar uma Convenção que regulamentasse, de forma mais pormenorizada, os ditames de Schengen e, com efeito, surge a Convenção de Aplicação de Schengen, firmada em 14 de Junho de 1990.²⁶

Tendo em vista que os controles fiscais, aduaneiros e policiais nas fronteiras internas são extremamente simplificados e descontinuados, há uma preocupação em relação à criminalidade, tanto nacional como também internacional, sem deixar de mencionar a imigração irregular, percebida como uma ameaça a estabilidade europeia. Qualquer pessoa, uma vez que adentre o espaço integrado, pode circular livremente. Como bem define Luís

²² A livre circulação dos fatores de produção é característica inerente e necessária à existência de um mercado comum. Assim, bens, serviços, capitais e trabalhadores devem poder circular livremente dentro do mercado integrado. Em relação aos trabalhadores, o “estabelecimento da livre circulação determina não apenas a abolição de todas as barreiras propriamente ditas fundadas na nacionalidade, mas uma verdadeira condição de igualdade de direitos com os nacionais, em todos os países membros do mercado comum”. FARIA, José Ângelo Estrella. *O Mercosul: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Subsecretaria geral de assuntos de integração, econômicos e comércio exterior. Núcleo de assessoramento técnico, 1993, p. 41).

²³ Para essa análise ver, JAEGER JUNIOR. Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000.

²⁴ Acordo entre os Governos dos Estados da União Econômica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controles nas fronteiras comuns, de 14 de Junho de 1985. *JO*, n. L 239, 22 set. 2000. Daqui por diante, Acordo de Schengen.

²⁵ Posteriormente, aderiram Itália, Portugal e Espanha, Grécia, Áustria, Dinamarca, Finlândia e Suécia. Todos os novos Estados-Membros que aderem posteriormente integram-se, gradualmente, à normativa Schengen. Há, hoje, também, a participação de três Estados que não são membros da União Europeia, Islândia, Noruega e Suíça.

²⁶ Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Econômica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controles ns fronteiras comuns. *JO*, n. L239, 22 set. 2000. Daqui por diante, Convenção de Aplicação de Schengen. Hoje, entretanto, a Convenção de Aplicação de Schengen, foi, em parte, substituída pelo Regulamento 562/2006. Regulamento 2006/562, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março

Pais Antunes, “Falar de segurança interna no espaço comunitário é falar das condições de circulação de pessoas e bens. A questão da segurança interna não é, na realidade, mais do que a face oculta da livre circulação de pessoas”.²⁷

Foi exatamente nesse contexto relativo à criminalidade e ao combate à imigração irregular que a Convenção de Aplicação de Schengen reservou algumas normas relativas aos refugiados, destinadas, exclusivamente, a determinar qual dos contratantes deveria encarregar-se de examinar uma determinada petição de asilo. Contudo, a dinâmica Schengen não foi incorporada à União Européia quando do seu surgimento em 1992, no Tratado de Maastricht.²⁸ Somente com a primeira grande revisão, realizada através do Tratado de Amsterdam²⁹, é transposta a experiência intergovernamental para o seio da União Européia a integrando plenamente ao meio comunitário.

O Tratado de Amsterdam é, também, responsável por importantes mudanças relacionadas ao direito de asilo no espaço sub-regional europeu. Assim, sob o ambicioso e algo vago objetivo de construção de um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, altera-se a dinâmica de relacionamento entre os Estados-Membros, especialmente, em questões de justiça e interior.

No referido Tratado de Amsterdam, importantes matérias deixam a esfera intergovernamental e adentram o procedimento comunitário.³⁰ Este procedimento de comunitarização³¹ cria um novo Título IV no Tratado da Comunidade Européia, relativo à

de 2006, que estabelece o Código Comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código de Fronteiras Schengen). *JO*, n. L 105, 14 abr. 2006.

²⁷ ANTUNES, Luís Pais. A liberdade de circulação e a segurança interna. In: VASCONCELOS, Alvaro de (Coord.). *Portugal no centro da Europa: propostas para uma reforma democrática do Tratado da União Européia*. Lisboa: Quetzal, 1995, p.108.

²⁸ Tratado da União Européia. *JO*, n. C191, 20 jul. 1992.

²⁹ Vigora somente a partir de 1º de Maio de 1999. Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Européia, os Tratados que instituem as Comunidades Européias e alguns actos relativos a esses tratados. *JO*, n. C 340, 10 nov. 1997.

³⁰ Anteriormente, sob a égide do tratado criador da União Européia criou-se um modelo híbrido, combinando procedimentos intergovernamentais com técnicas de supranacionalidade (nesta última há uma entrega de competências à entidade União Européia). Para sustentar essa estrutura inovadora, utilizou-se do expediente de dividir as competências em três pilares, sendo o primeiro o supranacional, no qual estão alocadas as três clássicas Comunidades – Comunidade Européia do Carvão e do Aço, Comunidade Européia de Energia Atômica e Comunidade Européia. O segundo pilar corresponde às matérias referentes à Política Exterior e de Segurança Comum – PESC – e, por fim, o terceiro pilar engloba toda a área de Cooperação em Assuntos Internos e Justiça. Estes dois últimos pilares utilizam, ainda hoje, a clássica sistemática de cooperação do direito internacional público.

³¹ Com a comunitarização permite-se a utilização de um método hierárquico (e não de coordenação) de proposição e decisão das matérias que interessam à União Européia.

vistos, asilo e imigração. A passagem destes conteúdos para o primeiro pilar é uma reivindicação desde a criação da União e, certamente, é um imperativo para o aprofundamento e melhor funcionamento da livre circulação de pessoas, uma das mais sensíveis áreas da integração. Ao submeter tais conteúdos à disciplina comunitária, busca-se eliminar as disparidades e diferenças acentuadas anteriormente existentes entre os Estados-Membros, dado que, através dos procedimentos comunitários é, em grande medida, possível, realizar a harmonização das legislações e dos procedimentos administrativos, pois, os interesses, muitas vezes, conflitantes dos Estados-Membros, devem encontrar um denominador comum no foro comunitário.

Entretanto, essa comunitarização foi bastante limitada. Existiu, inicialmente, um período transitório, finalizado somente em 1º de maio de 2004. Nessa fase inicial, os procedimentos eram, ainda, amplamente intergovernamentais, com votação unânime no Conselho da União Européia³² e divisão de iniciativa entre Comissão Européia³³ e os Estados-Membros, além de uma inexpressiva participação do Parlamento Europeu.³⁴ Essa peculiaridade sistêmica tornou os procedimentos bastante complexos e, inclusive, sujeitos a reducionismos que retiraram parte da força almejada com a comunitarização dos antigos conteúdos do terceiro pilar, o que levou a criar-se o pejorativo rótulo de “gueto do primeiro pilar”.³⁵

Nessa primeira fase deveria ser criada uma legislação de base, classificada de “normas mínimas” para, então, numa segunda fase, ser completado o processo e alcançada uma total

³² O Conselho da União Européia é formado por representantes dos Estados-Membros. É o órgão de decisão e coordenação de todas as grandes políticas e normas da União Européia. Participam dos trabalhos do Conselho os Ministros dos Estados-Membros da respectiva pasta que está sendo objeto de discussão e votação. Há um critério de ponderação de votos que atribui o peso respectivo de cada Estado-Membro nas votações. É importante destacar, também, que existe, ainda, o Conselho Europeu, que reúne, por sua vez, os representantes máximos de cada Estado-Membro, Chefe de Estado ou de Governo. Fornece orientações gerais ao processo de integração e pode ser definido como o grande condutor político da União Européia.

³³ A Comissão Européia é o mais técnico dos órgãos da União Européia. Seus membros, atualmente, 27, um por Estado-Membro, são pessoas reconhecidas pelo grande conhecimento técnico que possuem. Atuam independentemente dos Estados-Membros e buscam zelar pelo processo de integração, razão pela qual a Comissão é chamada de “guardiã dos tratados”. Uma das mais importantes funções da Comissão é iniciar o processo legislativo, discutindo e criando propostas que são enviados depois ao Conselho da União Européia e ao Parlamento Europeu.

³⁴ O Parlamento Europeu é o órgão político-representativo da União Européia. Há um critério de ponderação indicando o número de deputados eleitos por cada Estado-Membro. Participa do processo legislativo, em conjunto com a Comissão e com o Conselho da União Européia, além de exercer outras importantes funções, como a de controle orçamentário.

³⁵ Para mais informações ver, GEDDES, Andrew. Asylum in Europe: states, the European Union and the international system. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 dez. 2005.

harmonização dos conteúdos e procedimentos. No entanto, em razão dos procedimentos utilizados, de cunho interestatal, as disposições normativas criadas são a expressão do “mínimo denominador comum”, dado que é necessário atingir o consenso e contentar interesses estatais díspares, rebaixando as questões de proteção internacional a um nível secundário.³⁶

Uma das mais solicitadas modificações da estrutura da União Européia e que se efetivou com a revisão de Amsterdam é a atribuição de competência para o Tribunal de Justiça das Comunidades³⁷ nas questões reflexas à livre circulação, especialmente naquelas não relacionadas à nacionais dos Estados-Membros, como asilo, imigração e deslocamento na Comunidade.³⁸ Assim, ao permitir que o Tribunal comunitário pronuncie-se sobre tais temas, amplia-se a legitimidade da atuação dos próprios Estados-Membros, propiciando uniformização da interpretação e aplicação do direito comunitário, que, ao menos em teoria, está respaldado pela legislação internacional referente ao tema da proteção internacional e da valorização do ser humano.³⁹ Além disso, há um outro aspecto a ser ressaltado. Ao atribuir competência para o Tribunal de Justiça da Comunidade está se permitindo que, pela primeira vez, um tribunal, de características internacionais, pronuncie-se sobre o direito dos refugiados.⁴⁰

³⁶ Nessa fase, seguindo o disposto no artigo 63 do Tratado da Comunidade Européia, foi desenvolvida legislação comunitária – “normas mínimas” – referentes à acolhimento dos refugiados, concessão e retirada do *status* de refugiado, normas mínimas para aceder ao *status* de refugiado ou de Proteção Subsidiária, além de normas sobre a Proteção Temporária. No mesmo período transitório, foi gerada, também, através do mesmo procedimento quase intergovernamental, legislação relativa à determinação do Estado responsável pelo exame de um pedido de asilo.

³⁷ É o órgão jurisdicional, por excelência, do processo de integração europeu. É composto por um magistrado de cada um dos Estados-Membros de reconhecido saber jurídico. Garante a uniformidade da aplicação do direito comunitário. O funcionamento do Tribunal de Justiça apóia-se em diversas formas de controle dos atos jurisdicionais e administrativos da Comunidade e funciona, em certo aspecto, nos moldes de uma corte constitucional, pois, garante o cumprimento das normas dos Tratados. Seu papel na construção do direito comunitário é imenso, pois, foi ele que em muitas ocasiões permitiu o avanço do processo de integração através da construção de uma jurisprudência acorde com os objetivos da Comunidade Européia. Existe, também, um Tribunal de Primeira Instância, que examina questões de desenrolar mais complexo, normalmente envolvendo pessoas físicas e jurídicas, deixando as grandes questões de fundo jurídico para serem analisadas pelo Tribunal de Justiça da Comunidade.

³⁸ Conforme Vanessa O. Batista, fazendo referência ao original tratado da União Européia, “Talvez o maior problema da política de asilo hoje na União Européia seja seu afastamento do marco comunitário, o que, conseqüentemente, a coloca fora da alçada do TJCE”. (BATISTA, *União...*, p. 221).

³⁹ Cabe lembrar que o artigo 6º(1) do Tratado da União Européia determina que “A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros”.

⁴⁰ GILBERT, Geoff. Is Europe living up to its obligations to refugees? *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, 2004. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol15/N05/5.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2004, p. 983. É importante frisar que a Corte Internacional de Justiça se pronunciou sobre o asilo diplomático no célebre caso “Haia de La Torre”, mas, como se tratava de uma questão referente ao asilo diplomático latino-americano, e com problemática mais voltada à formação do costume internacional, não permitiu o exame mais amplo das questões relativas ao regime internacional de proteção dos refugiados. Além disso, o próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça é impeditivo do acesso dos indivíduos à este foro. Em relação à

Em que pese que o Tribunal de Justiça tenha recebido esta competência, não se pode olvidar que a mesma é sujeita a significativas limitações. Assim, resta bastante prejudicada a interação entre normativa internacional, comunitária e direito interno, que deveria dar-se através da relação entre cortes nacionais e o Tribunal de Justiça, com base na aplicação do reenvio prejudicial.⁴¹

A sistemática do reenvio prejudicial foi, entretanto, bastante mitigada no Título IV do Tratado da Comunidade Européia, o que retirou grande parte de sua eficácia. Para haver pronunciamento do Tribunal de Justiça nas áreas do Título IV, deve a questão estar submetida a órgão jurisdicional que não mais comporte recurso de sua decisão, o que permite considerar que serão apenas as cortes superiores nacionais a realizarem tal procedimento.⁴² De qualquer forma, este reenvio não possui, em si, caráter obrigatório, sendo mais uma faculdade colocada à disposição das cortes que apenas se entenderem necessário um pronunciamento do Tribunal de Justiça recorrem ao mesmo. Essa ampla discricionariedade pode conduzir, no futuro, a uma falta de uniformização da aplicação do direito comunitário.

Algumas outras variantes que envolvem o Título IV merecem ser mencionadas, uma vez que seus reflexos fazem notar-se na dinâmica das questões referentes ao asilo. Continuando uma tendência que surgiu em Maastricht, no nascimento da União Européia, Dinamarca, Reino Unido e Irlanda têm posições diferenciadas em relação aos demais países

Convenção de Genebra, existe previsão de envio à Corte Internacional de Justiça de questões relativas à aplicação ou interpretação da mesma. Contudo, tal previsão é dotada de pouca eficácia, pois, somente um Estado-Parte poderia demandar outro Estado, também parte da Convenção de Genebra, caso surgisse alguma discordância, nos termos do artigo 38, intitulado “Solução de dissídios” cujo conteúdo determina que “Qualquer controvérsia entre as Partes nesta Convenção relativa à sua interpretação ou à sua aplicação, que não possa ser resolvida por outros meios, será submetida à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia”.

⁴¹ O procedimento de reenvio prejudicial permite a cooperação entre cortes locais e o Tribunal de Justiça. Dessa forma, sempre que o juiz nacional confrontar-se com decisão que envolva, direta ou indiretamente, direito comunitário e surja alguma dúvida sobre a interpretação ou mesmo sobre a validade desta norma, o processo será suspenso enquanto o Tribunal de Justiça faz o exame do caso, avaliando a validade da norma ou fixando sua interpretação. Após o pronunciamento pelo Tribunal de Justiça, feito através de um acórdão, a corte local pode, então, verificar a compatibilidade da norma de direito interno com o direito comunitário e caso exista colisão deve prevalecer a norma comunitária. Se o Tribunal entender que a norma é inválida, tal decisão possui eficácia *inter partes*, podendo seus efeitos, entretanto, se estenderem à casos semelhantes. Em qualquer dos casos, a corte local está sempre vinculada pela decisão proferida pelo Tribunal de Justiça. Conforme artigo 234 do Tratado da Comunidade Européia.

⁴² Isso propicia um perigoso afastamento das decisões relativas aos refugiados, quase sempre tomadas por órgão de cunho administrativo e, muitas vezes, sem possibilidade de recurso ao poder judiciário, o que pode tornar, para dizer o menos, inócuo, o procedimento do artigo 68 do Tratado da Comunidade Européia que faz remissão ao reenvio prejudicial.

da União Européia.⁴³ Dessa maneira, perpetua-se a “geometria variável”⁴⁴ em que os citados Estados-Membros estão excluídos de alguns procedimentos e obrigações, ainda que possam, posteriormente, implementar tais medidas, se assim o desejarem, com exceção da Dinamarca, que possui um mecanismo de vinculação de caráter intergovernamental.⁴⁵

A não participação destes Estados-Membros reduz, sensivelmente, o âmbito de aplicação da normativa do Título IV, o que, certamente, influi no grau de harmonização almejado com a política comum de asilo. Esses Estados, ao negarem sua participação, modificam o quociente de votos no Conselho da União Européia, desobrigam-se de assumir encargos financeiros e administrativos, além de não estarem vinculados a nenhuma interpretação feita pelo Tribunal de Justiça. Como existe, ainda, a possibilidade de participação posterior na normativa fragiliza-se a legislação proposta pela Comissão, tendo em vista que a anuência em relação à participação fica condicionada a fatores internos de cada país, numa espécie de negociação entre os “de fora” e os Estados plenamente integrados no processo de harmonização legislativa. Assim, não sem razão, é utilizada a expressão pejorativa “*Europa à la carte*”, pois conveniências locais vão determinar o *opt-in* destes Estados ou, alternativamente, perpetuarem seu distanciamento.

Para além destas já apontadas discrepâncias, deve-se acrescentar, como fator relevante, a incorporação à União Européia da normativa Schengen, nominada de *acquis* ou acervo

⁴³ Artigo 69 do Tratado da Comunidade Européia: “O presente título é aplicável sob reserva do disposto no Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda e no Protocolo relativo à posição da Dinamarca e sem prejuízo do Protocolo relativo à aplicação de certos aspectos do art. 14º do Tratado que institui a Comunidade Européia ao Reino Unido e Irlanda”.

⁴⁴ Como mencionado, a “geometria variável” nasceu da necessidade de encontrar um consenso que permitisse que Reino Unido, Irlanda e Dinamarca se integrassem à União Européia, mesmo que não participassem em algumas áreas, tais como, moeda única e política social em relação ao Reino Unido. É importante, no entanto, diferenciar a “geometria variável” da chamada “Europa à duas velocidades”. Esta última permite que alguns Estados, ainda que mantenham as mesmas obrigações e objetivos dos demais, avancem conforme suas possibilidades no processo de integração e é técnica utilizada, costumeiramente, nos procedimentos de adesão de novos membros. Tendo em visto o Tratado de Amsterdam e a opção destes países de não participarem do Título IV, surgem dois protocolos, um referente ao Reino Unido e Irlanda e outro dirigido à posição da Dinamarca e, ainda, um terceiro protocolo, que derroga as obrigações relativas à criação do mercado interno, este último, cobrindo apenas Reino Unido e Irlanda.

⁴⁵ A “geometria variável” funciona da seguinte maneira: Reino Unido e Irlanda, que possuem uma “*Common Travel Area*”, não participam do Título IV. Entretanto, têm a faculdade de comunicar ao Conselho que vão participar da adoção da medida, ou seja, da fase de deliberação que leva à aprovação da proposta feita pela Comissão, ou Estado-Membro no período transitório. Possuem, também, a faculdade de, após uma medida ter já sido aprovada pelo Conselho, comunicar que desejam implementar tal normativa. Cabe dizer, também, que a Irlanda tem liberdade de ação em relação ao Reino Unido e pode, se assim o desejar, notificar o Conselho que participará da medida, derrogando as disposições do Protocolo. Quanto à Dinamarca, não participa das deliberações para adoção de medidas no Título IV e não tem mecanismo de *opt-in* para este título. Como já participava, desde Maastricht, nas questões relativas ao visto, continua a cooperar nesta área.

Schengen, realizada através de um Protocolo adicional conjunto ao Tratado de Amsterdam. Esta incorporação preserva, também, a relação assimétrica entre os Estados-Membros, dando continuidade aos procedimentos de auto-exclusão, ainda que sob uma base legal própria. Deste modo, Reino Unido e Irlanda não estão obrigados, pela normativa Schengen, mas contam com mecanismo de *opt-in*, caso desejem aderir à norma, até como forma de evitarem um completo distanciamento do desenvolvimento da Comunidade. Quanto à Dinamarca, já participava dos mecanismos Schengen anteriores à incorporação em Amsterdam e possui, também, mecanismo de *opt-in* que permite participar de uma determinada legislação a ser criada.⁴⁶ Vale ressaltar, ainda, que a incorporação da normativa Schengen exigiu que cada norma fosse transplantada para seu hábitat próprio, passando, então, algumas para a disciplina comunitária - no Título IV - e, outras, para o terceiro pilar, de cunho intergovernamental, presente no Título VI do Tratado da União Européia.

Para finalizar essa breve introdução referente ao direito de asilo na União Européia, devemos dirigir algumas palavras relativas ao processo de alargamento. Em 2004, juntam-se aos quinze membros originais⁴⁷ outros dez países, expandindo bastante a fronteira comunitária.⁴⁸ Finalmente, em 2007, Romênia e Bulgária passam a integrar o bloco. Estas adesões trazem algumas importantes conseqüências em relação ao direito de asilo, especialmente porque estes novos membros são, em grande parte, oriundos do antigo leste comunista europeu e, portanto, possuem uma menor experiência democrática. Tais países, ao incorporarem-se à União Européia, tornaram-se partes da Convenção de Genebra e implementaram, também, normas relativas ao direito de asilo, dado que não possuíam, em sua maioria, procedimentos e rotinas administrativas dirigidas aos refugiados.⁴⁹

⁴⁶ A Dinamarca, no prazo de seis meses após a adoção de uma medida de desenvolvimento do *acquis*, decide se a implementa. Em caso afirmativo, passa a estar obrigada, como mecanismo de direito internacional, e não como obrigação de direito comunitário, conforme o artigo 5º do Protocolo relativo à sua posição.

⁴⁷ Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, são os membros fundadores. Depois, em 1972, aderem Inglaterra, Dinamarca e Irlanda. Em 1979, a Grécia adere isoladamente. Já em 1985, os dois países ibéricos, Portugal e Espanha, tornam-se membros e, finalmente, Áustria, Finlândia e Suécia assinam sua adesão em 1994.

⁴⁸ Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Lituânia, Letônia, Polônia, República Checa, Chipre e Malta.

⁴⁹ Os novos membros deveriam implementar as seguintes medidas para poderem aceder à União Européia: primeiramente, aderir à Convenção de Genebra. Em segundo lugar, participar dos mecanismos de determinação do Estado responsável pelo exame do pedido de asilo e, por fim, dar execução a outras medidas que já estavam sendo utilizados pelos membros originais, como forma de principiar a harmonização legislativa. (BYRNE, Rosemary; NOLL, Gregor; VEDSTED-HANSEN, Jens. Understanding refugee law in an enlarged European Union. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 mar. 2005, p. 368).

Contudo, essa transposição do *acquis* comunitário feita de forma automática e sem respeitar a realidade jurídica e social desses novos Estados-Membros é um tanto quanto problemática. As normas relativas ao direito de asilo criadas na experiência de integração europeia, são, na sua totalidade, oriundas do processo de restrição à entrada de solicitantes de asilo e, também, do estreitamento dos canais de proteção nos países da Europa Ocidental. Com efeito, durante as duas últimas décadas do século XX, aumenta o número de solicitantes de asilo que chegam de forma espontânea ao solo europeu, justamente em um tempo de dificuldades econômicas e diminuição do número de empregos, o que torna ameaçadora a chegada de qualquer estrangeiro.

Conjuntamente à chegada dos solicitantes de asilo, afluem, em grande escala, pessoas com outras motivações que não a de proteção internacional, os denominados “migrantes econômicos”. O fechamento dos canais legais de entrada, seja com a drástica redução dos programas de reassentamento de refugiados, como, também, com o fim dos programas de recrutamento de trabalhadores, leva ambos os grupos, refugiados e migrantes econômicos, a baterem as portas dos sistemas de asilo dos países europeus. E, embora as motivações sejam diferentes, cria-se a percepção unívoca de que o sistema de asilo é apenas um meio utilizado para adentrar, de forma lícita, no território europeu.⁵⁰

Há um grande número de pedidos de asilo feito por migrantes econômicos que, por óbvio, são negados, o que, a seu tempo, justifica o discurso político de que há um “abuso” do sistema de asilo. Assim, normas criadas em meio a essa tensa situação foram levadas aos novos Estados-Membros da União Europeia. Ao darem execução a essas disposições normativas estão, automaticamente, tornando-se tão restritivos em relação ao asilo quanto seus pares do ocidente. Com um agravante, seus mecanismos de salvaguarda jurídica são, na maior parte dos casos, insuficientes para lidar satisfatoriamente com o problema dos refugiados.⁵¹

⁵⁰ Segundo o informe da Comissão Mundial sobre as Migrações Internacionais, a relação entre asilo e imigração envolve quatro fatores: 1. refugiados chegam ao país de asilo juntamente com outros migrantes; 2. muitos solicitantes utilizam-se do ingresso irregular, pois, não encontram outra maneira para adentrar o país; 3. muitos migrantes se utilizam do sistema de asilo como forma de adentrar e permanecer no país de destino; 4. os migrantes, durante sua jornada, podem ter seus direitos violados e carecerem, assim, de proteção, ainda que não sejam refugiados. (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE AS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS. *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*. Informe de la Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales. 2004. Disponível em: <<http://www.gcim.org/mm/File/Spanish.pdf>> Acesso em: 23 abr. 2006, p. 43).

⁵¹ BYRNE, Rosemary. Harmonization and burden redistribution in the two Europe's. *Journal of Refugee Studies*, v. 16, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 9 ago. 2005, p. 346.

Feitas essas observações, é tempo de apresentarmos a sistemática do estudo que ora desenvolvemos.⁵² Optamos, em primeiro lugar, por dividir o trabalho em duas partes, cada uma delas com dois Capítulos, acrescidos das Seções e parágrafos que subdividem cada um dos mesmos.

Na Primeira Parte, analisaremos como se dá a entrada dos solicitantes de asilo no espaço integrado europeu e, quando tal fato efetiva-se, a quem cabe a responsabilidade pela análise de um pedido de asilo. O primeiro Capítulo aborda o princípio do *non-refoulement*, uma das bases da proteção internacional dos refugiados, em sua relação com o direito comunitário europeu, tanto na sua faceta interna e territorial (Seção I) como, também, na sua interface com as medidas relativas à não-entrada (*non-entrée*) de estrangeiros no espaço integrado, notadamente, através da imposição de uma severa política de emissão de vistos de entrada (Seção II). O segundo Capítulo, por sua vez, trata de determinar a responsabilidade pelo exame de um pedido de proteção internacional, inicialmente, em relação aos Estados-Membros da União Européia (Seção I) para, em seguida, complementar o quadro em tela através do exame da política de transferência de responsabilidades para Estados terceiros (Seção II).

Na Segunda Parte do trabalho, estudaremos a essência do direito de asilo, ou seja, quem é um refugiado (e, portanto, a quem será, por outro lado, negado esse *status*). Da mesma maneira, submeteremos à nossa crítica os meios procedimentais postos à disposição daqueles que almejam receber proteção internacional (Capítulo I). De tal modo, examinaremos, com especial cuidado, a segmentação dos estatutos de proteção internacional (Seção I) assim como o procedimento administrativo, de caráter fragmentário, utilizado para reconhecimento da necessidade de proteção internacional (Seção II). No Capítulo seguinte, teceremos considerações sobre as conseqüências que surgem de uma resposta positiva ao pedido de proteção internacional (Capítulo II). Serão objeto de nossa análise os direitos a que os deslocados têm direito em razão da normativa européia comunitária e em face das obrigações convencionais dos Estados-Membros (Seção I). Por fim, cuidaremos da delicada questão da

⁵² Em relação à metodologia, nos valem da obra de LEITE, Jorge de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Cabe aclarar que a legislação comunitária citada possui grafia lusitana, tendo em vista utilizarmos, via de regra, versão portuguesa dos instrumentos comunitários, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>. Salientamos, de outra forma, que as traduções realizadas são de nossa inteira responsabilidade.

cessação da proteção internacional, focalizando as dificuldades inerentes à implementação dessa medida (Seção II).

PARTE I – O ACESSO À PROTEÇÃO INTERNACIONAL NO ESPAÇO INTEGRADO

Uma vez que a perseguição e a ameaça à vida ou liberdade manifestam-se, poucas alternativas restam aos açoitados seres humanos. Em meio ao caos e ao medo, só uma solução aparenta ser viável: o refúgio em terras estrangeiras. No entanto, a condição de estrangeiro funciona, por si, como um pesado entrave a ser superado. Hannah ARENDT, na genialidade que caracteriza seus escritos, ao analisar a questão das minorias, explica o paradoxo do Estado-Nação, afirmando que:

Enquanto a consciência de nacionalidade é comparativamente recente, a estrutura do Estado é fruto da secular evolução da monarquia e do despotismo esclarecido. Fosse sob a forma de nova república ou de monarquia constitucional reformada, o Estado herdou como função suprema a proteção de todos os habitantes de seu território, independentemente de nacionalidade, e devia agir como instituição legal suprema. A tragédia do Estado-Nação surgiu quando a crescente consciência nacional do povo interferiu com essas funções. Em nome da vontade do povo, o Estado foi forçado a reconhecer como cidadãos somente os “nacionais”, a conceder completos direitos civis e políticos somente aqueles que pertenciam à comunidade nacional por direito de origem e fato de nascimento.⁵³

Precisamente em razão da dificuldade do refugiado ser recebido em solo alienígena, o direito de asilo, enquanto instituição jurídica, só se perfaz quando é possível alcançar a proteção internacional no seio de outro Estado. Assim, pretendemos, nessa Primeira Parte de nosso estudo, verificar os mecanismos que permitem o acesso ao direito de asilo. Para tanto, analisaremos o funcionamento do dever internacional de não devolver um refugiado para o país no qual há risco de perseguição, muito especialmente, em sua relação com a normativa europeia comunitária (Capítulo I). Estudaremos, em seguida, as condições segundo as quais é determinada a responsabilidade pelo exame de um pedido de asilo nos termos da legislação sub-regional europeia, confrontando-a com os deveres internacionais de proteção dos refugiados (Capítulo II).

⁵³ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 261.

CAPÍTULO I O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* NO ÂMBITO INTERNACIONAL E SUA REGULAÇÃO NA NORMATIVA COMUNITÁRIA EUROPEIA

Nosso objetivo é apreciar o dever de não-devolução em todas as suas faces. Para tanto, num primeiro momento, vamos nos ater à mecânica de funcionamento do princípio do *non-refoulement* uma vez que o refugiado já se encontre em território do Estado hospedeiro (Seção I). Logo após, o objeto de nossa análise recai sobre o tratamento dado aos refugiados quando esses estão, ainda, em território estrangeiro e buscam avidamente alcançar um Estado de asilo (Seção II).

Seção I – O *non-refoulement* e seus reflexos nos institutos jurídicos comunitários

Após a tragédia das duas guerras mundiais no século XX, era chegada a hora de uma tomada de consciência em relação às necessidades de proteção dos seres humanos, especialmente, no que diz respeito àqueles que se encontravam numa situação de extrema vulnerabilidade por não contarem com nenhuma tutela estatal: os, sempre sofridos, apátridas e refugiados.⁵⁴

Como na seara internacional não há uma obrigação de garantir o asilo aos perseguidos, torna-se necessário um temperamento a essa rígida realidade normativa. A maneira encontrada para atenuar esta discricionariedade estatal na concessão do asilo traduziu-se em afirmar uma regra que, se por um lado não tem o condão de obrigar o Estado a permitir a estada ou residência do refugiado, por outro, impede que o refugiado seja retornado para o país em que sofre ou em que poderia vir a sofrer perseguição.⁵⁵ Tal regra, hoje erigida em

⁵⁴ Afirma Eric Hobsbawn que em 1945 havia mais de 40.000.000 de pessoas deslocadas na Europa, sem contar os trabalhadores forçados utilizados pela Alemanha nazista. Havia, também, um grande número de alemães que fugiram temerosos do avanço soviético. Acrescenta, o mesmo autor, que a situação da Índia e do Paquistão e a criação do estado de Israel também produziram grandes levas de pessoas deslocadas nos anos seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial. (HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. 2. ed. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 58).

⁵⁵ Conforme Mark de Kock, salientando o caráter discricionário da concessão do asilo “A Convenção permanece respeitosa das prerrogativas dos Estados, ficando estes livres de receber ou não as pessoas que pedem asilo”.

princípio do direito internacional dos refugiados, é conhecida como princípio do *non-refoulement* ou da não-devolução.⁵⁶

Em breve digressão, podemos dizer que somente no século XX é que começa a constituir-se, em âmbito internacional, o instituto do *non-refoulement*. A primeira vez que aparece este instituto, em um instrumento jurídico de Direito internacional, é no ano de 1928, ainda que de forma incipiente e imperfeita, no Ajuste Relativo ao Estatuto Jurídico dos Refugiados Russos e Armênios.

Na expressão de José Fischel de Andrade tratava-se esta regulação do “embrião do princípio de *non-refoulement*” e recomendava, singelamente, que uma expulsão deveria ser suspensa ou não realizada se o refugiado não reunisse condições legais para adentrar o país para onde se daria a recondução.⁵⁷ Mais adiante, surge a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados, celebrada sob a égide da extinta Liga das Nações. No artigo 3º desta Convenção, encontra-se a obrigação de não repelir “em qualquer hipótese”, aqueles que, porventura, necessitem de proteção internacional.⁵⁸

Avançando no tempo, deparamo-nos, finalmente, com a Convenção de Genebra que inaugura, por assim dizer, uma nova era no trato da questão dos refugiados, por ser o primeiro instrumento relativo ao deslocamento forçado com alcance realmente universal. Naturalmente, uma norma relativa ao *non-refoulement* deveria constar da Convenção, sob pena desta ser apenas um instrumento declarativo. E, com efeito, tal norma, presente no artigo 33 da Convenção de Genebra, assim foi redigida:

(KOCK, Mark de. O direito de asilo em direito positivo belga. In: MANIFESTO de Bruxelas: asilo político e extradição. Guanabara: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, 1974, p. 128.

⁵⁶ A origem moderna deste princípio provavelmente se deve a uma correlação com os princípios da extradição, mais especificamente, com a recusa em autorizar a extradição de criminosos políticos. Apesar de o instituto de asilo ser anterior ao instituto da extradição, esta última se desenvolve mais profundamente no século XIX, muito especialmente, em razão do positivismo jurídico que renegava as bases “humanitárias” e religiosas do instituto do asilo na antiguidade, visto por muitos como mera forma de escapar à punição estatal. Como afirma Egídio Reale “*Dans le domaine de la science juridique, la question de l’asile commence à se poser, surtout à propos de de l’extradition*”. (REALE, Egídio. Le droit d’asile. *Recueil des Cours*, Hague, v. 63, 1938, p. 79. Em sentido semelhante, ver a análise de MORGENSTERN, Felice. The right of asylum. In: THE BRITISH year book of international law. London: Oxford University, 1949, p. 342-352. A reafirmação do direito de asilo no domínio da ciência jurídica encontra sua consolidação no século XX, tanto em nível regional, como é o caso da América Latina, como em âmbito universal através do multilateralismo pós-segunda guerra mundial.

⁵⁷ FISCHEL DE ANDRADE, *Direito...*, p. 54.

⁵⁸ Artigo 3º “Cada parte contratante [...] se compromete a, em qualquer hipótese, não recusar a admissão de refugiados na fronteira de seus países de origem”. (Ibidem, p. 77).

Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou sua liberdade seja ameaçada em virtude de sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.
2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

Esta norma passa a ser o centro da proteção internacional dos refugiados, e, como ressalta Guy Goodwin-Gill, é a “pedra fundamental” sobre a qual se erige todo o sistema de proteção dos refugiados.⁵⁹ Tal disposição impede qualquer remoção que possa colocar sob perigo de perseguição um refugiado, embora, por outro lado, não evite rechaços para qualquer outro país em que não exista ameaça ao refugiado.⁶⁰

Quanto ao seu escopo de abrangência, o preceito do artigo 33 menciona ameaças vinculadas à razões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, atrelando, portanto, o *non-refoulement*, com a definição de refugiado da Convenção de Genebra. Assim, esta é, em princípio, uma limitação *ratione personae* do *non-refoulement*.

O termo *non-refoulement* tem origem francesa⁶¹ e deriva esta expressão da prática gaulesa em relação a estrangeiros “indesejáveis”.⁶² O motivo da introdução de uma palavra

⁵⁹ GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*. 2. ed. New York: Claredon, 1996, p. 30.

⁶⁰ Como afirma Atle Grahl-Madsen o artigo 33 impede o envio para um país em que o refugiado possa sofrer perseguição, ainda que não para outro país que não seja aquele em que se funda o temor de perseguição. (GRAHL-MADSEN, Atle. *Territorial asylum*. Estocolmo: Almqvist, Wiksel International, 1980, p. 40).

⁶¹ A palavra *refoulement* (*action de refouler*) deriva de verbo *Refouler* (*fouler de nouveau; comprimer, faire entrer de force*). (REFOULEMENT. In: FARIA E SOUSA, Manuel; MAGALHÃES, Calvet de. *Dicionário trilingue*. Lisboa: Confluência, [s.d.], p. 2773. Na versão portuguesa, dicionário de Domingos de Azevedo, *refouler* é traduzido como “apisoar de novo, calcar ou pisar novamente. Fazer refluir, retrogradar. Rechaçar, repelir, fazer recuar o inimigo”. Já a palavra *refoulement*, neste mesmo dicionário, traduz-se como “refluxo, retrocesso das águas. Ação de repelir, de fazer retrogradar”. (REFOULER/REFOULEMENT. In: AZEVEDO, Domingos de. *Grande dicionário francês-português*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1952, p. 1230).

⁶² Nas décadas de vinte e trinta do século XX autoridades administrativas “conduziam” até a fronteira qualquer estrangeiro obrigado a abandonar o território francês. Esse afastamento dirigia-se tanto para os residentes legais como também para os irregulares. GRAHL-MADSEN, Atle. *Commentary on the refugee convention 1951*. New York: United Nations High Commissioner for Refugees. 1997. Disponível em: <<http://www.unchr.org/cgibin/textis/vtx/publ/opendoc.pdf?tbl=PUBL&id=3d4ab5fb9>> Acesso em: 22 maio 2005. Hanna Arendt relata que na França havia uma prática corrente de receber estrangeiros na condição de trabalhadores quando existente necessidade no mercado de trabalho, para, logo em seguida, em tempos de recessão, deportar essas pessoas segundo as conveniências do Estado. (ARENDDT, *As origens...*, p. 319). Esse procedimento era dotado de um caráter minimamente formal e utilizado tanto para a remoção do território como, da mesma maneira, para afastamentos quase sumários na fronteira. A definição de *refoulement* consagrada no *Dictionnaire de la terminologie du droit international* afirma exatamente esta prática de impedimento de entrada. O verbete *refoulement* é definido como “act par lequel les autorités établies à la frontière s’opposent à l’entrée sur le territoire d’un Etat d’étrangers que cherchent à y pénétrer”.

francesa, mesmo na versão inglesa da Convenção de Genebra, foi o de demonstrar que o escopo de proteção da norma abrangia, não apenas casos de expulsão - um procedimento de caráter formal, normalmente consistindo em uma ordem de uma autoridade administrativa ou judiciária para abandonar o país imediatamente ou no prazo estipulado – mas, também, qualquer outra recondução de caráter menos formal e com menos garantias para os estrangeiros em questão.⁶³

No tocante à sistemática do *non-refoulement*, é importante destacar alguns aspectos. Se o refugiado encontra-se em território do Estado e faz a solicitação de reconhecimento da condição de refugiado, está automaticamente protegido contra o *refoulement*. De conformidade com a norma do artigo 33 da Convenção de Genebra, deverá haver um procedimento formal para reconhecimento da condição de refugiado. Unicamente, se após o procedimento ter atingido seu final e o pedido não for acolhido, vão cessar as garantias do *non-refoulement*. Por esta razão, é tão importante que os solicitantes de asilo beneficiem-se da proteção contra o *refoulement*. Se, de modo contrário, apenas refugiados com seu *status* já reconhecido estiverem ao abrigo desta norma, inúmeros solicitantes de asilo podem vir a sofrer o *refoulement*, além de legitimar uma possível política de pronto rechaço após a entrada no território do país de asilo.

Em relação ao nosso objeto principal de estudo - a União Européia e sua regulação relativa ao asilo – há, de forma efetiva, um acolhimento, em nível supranacional, do princípio do *non-refoulement*, alocado na Diretiva⁶⁴ 83/2004, relativa às normas mínimas a serem preenchidas para recebimento de proteção internacional.⁶⁵ Segundo a letra da regra comunitária, os “Estados-Membros devem respeitar o princípio da não-repulsão, de acordo

(REFOULEMENT. In: UNION ACADEMIQUE INTERNATIONALE. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*. Paris: Sirey, 1960, p. 518.

⁶³ Diego Lopez Garrido é taxativo ao afirmar que o *refoulement*, no contexto europeu, engloba qualquer espécie de condução sumária à fronteira, ainda que seja um procedimento precariamente formalizado. (LOPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. Madrid: Trotta, 1991, p. 48).

⁶⁴ A Diretiva é um instrumento jurídico de direito derivado que obriga o Estado-Membro quanto ao resultado a ser alcançado, sem, contudo, definir que formas e meios devem ser utilizados por este, funcionando, assim, como um típico instrumento de harmonização da legislação dos Estados-Membros. Deve ser transposta para o direito interno do Estado-Membro no prazo demarcado pela própria Diretiva. Mais informações, ver, MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Union Europea*. 4. ed. Espanha: Tecnos, 2004, p. 366-372.

⁶⁵ Directiva 2004/83 do Conselho de 29 de Abril de 2004 que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e relativas ao conteúdo da protecção concedida. JO L 304/12 de 30 set. 2004.

com suas obrigações internacionais”.⁶⁶ Tal norma, aplica-se tanto a refugiados como, também, a solicitantes de asilo, eliminando qualquer tipo de dúvida sobre sua aplicação a requerentes de asilo, tendo em vista que está claramente reconhecido que as garantias contra o *refoulement* aplicam-se à refugiados “formalmente reconhecidos ou não”.⁶⁷

O princípio do *non-refoulement* não pode, porém, ser considerado autonomamente, ou seja, desvinculado da restante esfera jurídica-administrativa comunitária. Assim, sua importância exsurge na interface e entrelaçamento com outros institutos jurídicos. Esse exame nos ocupará a seguir.

§ 1º A interação do *non-refoulement* com as medidas compulsórias de saída do espaço integrado

Costumeiramente, três são as medidas utilizadas para retirar estrangeiros do território nacional, quais sejam, a deportação, a expulsão e a extradição. Cada uma delas com características próprias e implicações diferenciadas.

No que diz respeito à deportação⁶⁸, constitui-se esta em medida utilizada para retirar do território nacional o estrangeiro que nele adentrou irregularmente ou que não mais cumpre os requisitos exigidos por lei interna para sua estada no país. É uma medida de caráter menos formal e que não costuma ser impeditiva de futuro regresso ao país que a executa.⁶⁹ Seu caráter predominante é de medida administrativa com caráter não punitivo.⁷⁰

Em se tratando de refugiados, a deportação somente é aplicável para solicitantes de asilo que, após a análise do seu caso, não lhes é reconhecido o *status* de refugiado. Neste caso,

⁶⁶ Artigo 21(1) da Diretiva 83/2004.

⁶⁷ Conforme o artigo 21(2) da Diretiva 83/2004.

⁶⁸ Para Jacob Dolinger a deportação é “o processo de devolução de estrangeiro que (...) chega ou permanece irregularmente, para o país de sua nacionalidade ou de sua procedência.” (DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245).

⁶⁹ Ao que parece, a Convenção de Genebra não fez uma distinção exata entre deportação e expulsão. No entanto, como em muitos países existe uma clara diferença entre os institutos julgamos conveniente tratá-los separadamente.

⁷⁰ Conforme Francisco Rezek “A medida não é exatamente punitiva, nem deixa seqüelas. O deportado pode retornar ao país desde o momento em que se tenha provido de documentação regular para seu ingresso”. (REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 195).

a estada desta pessoa passa a não mais ser regular e o Estado, não mais desejando sua permanência em solo nacional, pode, via de regra, efetivar a deportação para o país de origem sem incorrer em violação de dever internacional. Por essa razão, no âmbito do *non-refoulement*, é medida que não deve jamais ser utilizada de forma intempestiva, pois não comporta as garantias necessárias de defesa e recurso para o refugiado.

Em realidade, é preciso dizer que a Convenção de Genebra deixou de se posicionar sobre o retorno dos solicitantes que tiveram seu pedido indeferido - *failed asylum seekers* conforme terminologia já consagrada - o que implica em dificuldades para remoção destes e, via de consequência, acaba por diminuir a credibilidade do direito de asilo.⁷¹ Já no âmbito comunitário europeu, toda pessoa que tem seu pedido de asilo negado passa a adentrar a categoria de “ilegal” nos termos do Tratado da Comunidade Européia.⁷² Uma vez que não existe necessidade de proteção internacional, o regresso do requerente de asilo é a medida a ser implementada. Em caso de não cumprimento da obrigação de abandonar o espaço integrado, fica a pessoa sujeita a uma medida de afastamento, executada pelo Estado-Membro que realizou o exame do pedido de proteção internacional, ou, então, por Estado-Membro que se constitui em mero executor da medida, caso a pessoa esteja sob sua jurisdição.⁷³

Contudo, o retorno de solicitantes de asilo que não têm seu *status* reconhecido comporta uma preocupação adicional. Em determinadas ocasiões, o simples fato de solicitar asilo pode fundamentar uma futura perseguição, ou, mesmo a mera saída do país sem autorização pode ser vista como um ato contrário ao Estado e implicar em severas punições para o retornado. Dessa forma, o *non-refoulement* deve ser observado com critério, porquanto a condição de refugiado pode surgir *post factum*. Nesses casos, deve haver um reexame da situação da pessoa, que, não obstante, o não-reconhecimento anterior é, **no tempo presente**, um refugiado. Embora não esteja de todo claro, a linha de raciocínio que parece ter sido

⁷¹ Para maiores informações ver, NOLL, Gregor. Rejected asylum seekers: the problem of return. *International Migration*, v. 37, n. 1, 1999. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 jun. 2005.

⁷² Artigo 63(3)(b) do Tratado da Comunidade Européia. O termo ilegal, entretanto, tem uma conotação de crime, mais ligada ao direito penal. Assim, seguimos o posicionamento de nos utilizarmos da expressão “irregular” que exprime melhor o ilícito de cunho administrativo.

⁷³ Conforme Directiva 2001/40/CE do Conselho, de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros. *JO*, L 149/34, 02 jun.

seguida pela regulação comunitária garante, nas referidas situações, uma nova análise de uma possível necessidade de proteção internacional.⁷⁴

A expulsão⁷⁵, a seu tempo, é medida geralmente destinada a pessoas cuja estada no país reveste caráter de legalidade mas que, por outro lado, “atentaram contra a segurança nacional ou contra a tranqüilidade pública”.⁷⁶ Não deixa de ser também uma medida de caráter político-administrativo e, ainda, que seu escopo não seja punitivo, costuma ser impeditiva de regresso ao território nacional.

Se, no que tange a “qualquer” estrangeiro a expulsão deve ser utilizada sem arbitrariedades ou excessos, em relação aos refugiados, o zelo deve ser ainda mais acentuado. Qualquer medida concernente à expulsão de um refugiado deve ser estudada em conjunto com a norma do artigo 32 da Convenção de Genebra relativa às medidas de expulsão, dado que a norma atinente ao *non-refoulement* e esta são complementares, funcionando a expulsão, em muitos casos, como um meio de implementar o afastamento do refugiado do território nacional. Vejamos, portanto, a letra da norma:

Expulsão

1. Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.
2. A expulsão desse refugiado somente ocorrerá em virtude de decisão proferida conforme o processo previsto por lei. A não ser que a isso se oponham razões imperiosas de segurança nacional, o refugiado deverá ter permissão de fornecer provas que o justifiquem, de apresentar um recurso e de se fazer representar para esse fim perante uma ou várias pessoas especialmente designadas pela autoridade competente.

⁷⁴ O artigo 23(4)(h) da Diretiva 85/2005 relativa à normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros permite pedido subsequente se existem “fatos novos”. Directiva 2005/85/CE do Conselho de 1 de Dezembro de 2005 relativa à normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros. *JO*, 326/13, 13 dez 2005. Esta norma, se choca, em parte, com o artigo 5(3) da Diretiva 83/2004, que afirma ser possível não reconhecer o *status* de refugiado caso a perseguição seja motivada por “circunstâncias criadas pelo requerente, por decisão própria”. Assim, não é difícil imaginar, que um Estado-Membro possa afirmar que o comportamento da pessoa ao solicitar asilo é uma forma deliberada de “encaixar-se” na esfera de proteção genebrina, impedindo remoção.

⁷⁵ Para Florisbal Del’Olmo a expulsão é “ato pelo qual o estrangeiro com entrada ou permanência regular em um país, é obrigado a abandoná-lo por atitude contrária aos interesses deste Estado.” (DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 198. Já para Jacob Dolinger expulsão “é o processo pelo qual um país expulsa de seu território estrangeiro residente, em razão de crime ali praticado ou de comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país onde foi expulso”. DOLINGER, *Direito...*, p. 245.

⁷⁶ NASCIMENTO e SILVA. Geraldo Eulálio do; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 401.

3. Os Estados Contratantes concederão a tal refugiado um prazo razoável para procurar obter admissão legal em outro país. Os Estados Contratantes podem aplicar, durante esse prazo, a medida de ordem interna que julgarem oportuna.

Inicialmente, é importante afirmar que medidas relacionadas com a expulsão de estrangeiros, ainda que comportem limites fixados pelo direito internacional,⁷⁷ são consideradas expressão da soberania estatal e, portanto, lícitas.⁷⁸ A única limitação encontrada é de que tal medida seja motivada por algum tipo de ameaça ao Estado ou a sua população. Segundo Alfred Verdross, a “expulsão de um estrangeiro somente é lícita se existem motivos suficientes para ela”⁷⁹ e, por conseguinte, deve haver um *minimum* de base legal que justifique essa medida.

A norma do artigo 32 da Convenção de Genebra, segundo Guy Goodwin-Gill, dirige-se para refugiados **regularmente** no território nacional e, portanto, não estende suas garantias em direção aos solicitantes de asilo que, dessa forma, estão sujeitos à legislação relativa aos demais estrangeiros, nos casos que envolvem medidas de expulsão.⁸⁰ Todavia, julgamos conveniente realizar o procedimento de reconhecimento da condição de refugiado também nessas situações, pois, caso seja indeferido o pedido de proteção internacional, é possível o envio da pessoa até mesmo para o país de origem. Esta é uma medida preventiva que proporciona maior segurança aos solicitantes de asilo e, ao mesmo tempo, traz vantagens ao Estado.

⁷⁷ Para Jiménez de Arechaga “de la jurisprudencia internacional se desprende que si bien los Estados tienen, en principio, el derecho de expulsar a los extranjeros residentes en su territorio, ese derecho puede ser ejercido en forma abusiva, incurriéndose en tal caso en una violación del Derecho Internacional”. (JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo (Coord.). *Derecho internacional público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, p. 25).

⁷⁸ Conforme Geraldo do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly “Reconhecido que o Estado tem a faculdade de controlar a entrada, no seu território, de estrangeiros, por ele tidos como indesejáveis, o corolário lógico é o reconhecimento do direito correspondente da expulsão”. NASCIMENTO e SILVA; ACCIOLY, *Manual de ...*, p. 402. No mesmo sentido, “Todos os Estados se reservam o direito de expulsar os estrangeiros cuja estada sobre o seu território ameace a ordem pública”, conforme lecionam, QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Tradução Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 689.

⁷⁹ VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Traducción Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1982, p. 350. (Tradução livre).

⁸⁰ Para Guy Goodwin Gill, os solicitantes de asilo podem ser expulsos desde que não para um país em que os mesmos estejam sob risco de perseguição. Somente refugiados já reconhecidos, com um “*resident status*” se enquadram dentro da norma do artigo 32 da Convenção de Genebra. Para os demais, admitidos de modo temporário, seria, na opinião do autor, utilizável a normativa destinada aos demais estrangeiros. GOODWIN-GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*. 2. ed. New York: Clarendon, 1996, p. 151. James Hathaway, diferentemente, destaca que a proibição de expulsão do artigo 32 da Convenção de Genebra dirige-se para aqueles cuja estada é legal no país de asilo. No entanto, segundo o autor, estada legal não

A disposição comunitária relativa à expulsão de refugiados seguiu uma linha semelhante à tese que advogamos, estendendo seu âmbito, também, a solicitantes de asilo.⁸¹ No entanto, por um viés de pensamento dúbio, afirma a possibilidade de negar o reconhecimento da condição de refugiado, caso o procedimento não tenha, ainda, sido finalizado. Isso soa paradoxal, pois, negar, de pronto, a condição de refugiado é possibilitar uma futura devolução ao país de origem, o que, para rematar, é vedado na própria letra da regra comunitária, tendo em vista que esta reconhece as obrigações relativas à não-devolução da Convenção de Genebra.⁸²

O princípio do *non-refoulement* não possui um caráter absoluto, dado que existem exceções a sua aplicação que resguardam a soberania estatal. No entanto, é sempre importante ressaltar que as medidas do artigo 32 da Convenção de Genebra, relativas à expulsão são um *minus*, em relação às obrigações relativas ao *non-refoulement*.⁸³ Via de consequência, se o solicitante de asilo tem reconhecido seu *status*, ao efetivar-se qualquer medida de expulsão contra ele, deverá o mesmo estar resguardado contra o *refoulement*.

No âmbito da União Européia, o refugiado, ou solicitante de asilo, deve constituir-se em “perigo para a segurança do Estado-Membro” ou, então, ter sido condenado por “crime especialmente grave” para adentrar a esfera da expulsão, que é uma providência tomada pelo Estado-Membro, **subseqüentemente** a medidas como revogação, supressão ou recusa de renovação do *status* de refugiado, numa clara demonstração que fica ao alvitre da entidade estatal decidir qual medida pertinente será aplicada ao caso concreto.⁸⁴ O aspecto fundamental é que qualquer uma das ações vai retirar do refugiado o seu direito a permanecer no território, ainda que seja impossível o seu afastamento em direção ao país de origem.

Já em relação ao princípio do *non-refoulement*, somente duas razões retiram a garantia contra a não-repulsão. Assim, nos termos da Convenção de Genebra, não tem a proteção “um

necessariamente significa um reconhecimento já realizado da condição de refugiado. (HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Canadá: Butterworths, 1991, p. 51).

⁸¹ Artigo 14(5) da Diretiva 83/2004. Vale destacar que a mesma norma trata de forma conjunta medidas como revogação, supressão ou recusa de renovação do *status* de refugiado e que, conseqüentemente, importam na saída do refugiado do espaço integrado.

⁸² Conforme o artigo 14(6) da Diretiva 83/2004.

⁸³ Um *minus*, pois, a expulsão não pode implicar, por si própria, em *refoulement* e, somente pode ocorrer se não redundar em envio para o Estado de origem do refugiado. A expulsão, pode, entretanto, ser meio instrumental/procedimental para efetivar um retorno ao país de origem, desde que observados os requisitos do artigo 33 da Convenção de Genebra.

⁸⁴ Conforme alíneas (a) e (b) do artigo 14(4) da Diretiva 83/2004.

refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país” ou, ainda, se o refugiado “tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país”.⁸⁵ Na Diretiva 83/2004, por sua vez, foram utilizadas expressões em tudo semelhantes às já utilizadas para qualificar as medidas de expulsão, muito embora significativas diferenças existam entre os institutos e confusões possam daí surgir.⁸⁶

A nota distintiva do *non-refoulement* perante qualquer medida de retirada do estrangeiro do território reside na posição especial do refugiado. Ao perder a garantia contra a não-devolução, mantém o refugiado seu *status* sem, contudo, poder questionar seu retorno para o país onde existe perigo de perseguição.⁸⁷ Por essa razão, retornar um refugiado para seu país de origem deve ser uma medida de exceção, aplicada com extremo cuidado e ponderação, somente possível se há conformidade com os padrões da Convenção de Genebra. Todavia, se incorrer o refugiado em situação jurídica que permita, à primeira vista, sua expulsão, deve-se verificar qual o grau de periculosidade desta pessoa. Unicamente se a ameaça que representa o refugiado para a comunidade hospedeira é bastante grave, está ele sob os auspícios da norma genebrina do artigo 33(2) e pode, portanto, ser enviado até mesmo para o país de origem. Por outro lado, em casos menos graves, a situação do refugiado é regulada pelo artigo 32 da Convenção de Genebra, que permite a expulsão, mas, jamais, e sob nenhuma hipótese, retorno para o país de perseguição. Infelizmente, essas distinções estão longe de se apresentarem claras na regulação comunitária.

Assim sendo, cabe destacar que, em questões envolvendo a “segurança do Estado-Membro”, os atos praticados pelo refugiado devem ameaçar, de forma grave, a segurança nacional. As ações devem afetar a integridade territorial, a soberania ou, ainda, traduzir-se em atos que impliquem em ameaça à paz.⁸⁸ Deve ser assegurada a proporcionalidade no exame de tais situações, sem esquecer que ações dirigidas contra o Estado de origem não podem, de forma imediata e imponderada, retirar a proteção contra o *refoulement*.

⁸⁵ Conforme o artigo 33(2) da Convenção de Genebra de 1951.

⁸⁶ A citada norma comunitária encontra-se no artigo 21(2) da Diretiva 83/2004.

⁸⁷ Por essa razão, o artigo 14(4) da Diretiva 83/2004, relativo à expulsão, menciona “revogar, suprimir ou recusar renovar o **estatuto**”, enquanto o artigo 21(2), da mesma Diretiva, destaca que o efeito de sua aplicação é “**repelir** um refugiado”. Acrescenta ainda a regra comunitária que o Estado-Membro, em casos de *refoulement*, retira a “**autorização de residência**”. (os grifos são nossos)

⁸⁸ GRAHL-MADSEN, *Commentary*....

Já em relação à condenação por crime grave⁸⁹, é bastante positivo que, tanto a norma comunitária relativa à expulsão como também aquela respeitante ao *non-refoulement* exijam uma sentença final transitada em julgado, o que representa uma garantia adicional ao refugiado. É de bom alvitre acrescentar que o cumprimento de pena no país de asilo é uma medida plenamente coerente com os direitos humanos, tornando a devolução para o país de origem um recurso extremo e limitado a indivíduos de altíssima periculosidade.⁹⁰

Algumas palavras merecem ser ditas a respeito da extradição⁹¹ e seu relacionamento com o *refoulement*. É uma área bastante controversa, uma vez que não há, ainda, uma perfeita delimitação do alcance de cada um dos institutos e, principalmente, sobre qual norma deve prevalecer em caso de conflito entre o pedido de extradição e o princípio do *non-refoulement*. Não existe, tampouco, um tratado de alcance universal regulamentando a prática extradicional e, mesmo a normatização europeia sobre o tema, é insuficiente, pois se limita às relações entre Estados europeus.⁹²

A normativa sub-regional comunitária relativa ao asilo não trata, em profundidade, do relacionamento entre pedido extradicional e o *non-refoulement*, o que permite supor que uma análise caso a caso é necessária para determinar quando é ou não possível a concessão da extradição. Na Diretiva 85/2005, porém, nos termos do artigo 7(2), é permitida a concessão de extradição, mesmo se ainda não finalizado o exame material do pedido de asilo. Julgamos que, em tais casos, deve existir um elevadíssimo grau de certeza na implementação dessa medida sob pena de um conflito claro entre o *non-refoulement* e a efetivação da extradição.

⁸⁹ Que no artigo 32 da Convenção de Genebra recebe tratamento na forma de questões de “ordem pública”. Nesses casos, as infrações devem ser avaliadas caso a caso, atendendo a diversos fatores, tais como, natureza da ofensa, circunstâncias em que foi cometida, habitualidade, severidade da pena. E, por fim, é de destacar que crimes de natureza privada devem ser sopesados com cuidado, dado que não atingem a moral ou bem estar da comunidade. (Ibidem).

⁹⁰ A devolução ao país de origem após o cumprimento de pena no país hospedeiro é possível. Contudo, tal comportamento, nos parece, uma dupla penalização do indivíduo e uma desnecessária afronta aos ditames dos direitos humanos no século XXI.

⁹¹ Jimenez de Arechaga define a extradição como sendo “*el procedimiento por el cual una persona acusada o convicta de un delito conforme a la ley de un Estado es arrestada en otro y devuelta para ser enjuiciada o castigada. La práctica de la extradición es el ejemplo mas difundido de cooperación entre Estados en la represión de delitos*”. (JIMENEZ DE ARECHAGA, *Derecho...*, p. 27).

⁹² A Convenção em questão é a Convenção Europeia de Extradição, de 1957, que é complementada pelas normas da Convenção de Aplicação de Schengen. Como bem lembra Florisbal Del’Olmo “A extradição depende, em tese, da existência de tratado entre os países considerados ou de promessa de reciprocidade”. (DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 31).

O relacionamento do *non-refoulement* com a extradição funda-se, também, nas próprias premissas do instituto de cooperação jurisdicional. A extradição, segundo seus conhecidos cânones, pode ser negada se motivada por crimes de natureza política. Além disso, caso o pedido extradicional fundar-se em razões que dão base para o reconhecimento da condição de refugiado, esta não deve realizar-se, sob pena de violar o *non-refoulement*. Da mesma maneira, se um pedido de extradição for, em verdade, motivado por intenções de perseguição em relação ao extraditando, deve, este pedido, ser denegado, sob pena de implicar em *refoulement* não permitido pela normativa internacional.⁹³ Dessa forma, não somente o caráter político do crime é analisado como, também, a boa fé do pedido extradicional.⁹⁴

Esses cuidados não implicam em recusa à punição. Segundo o estágio já atingido pelo direito internacional, todo Estado tem o dever de sentenciar e punir aquele que pratica um crime que possui repercussões morais e jurídicas que vão além de seu país de origem. O princípio grociano “*aut dedere aut judicare*”⁹⁵ norteia hoje qualquer discussão relativa ao asilo confrontado com a extradição.⁹⁶ E, com base neste citado princípio, é possível afirmar que, mesmo refugiados que praticam crimes de natureza não política, podem se beneficiar do *non-refoulement*, ainda que, muito justamente, sofram os rigores de uma pena a ser aplicada no país de asilo. Não há, no entanto, nenhuma disposição comunitária relativa ao julgamento no país de asilo.

As considerações que fizemos até aqui se referem, em princípio, a refugiados segundo os moldes da Convenção de Genebra. A realidade, entretanto, demonstra que outras pessoas necessitam proteção contra a repulsão. É o que trataremos na seqüência de nosso estudo.

⁹³ Como bem ressalta Grahl-Madsen “*In extradition treaties it is normal to find provisions to the effect that extradition shall not be granted for political offences, or – what amounts to the same – that a fugitive criminal shall not be surrendered if the crime or offence in respect of which his surrender is demanded is one of political character.*” (GRAHL-MADSEN, *Territorial...*, p. 34). Da mesma maneira, muitas legislações internas, relativas à extradição, protegem contra esta extradição que remonta em perseguição.

⁹⁴ A Convenção Européia sobre Extradição de 1957 reconhece este potencial persecutório no seu artigo 3(2).

⁹⁵ Nas palavras de Hugo Grotius “Tudo isso, contudo, deve ser entendido como que um povo ou um rei não são obrigados estritamente a entregar, mas, como dissemos, **a entregar ou a punir**”. (GROTIUS. Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 2, p. 892) (o grifo é nosso).

⁹⁶ A Comissão de Direito Internacional da ONU realiza atualmente estudos para criar no futuro uma Convenção de âmbito universal relativa à essa temática.

§ 2º A insuficiência do escopo material do *non-refoulement* no direito comunitário

Em relação ao alcance *ratione personae* do *non-refoulement*, cabe ressaltar, antes de tudo, o caráter de direito costumeiro internacional⁹⁷ desse princípio, o que repercute diretamente em quem está protegido contra a expulsão, esteja um determinado Estado vinculado ou não à Convenção de Genebra.⁹⁸ Quando da codificação do princípio na Convenção de Genebra, talvez, ainda não se pudesse falar em norma consolidada de direito internacional consuetudinário. Contudo, hodiernamente não há que se discutir o caráter de costume internacional desta norma.⁹⁹

Mas, para além do seu aspecto costumeiro, o princípio do *non-refoulement* afirma-se, também, em normas correlatas, presentes em diferentes tratados de direitos humanos¹⁰⁰, sem contar outras disposições de natureza menos vinculativa.¹⁰¹ Em se tratando de União Européia, esse tipo de complementação ao princípio do *non-refoulement* adquire especial importância em virtude do caráter limitado da não-devolução no direito comunitário. Muito especialmente, desejamos realçar algumas normas que mais profundamente repercutem na proteção dos deslocados no palco comunitário. É imperioso dizer, no entanto, que estas normas, *per se*, não outorgam nenhum tipo de *status* protetivo. Possuem, por outro lado, a

⁹⁷ Diego Lopez Garrido Afirma que “*el principio de non-refoulement está plenamente consolidado como perteneciente al derecho internacional común*”. (LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 50-51).

⁹⁸ Apesar de muitos autores e, mesmo Declarações não vinculativas, consagrarem o *non-refoulement* como norma de *Jus Cogens*, entendemos não ser possível, ainda, afirmar, com plena certeza, que esta é uma norma imperativa de direito internacional.

⁹⁹ Para Jean Allain, até o fim da URSS poderia-se, ainda, discutir se havia um direito costumeiro formado. Contudo, para o autor, hoje, é um fato consumado ser o princípio do *non-refoulement* uma norma costumeira internacional. (ALLAN, Jean. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, v. 13, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 dez. 2004, p. 538. Muito antes do fim do comunismo, na codificação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, entendeu-se desnecessário incluir norma semelhante ao artigo 33 da Convenção de Genebra, pois o *non-refoulement* seria “*an expression of the generally accepted principle [...]*”. (ROBINSON, Nehemiah. Convention relating to the status of stateless persons: its history and interpretation. *Institute of Jewish Affairs*, 1997. Disponível em: <<http://www.unchr.org/cgi-bin/txis/vtx/publ/pendoc.pdf?tbl=PUBL&id=3d4ab67f4>> Acesso em: 07 set. 2005).

¹⁰⁰ Citamos a título de exemplo, os artigos 7º e 13 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; artigo 45(4) do Convênio de Genebra de 1949 Relativo à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra; artigo 13(4) da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura e, também, artigo 4º da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher.

¹⁰¹ Guy Goodwin-Gill aclara que declarações e resoluções permitem visualizar a vontade do Estado, que se confirmada na prática, concretiza uma norma costumeira internacional. GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 126. Citamos, a título exemplificativo, o artigo 3º da Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial e o artigo 8º da Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, como exemplos de *soft law* que remetem ao *non-refoulement*.

virtude de impedir a remoção em direção ao país que coloque o ser humano em risco de exposição à tratamento contrário aos direitos humanos.

A primeira disposição normativa a ser destacada encontra-se presente na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,¹⁰² cujo artigo 3º protege contra o rechaço ou envio do ser humano à país em que possa vir a sofrer tortura.¹⁰³ Esta norma possui o potencial de impedir situações de exposição à risco, muito especialmente, em casos em que a legislação nacional não possua as salvaguardas necessárias em relação aos solicitantes de proteção internacional.¹⁰⁴

A segunda norma a ser ressaltada encontra abrigo na Convenção Européia dos Direitos Humanos que, embora ligada ao Conselho da Europa, obriga todos os Estados-Membros da União Européia e presta um importantíssimo serviço na proteção dos direitos humanos em território europeu. Com base numa aplicação vigorosa do artigo 3º da Convenção¹⁰⁵, impediu-se a efetivação de diversas expulsões e extradições, obrigando os Estados a um exame individual e acurado de cada caso, sob pena de violação da disposição.¹⁰⁶

Alguns nuances da referida norma merecem destaque. Em primeiro lugar, a responsabilidade do Estado pode surgir até mesmo de uma atuação **indireta**, ou seja, o mero fato de permitir uma deportação, expulsão ou extradição já é suficiente para tornar o Estado contratante responsável, ainda que os atos violatórios à Convenção sejam realizados pelo país

¹⁰² A entrada em vigor deu-se em 1987. “Artigo 3º: 1. Nenhum Estado-parte procederá a expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado, quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura. 2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, se for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos”.

¹⁰³ Qualquer sofrimento, físico ou psíquico, pode se constituir em tortura desde que intencionalmente aplicado. Mas, como adverte Jan Doerfel, uma piora das condições causada pela deportação não é, em si, considerado ato de tortura. DOERFEL, Jan. The convention against torture and the protection of refugees. *Refugee Survey Quarterly*, v. 24, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 dez. 2005, p. 85.

¹⁰⁴ Algumas falhas no procedimento de reconhecimento da condição de refugiado podem ser, em parte, sanadas ao impedir-se o envio para o Estado de origem caso existente possibilidade de tortura. No entanto, Jan Doerfel, criticamente, afirma que o Comitê contra a tortura, responsável pela análise das petições relativas à tortura tem sido muito restritivo em relação aos refugiados e que, por isso, outros instrumentos jurídicos podem ser mais eficazes. (Ibidem, p. 92).

¹⁰⁵ Artigo 3º: “Proibição da Tortura: ninguém poderá ser submetido a tortura e nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

¹⁰⁶ BATISTA, *União...*, p. 121. Para uma análise detalhada ver, também, ADDO, Michael K.; GRIEF, Nicholas. Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights? *European Journal of International Law*, v. 9, n. 3, 1998. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vo19/No3/090510.pdf>> Acesso em: 2 ago. 2004.

ao qual a pessoa é enviada.¹⁰⁷ Da mesma maneira, a proteção outorgada pelo artigo 3º não faz distinções entre qual órgão ou pessoa realiza ações que redundam em tortura ou em atos desumanos ou degradantes, de modo que, mesmo atos de entidades não estatais, podem comprometer a responsabilidade do Estado.¹⁰⁸ Além disso, não há necessidade de “certeza” de que a tortura ou os maus tratos, de fato, vão se consumir. A simples probabilidade pode ensejar que não se efetive a medida de afastamento.¹⁰⁹

Outras interessantes normas que remetem ao *non-refoulement* encontram-se na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. No artigo 3º, clama-se pela garantia dos “interesses superiores da criança” que, conseqüentemente, podem ser contrários à devolução ao país de origem. Já o artigo 37(a) do mesmo instrumento afirma a proteção da criança contra “tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”, além do impedimento à imposição de pena perpétua. Tais normas são importantíssimas, dado que parte significativa dos refugiados é composta por crianças e jovens, muitas vezes, desacompanhados.¹¹⁰

Com base no exposto, de uma perspectiva dos direitos humanos, é possível perceber uma **complementariedade** entre o *non-refoulement* e as normas citadas. Conseqüência direta desta complementariedade é a ampliação do âmbito *ratione personae* do *non-refoulement*.¹¹¹ Desse modo, não somente refugiados na acepção da Convenção de Genebra devem receber amparo internacional. Outras pessoas, cujas necessidades de proteção são prementes,

¹⁰⁷ Conforme LILICH, Richard B. The soering case. *American Journal of International Law*, v. 85, n. 1, 1991, p. 141-143.

¹⁰⁸ ALLEVELDT, Ralf. Protection against expulsion under article 3 of the European Convention on Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 4, 1993. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/vol4/No3/art3.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2004, p. 365. Vale ressaltar que na Convenção contra a Tortura, diferentemente, exige-se a participação ou, ao menos, consentimento do Estado nos atos de tortura.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 365. Segundo o mesmo autor, maus tratos sofridos no passado também podem impedir a expulsão ou deportação, pois ocasionam angústia e sofrimento. (Ibidem, p. 37).

¹¹⁰ Alguns Estados-Membros europeus, entretanto, têm mantido crianças confinadas à espera de que essas superem a idade mínima de dezoito anos e possam, assim, ser removidas do território comunitário. É desnecessário fazer qualquer comentário sobre a desumanidade e ilicitude dessa prática.

¹¹¹ Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem avançam ainda mais nesta questão e vislumbram uma universalização do *non-refoulement*. Afirmam que diversas normas de direitos humanos retém, implicitamente, conteúdos essenciais do princípio da Convenção de Genebra. Para esses autores, a prática dos Estados e, também, a *opinio juris*, permitem entrever uma norma de *non-refoulement*, de direito costumeiro internacional, cujo alcance e essência não estão limitados pelo *status* de refugiado genebrino ou, até mesmo, de uma definição ampliada de refugiado. Surge, assim, uma norma, no contexto dos direitos humanos, cuja aplicação se dá caso exista um **risco grave** de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou punição desproporcional a ser aplicada. LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel. *The scope and content of the principle of non-refoulement*. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p. 147-163.

merecem usufruir de salvaguardas a seus direitos e dignidade, até mesmo porque o perfil clássico de refugiado encontra dificuldades para atender à totalidade das demandas do século XXI.

Tal constatação tem reflexos diretos sobre a normativa da União Européia relativa ao direito de asilo, tendo em vista que há, no direito comunitário, o reconhecimento normativo da obrigação de proteger seres humanos que se desgarram da definição genebrina de refugiado e que recebem guarida através da “Proteção Subsidiária”, cuja função é complementar a Convenção de Genebra.

Segundo a forma como está consagrada a Proteção Subsidiária no direito comunitário europeu, não se aplicam, a esta, as obrigações do *non-refoulement* e, conseqüentemente, pessoas submetidas ao regime subsidiário podem ser repelidas sem qualquer violação do princípio genebrino.¹¹² Tendo esta situação em vista, a proteção contra remoção presente nos tratados internacionais anteriormente citados ganha relevo, constituindo-se no meio mais eficaz de impedir o afastamento pois, os beneficiários de Proteção Subsidiária podem, em grande parte dos casos, adentrar a esfera protetiva destas normas de direitos humanos. Tais disposições normativas não estão ligadas a um *status* pessoal e, por isso, podem proteger qualquer pessoa que se encontre em situação de risco, seja ela um refugiado, segundo os parâmetros da Convenção de Genebra, ou alguém que necessite de proteção internacional por outras razões. O recurso a esses tratados internacionais opera, assim, como garantia de permanência em solo seguro.¹¹³

¹¹² O artigo 20 da Diretiva 83/2004, menciona que as normas do Capítulo VII aplicam-se tanto a refugiados como também aos que recebem Proteção Subsidiária, **desde que não exista indicação em contrário**. O artigo 21 da mesma Diretiva, norma que consagra o *non-refoulement*, não faz distinção aparente entre refugiados e “subsidiários”, pois, afirma a necessidade de observar as “obrigações internacionais”. Entretanto, como as exceções do artigo 21(2) mencionam apenas “refugiados” é forçoso perceber que a não-devolução protege, somente, os que recebem guarida segundo a Convenção de Genebra.

¹¹³ Na Proposta de Diretiva que redundou na Diretiva 83/2004 a redação original do artigo referente ao *non-refoulement* afirmava que “Os Estados-Membros [...] não podem expulsar os beneficiários de proteção internacional, salvo por força de suas obrigações internacionais”. Embora tenha se alterado a redação do artigo, há que ressaltar que as obrigações referentes aos que recebem Proteção Subsidiária continuam intocadas e vigentes, dado que os tratados internacionais aplicáveis ao caso remanescem, existindo ou não referência aos mesmos. (COMISSÃO EUROPÉIA. *Proposta de Directiva do Conselho que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros e apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como normas mínimas relativas ao respectivo estatuto*: COM (2001) 510 Final. Bruxelas, 12 set. 2001).

Outro fator a ser considerado é de que a Carta dos Direitos Fundamentais da União¹¹⁴, no seu artigo II-19º(2), impede a efetivação de remoções sempre que uma pessoa “corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”. É importante destacar que o artigo em questão utilizou-se da expressão “ninguém” o que, categoricamente, desvincula tal proteção do *status* de refugiado da Convenção de Genebra.

Em que pese o valor meramente declarativo da Carta, ela serve como um interessante parâmetro para analisar o desejo dos Estados que participaram de sua elaboração. Esse instrumento cria, portanto, uma referência sobre os valores que devem ser observados no espaço integrado.

O que vimos até o momento demonstra a importância das normas que impedem a remoção do território que, em relação de complementariedade, podem melhor atender às realidades do século XXI em termos de deslocamento forçado. Mas, e se o refugiado ainda não estiver dentro do território do Estado de asilo como poderá ser protegido? É o que veremos a seguir.

Seção II – As medidas extraterritoriais de *non-entrée* no direito comunitário europeu

Uma das sentidas deficiências do artigo 33 da Convenção de Genebra encontra-se na obscuridade do seu alcance *ratione loci*. Embora essa fragilidade, há uma gama variada de procedimentos que impedem o acesso físico ao território do país de asilo. Tais rotinas administrativas repercutem diretamente na segurança dos refugiados e, portanto, são merecedoras de cuidadosa análise na sua implementação e aplicação.

Em relação aos refugiados, a primeira potencial situação que, não raro, gera controvérsias encontra-se na aplicação do *non-refoulement* em casos que se desenrolam na

¹¹⁴ Criada com o fim de declarar uma gama de direitos que representam o amálgama da cultura jurídica e política da União Européia. Foi proclamada em Dezembro de 2000, no Conselho Europeu de Nice. *JO*, n. C 364, de 18 dez. 2000. A intenção é transformar esse instrumento, agora declarativo, em plenamente vinculante. Por essa razão, está incluído no Projeto de Constituição para a União Européia que, até o presente momento, não logrou sucesso.

fronteira.¹¹⁵ Ou seja, somente com a efetiva entrada no território nacional está um refugiado protegido contra a devolução sumária?

Cabe, em primeiro lugar, lembrar que as fronteiras estatais modernas funcionam como um marco de divisão de soberanias, não apenas de territórios. São, na expressão de André Martin, meras “construções humanas”.¹¹⁶ Seu valor, significado e alcance é atribuído em conjunto com outras entidades soberanas ou mesmo em relação conflitiva e de disputa no espaço internacional.¹¹⁷ Assim, dentro de suas fronteiras, o Estado exerce plenamente seus atributos de poder e mando, consubstanciados na sua jurisdição¹¹⁸ exclusiva, sujeita apenas às limitações da ordem jurídica internacional.

Colocadas estas observações, devemos dizer que, na imensa maioria dos países do mundo ocidental, sequer há uma palavra ou conceito jurídico que determine o significado exato de “rechaço fronteiriço”, ainda que este seja um método bastante disseminado. Tal ato pode, imperfeitamente, ser denominado de “impedimento”¹¹⁹, cujo conteúdo e natureza jurídica são bastante incertos, dado o grau de discricionarismo que reveste sua aplicação, mas que implica – e essa a única certeza - num impedimento físico à entrada do estrangeiro no território nacional.

Inicialmente, devemos observar tal obstaculização do ponto de vista do direito internacional para, em seguida, confrontarmos com o direito comunitário europeu. Assim, em relação a um estrangeiro qualquer, não há que se discutir o pleno direito estatal de impedir sua entrada no território nacional. Contudo, em relação aos refugiados, a rejeição na fronteira tem outra conotação, uma vez que, existindo um procedimento de rechaço na fronteira, somente com uma análise posterior do caso é possível determinar se tratou-se de simples impedimento ou, infelizmente, resultou em *refoulement* não permitido pela Convenção de Genebra.

¹¹⁵ Diego Lopez Garrido afirma que casos fronteiriços são o “calcanhar de Aquiles” da Convenção de Genebra. LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 51.

¹¹⁶ MARTIN, André Roberto. *Fronteiras e nações*. São Paulo: Contexto, 1992, p. 40.

¹¹⁷ Há uma diferença entre limite, que é uma linha demarcatória e, fronteira, que é uma área ou zona em que interesses especiais do Estado se manifestam, mormente, através de um controle mais rigoroso do que em outras partes do território. Para mais informações ver, MARTIN, *Fronteiras...*, p. 41-58.

¹¹⁸ Afirma Francisco Rezek que “Sobre seu território o Estado exerce *jurisdição* (termo preferido em doutrina anglo-saxônica), o que vale dizer que detém uma série de *competências* para atuar com autoridade (expressão mais ao gosto dos autores da escola francesa).” (REZEK, *Direito...*, p 161).

¹¹⁹ Para Francisco Rezek, “No caso de impedimento, o estrangeiro não ultrapassa a barreira policial da fronteira, porto ou aeroporto [...]”. (Ibidem, p. 195. No mesmo sentido, Florisbal Del’Olmo afirma que “a deportação

Cabe, por outro lado, lembrar que as implicações do *non-refoulement* somente têm uma relevância **imediate** ao tratar-se de rejeição na fronteira que, de forma direta, coloque refugiados no território de país em que estejam sob perigo de perseguição, ou, então, em território de Estado que ignora os parâmetros do princípio do *non-refoulement* e que promova a pronta remoção dos refugiados para seu país de origem.

A grande dificuldade é que a rejeição na fronteira não distingue entre refugiados e outros migrantes e retira do solicitante de asilo, conseqüentemente, sua garantia e direito de não ser retornado para o país de origem. Por esta razão, Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem afirmam que não pode haver a rejeição na fronteira. Caso o Estado não deseje realizar o procedimento de reconhecimento da condição de refugiado, deve, alternativamente, conceder proteção temporária ou permitir a ida do refugiado a um terceiro país reconhecidamente seguro. Qualquer procedimento diferente seria uma violação ao princípio do *non-refoulement*.¹²⁰

Posição exatamente contrária a esta é sustentada pelo professor Atle Grahl-Madsen que entende ser a entrada no território condição *sine qua non* para usufruir das garantias do *non-refoulement*. Dessa forma, casos que se desenrolam nas fronteiras não implicam em violação da normativa internacional.¹²¹ Tal posicionamento coaduna-se com a prática de Estados que defendem ser a repulsão na fronteira uma mera questão de soberania que não envolve considerações relativas ao *non-refoulement*.

Refutando essa posição, Guy Goodwin-Gill alerta que, em 1951, talvez o *non-refoulement*, limitado ao seu aspecto convencional, não cobrisse questões fronteiriças. Contudo, a evolução do princípio, confirmada pela prática dos Estados e das Organizações Internacionais, impõe o necessário reconhecimento de que o *non-refoulement* aplica-se desde

não deve ser confundida com o impedimento de entrada no território nacional, sendo o ádvana barrado na sua tentativa (de ingresso)". DEL'OLMO, *Curso...*, p. 200. (o parênteses é nosso)

¹²⁰ LAUTERPACHT; BETHLEHEM, *The scope...*, p. 113. Na Conclusão nº 22 do Comitê Executivo do ACNUR reiterou-se que "O princípio fundamental do *non-refoulement* – **que inclui a não rejeição na fronteira** – tem que ser escrupulosamente observado em todos os casos". ACNUR. Comitê Executivo. *Conclusão nº 22 (XXXII)*. A proteção dos requerentes de asilo em situações de influxo em larga escala. 32. Sessão. 1981, Item II, A(2). (O grifo é nosso).

¹²¹ GRAHL-MADSEN, *Territorial...*, p. 40. Devemos destacar que a opinião de Atle Grahl-Madsen, simplesmente, espelha sua visão sobre o alcance efetivo da norma do artigo 33 da Convenção de Genebra. Em nenhum momento este autor declara-se, formalmente, contra o ingresso dos refugiados nas regiões de fronteira.

o momento em que o solicitante de asilo atinge a fronteira e solicita asilo.¹²² O recém citado autor vai além, deslocando a questão da entrada/não-entrada no território para o terreno da competência estatal. Assim, qualquer pessoa que se apresenta em posto fronteiriço já se encontra, em verdade, no território do Estado e sujeita, portanto, a sua jurisdição.¹²³ Com pensamento semelhante, Luís Peral assevera que pessoas rechaçadas na fronteira estão sob jurisdição estatal, pois há ali um “controle efetivo” por parte do Estado.¹²⁴

Tendo em vista o exposto até aqui, é possível, então, afirmar a existência de uma estreita ligação entre **quem** pode se beneficiar do *non-refoulement* e **onde** vige esta norma. No aspecto material, abrange tanto refugiados quanto solicitantes de asilo, pois o pronto rechaço pode redundar em ameaça de perseguição, visto ser impossível saber, *prima facie*, se há mesmo um refugiado genuíno e se o mesmo encontra-se em território hostil a sua vida ou liberdade. E quanto ao aspecto espacial, entendemos que se aplica, plenamente, o *non-refoulement* em áreas de fronteira, tendo em vista que estas não constituem um limbo espacial-jurídico e estão, logicamente, sob jurisdição soberana do Estado.¹²⁵

Essas premissas são aplicáveis ao direito comunitário, no qual, a questão das fronteiras foi tratada, em princípio, respeitando o princípio do *non-refoulement*. A possibilidade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado faculta o pedido em qualquer área do território do Estado-Membro “incluindo a fronteira e as zonas de trânsito”¹²⁶, o que garante, implicitamente, a proteção contra o *refoulement* e impede que determinadas áreas funcionem como um espaço no qual, supostamente, não vige a Convenção de Genebra.¹²⁷

¹²² GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 124.

¹²³ *Ibidem*, p. 123.

¹²⁴ PERAL, Luís. Limites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, proteccion en la region de origen y cierre de fronteras europeas. *Revista Eletronica de Estudios Internacionales*, n. 11, 2006. Disponível em: <<http://www.reei.org>> Acesso em: 26 ago. 2006, p.7.

¹²⁵ No próprio projeto analisado na fracassada Convenção sobre o Asilo Territorial (UN doc. A/CONF. 78/12) houve o desejo de finalizar qualquer polêmica envolvendo rechaço na fronteira, determinando expressamente a proibição do rechaço. Segundo a norma do projeto, presente no artigo 3º, “No person eligible for the benefits of this Convention [...] who is at the frontier seeking asylum or in the territory of a Contracting States shall be subjected by such Contracting State to measures such as rejection at frontier [...]”. GRAHL-MADSEN, *Territorial...*, p. 210.

¹²⁶ Conforme o artigo 3(1) da Diretiva 85/2005.

¹²⁷ Essa garantia é muito importante, pois, não raro, Estados europeus utilizam-se do expediente legal de determinar certas áreas “internacionais” como espaços de “*non-droit*”. Maria-Teresa Gil-Bazo chama esses procedimentos de “sofisticadas ficções legais”, pois, os mesmos determinam que a presença física em determinadas áreas do território, supostamente, não cria uma relação jurídica entre o Estado e o estrangeiro que ali está. GIL-BAZO, María-Teresa. The practice of Mediterranean states in the context of European’s Union justice and home affairs external dimension. *International Journal of Refugee Law*, v. 18, n. 3/4, 2006. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2006, p. 593.

Há, também, um direito assegurado de permanecer no território enquanto é examinado o pedido, ainda que este direito possa ser limitado à área de fronteira ou zona de trânsito.¹²⁸ Nos casos que se passam nas referidas áreas, o procedimento pode ser levado a cabo *in situ*. Entretanto, segundo a regulação comunitária, é facultado ao Estado-Membro não aplicar o mesmo padrão de conduta para o exame das solicitações de asilo em relação aos pedidos interpostos na fronteira ou zona de trânsito. Assim, os direitos e garantias do solicitante de asilo podem ser reduzidos, algo que certamente afeta a decisão sobre o caso. Decisão essa que se limita, ao fim e ao cabo, a decidir se a entrada dos requerentes no país será ou não possível.¹²⁹ Uma vez que a autoridade fronteiriça responsável por esse exame determine que não é permitido o ingresso do solicitante de asilo no território, simultaneamente, estará declarando o pedido infundado.¹³⁰

Esse procedimento com menos garantias conduzido em área fronteiriça deve, por outro lado, ser finalizado em prazo máximo de quatro semanas, sob pena da autorização de entrada no território ser impositiva, seguindo, então, o trâmite normal de um pedido apresentado em qualquer outra área do Estado-Membro.¹³¹ Por ora, nos basta afirmar que esse formato acelerado de exame causa preocupação.¹³² Torna o solicitante de asilo mais vulnerável, o constringendo a permanecer em área que pode, inclusive, ser militarizada/policiada – seguramente com uma face pouco humana - o que em nada contribui para corroborar as alegações do peticionário e retira, substancialmente, a credibilidade do testemunho.¹³³ Ora, uma vez que não exista um procedimento de reconhecimento da condição de refugiado realizado em condições adequadas, o risco de um *refoulement* cresce consideravelmente.

¹²⁸ O artigo 7 da Diretiva 85/2005 garante o direito de permanência, contudo, como frisamos, este direito pode ser restringido à fronteira ou área de trânsito, conforme o artigo 35(3)(a) da mesma Diretiva.

¹²⁹ Conforme o artigo 35(2) da Diretiva 85/2005.

¹³⁰ Conforme o artigo 35(3) devem ser indicadas as razões de fato e, também, de direito que concluíram ser o pedido “infundado ou inadmissível”.

¹³¹ Artigo 35(4) da Diretiva 85/2005.

¹³² As questões relativas ao exame do pedido serão tratadas mais adiante, na Segunda Parte deste trabalho.

¹³³ Gostaríamos, aqui, de nos utilizar das palavras de Raul Rojo, que profundo conhecedor da temática, afirma que a realização do pedido de asilo, de maneira formal, é, por si, uma tarefa árdua para o refugiado. Sobre a feitura do pedido destaca o mencionado professor que “Redigido às vezes na ponta de um balcão ou mesmo num guichê, com a ajuda útil ou nefasta de outras pessoas, este relato depende de uma situação precária na qual, as necessidades imediatas (de comer e dormir), protelam muitas outras. Se exige do exilado que se adapte a exigências de avaliação estranhas, que lhe parecem esotéricas, e tão aleatórias que alentam todas as especulações e interpretações. Deformado, já, por estes constringimentos e esforços de adaptação, o relato tem (por acréscimo) que ser expresso em tempos exíguos. Convidaria vocês a tomar consciência do que isto significa fazendo a prova de contar seus últimos dez anos de vida em dez minutos...”. Versão escrita da palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - Faculdade de Direito, em 31 de Maio de 2006, no evento “O papel da ONU na defesa dos direitos humanos: a proteção dos refugiados”, evento organizado pela UFRGS.

Outra decorrência nefasta dessa rigidez é o estímulo a adentrar o país de forma irregular, buscando solicitar asilo apenas “dentro” do território, por temor de um procedimento inadequado nas áreas de fronteira. O objetivo de reduzir, ao máximo, a entrada dos solicitantes de asilo no território do Estado acaba, de tal modo, atuando contra os interesses dos refugiados assim como do próprio Estado.

Outra fonte de controvérsias encontra-se nos espaços marítimos. E, no que concerne à atuação da União Européia, surgem sérias dúvidas quanto ao respeito pelo princípio do *non-refoulemen* nos referidos espaços internacionais. A polêmica instala-se pelo seguinte aspecto. Os Estados-Membros cujas fronteiras encontram-se com Mediterrâneo deparam-se com um influxo maior de migrantes irregulares e também de solicitantes de asilo. Por essa razão, Itália, Grécia, Malta e Espanha são os maiores interessados na chamada “*Mediterranean Solution*”, isto é, uma estratégia comunitária de combate à circulação de pequenos barcos que carregam imigrantes irregulares e que visa, também, à constituição de um trabalho conjunto com os países do Norte da África no sentido de impedir que esses Estados sejam utilizados como meio de alcançar o outro lado do Mediterrâneo.

Assim, com o fito de prevenir a chegada dos migrantes ao território comunitário, são realizadas interceptações em Alto-Mar.¹³⁴ Houve, inclusive, uma célebre interdição, em 2004, envolvendo um barco que navegava sob bandeira alemã - navio *Cap Anamur* – no qual encontravam-se trinta e sete seres humanos, provenientes de diversos países africanos. Mesmo informados de que os passageiros resgatados pelo navio alemão desejavam solicitar asilo, tanto Itália como, da mesma maneira, Malta, não permitiram que o navio atracasse em seus portos. Após o navio ser impedido houve um intenso debate sobre a solução a ser alcançada e, finalmente, foi consentido o desembarque na Itália, isso após diversos Estados-Membros comprometerem-se a receber aqueles que tivessem seu pedido de asilo reconhecido em solo italiano.¹³⁵

Tal fato evidencia, muito claramente, que inexiste uma clara abordagem a respeito das obrigações relativas ao recebimento, em solo, dos solicitantes de asilo e, especialmente,

¹³⁴ A Espanha, inclusive, utiliza-se de um sistema de vigilância por satélites que informam a localização do barco e o número estimado de passageiros. (GIL-BAZO, *The practice...*, p. 577).

¹³⁵ GARLICK, Madeline. The EU discussions on extraterritorial processing: solution or conundrum? *International Journal of Refugee Law*, v. 18, n. 3/4, 2006. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 14 out. 2006, p. 615-616.

quanto ao direito de realizar interdições em Alto-Mar, local em que, supostamente, não vige a Convenção de Genebra.¹³⁶ Para o ACNUR, no entanto, o *non-refoulement* deve ser respeitado em Alto-Mar. Aduz, ainda, o Alto Comissariado que em casos de interdições marítimas a própria vulnerabilidade de mulheres e crianças exige respeito por essa condição.¹³⁷

Mas é Penélope Mathew quem melhor examina a questão. Para a autora, a expressão “de maneira alguma”, presente no artigo 33 da Convenção de Genebra, não deixa qualquer dúvida a respeito de sua aplicabilidade em Alto-Mar.¹³⁸ Conclui, com argúcia, que as interdições só podem gerar duas conseqüências. Ou um *refoulement*, caso exista retorno forçado ao país de origem, ou, alternativamente, “refugiados em órbita”¹³⁹ já que nenhum Estado, de maneira efetiva, responsabiliza-se pelos solicitantes de asilo.¹⁴⁰

Gostaríamos de acrescentar o seguinte. Em nosso sentir, a afirmação de que o *non-refoulement* não se aplica em Alto-Mar traz em sim a perigosa possibilidade de determinados Estados, unilateralmente, estabelecerem o alcance do princípio do *non-refoulement*. Além disso, interdições levadas a cabo por agentes do Estado são exercício de competência estatal e, portanto, podem comprometer a responsabilidade do Estado frente às obrigações internacionais que exsurtem dessa prática.

Esta consideração nos conduz, então, diretamente ao próximo ponto de reflexão, que analisa algumas idiosincrasias da política comunitária de contenção à chegada de imigrantes e solicitantes de asilo.

¹³⁶ Essa temática foi analisada em profusão nos Estados Unidos, em razão das práticas americanas relativas à interdição de haitianos que dirigiam-se ao país do norte da América. No entender do governo americano, não vige o *non-refoulement* em Alto-Mar. O caso foi analisado pela Suprema Corte Americana que, com base nos textos preparatórios da Convenção de Genebra, endossou essa posição. Para maiores informações, ver, URIOSTE BRAGA, Fernando. PASTORINO, Ana María. La protección de los refugiados. Estudio del caso: Haiti-Estados Unidos. In: ARBUET-VIGNALLI, Heber; URIOSTE BRAGA, Fernando. FERNÁNDEZ LUZURIAGA, Wilson; PASTORINO, Ana María. *Estudios sobre los institutos de asilo y refugio*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

¹³⁷ ACNUR, OIM. Refugee protection and migration control: perspectives from UNHCR and IOM. *Refugee Survey Quarterly*, v. 22, n. 2/3, 2003. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 26 jul. 2006, p. 121. Em relação às mulheres e crianças, nunca é demais lembrar que existem obrigações internacionais específicas que salvaguardam seus direitos.

¹³⁸ A autora refuta, inclusive, a posição da Suprema Corte dos EUA no caso envolvendo a interdição dos haitianos, afirmando que os trabalhos preparatórios são apenas um meio complementar de interpretação e, por essa razão, devem ser relativizados. (MATHEW, Penélope. Legal issues concerning interception. *Georgetown Immigration Law Journal*, v. 17, 2003, p. 96).

¹³⁹ São solicitantes de asilo que dirigem-se de país para país sem que vejam a substância de seu pedido de proteção internacional analisado, permanecendo, assim, numa espécie de “vácuo” jurídico.

¹⁴⁰ MATHEW, op. cit, p. 96-98.

§1º A política comunitária de não-acesso ao espaço integrado

Um dos aspectos mais controvertidos da atuação política da União Européia é sua política em relação à concessão de vistos de entrada.¹⁴¹ Por seu aspecto extraterritorial, ressoa diretamente na segurança dos refugiados e, via de consequência, na temática do *non-refoulement*. Além disso, talvez seja a área em que é mais facilmente visualizável a interseção entre asilo e imigração, com sentidos efeitos deletérios para aqueles que necessitam de proteção internacional.

A importância dada à política de vistos tende a ser mais e mais valorizada, por permitir uma atuação da União Européia mesmo no mais longínquo território, isto é, **fora** do território europeu e **antes** de qualquer outra medida de cunho territorial.¹⁴² Por óbvio, a imposição de visto aos nacionais de Estado terceiro é, por si, um meio de seleção e diferenciação. Permite, também, uma segunda triagem, realizada no momento da concessão do visto.

No seu aspecto institucional, a concessão de vistos é uma política comunitária e sujeita à competência exclusiva da União Européia.¹⁴³ A votação sobre as questões relativas a vistos de entrada é realizada no Conselho da União Européia, por proposta da Comissão e com participação do Parlamento Europeu, que deve ter emitido parecer sobre a proposição.¹⁴⁴ Este procedimento, em princípio, garante maior coerência e controle democrático. No entanto, as particularidades de cada Estado-Membro perpassam e minam esta política conjunta. Interesses nacionais e sub-regionais afetam a coesão prejudicando não apenas os solicitantes de asilo, como, também, a própria segurança interna do espaço integrado, que é, supostamente, uma

¹⁴¹ Thelma Cavarzere conceitua visto de entrada como a permissão dada “ao estrangeiro domiciliado ou não, para entrar em seu território e ali permanecer, ou para atravessar seu território e atingir outro”. (CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 84).

¹⁴² LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 52.

¹⁴³ A política de vistos, inclusive, não se submeteu aos procedimentos de cunho quase intergovernamental do período transitório após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam. Tão logo vigente este tratado, tornou-se aplicável o artigo 251 do Tratado da Comunidade Européia, cujo procedimento permite a participação das principais instituições da União Européia no processo decisório, além de autorizar o uso da maioria qualificada para as votações no Conselho da União Européia. No entanto, o procedimento para emissão de vistos e, também, as regras para criação de um modelo de visto uniforme, submeteram-se ao procedimento do período transitório, ou seja, votação unânime e partilhamento de direito de iniciativa entre a Comissão e os Estados-Membros, conforme exigência do artigo 67 do Tratado da Comunidade Européia, numa demonstração de como a soberania estatal estava relutante em ceder todas às competências à União.

¹⁴⁴ Conforme o artigo 251 do Tratado da Comunidade Européia.

das mais importantes razões para impor um regime de vistos de entrada para determinado país.

Na confecção das listas positiva – a qual dispensa visto de entrada - e negativa, também chamada de lista “negra”, entrecrocaram-se diferentes abordagens estatais, redundando em uma lista que é, mais do que tudo, um somatório de recusas feitas pelos Estados-Membros.¹⁴⁵ A restritividade, surge, portanto, de uma falta de coerência e abordagem conjunta na hora de confeccionar a lista.¹⁴⁶

Segundo o Regulamento¹⁴⁷ comunitário normatizador das questões referentes ao visto de entrada¹⁴⁸ para um determinado Estado adentrar a lista negativa, três são as condicionantes principais. A primeira diz respeito à imigração irregular. Questões como número de irregulares e vínculos com migrantes já instalados no país são fatores importantes. Annalisa Meloni destaca, no entanto, que as estatísticas sobre a imigração irregular sequer possuem uma dimensão comunitária, variando muito de país para país. Lembra, ainda, que, em relação à imigração irregular, a confiabilidade dos documentos de viagem emitidos pelo Estado de origem, além, da existência de Acordos de Readmissão¹⁴⁹ que permitam o retorno dos migrantes econômicos, tem um papel destacado na hora das indicações estatais para a lista negra.¹⁵⁰ A segunda condicionante foca-se em questões de política pública, muito especificamente, na temática da criminalidade no território europeu. Nesse caso, tampouco, é possível falar em abordagem comum, uma vez que a ênfase é colocada, quase que exclusivamente, na atuação de contrabandistas¹⁵¹ e traficantes¹⁵² de seres humanos, sem

¹⁴⁵ MELONI, Annalisa. The development of a common visa policy under the Treaty of Amsterdam. *Common Market Law Review*, n. 42, 2005, p.1365-1366.

¹⁴⁶ Se for levada em consideração a posição especial do Reino Unido e da Irlanda a lista pode ser ampliada ainda mais.

¹⁴⁷ O Regulamento é a mais intrusiva das normas derivadas criadas pelas instituições comunitárias. Este instrumento é diretamente aplicável, possui alcance geral e é obrigatório em todos os seus elementos. Funciona como elemento de uniformização das legislações dos Estados-Membros e não exige nenhum ato de internalização.

¹⁴⁸ Regulamento 2001/539/CE do Conselho de 15 de Março de 2001 que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação. *JO*, L 81 de 21 mar. 2001.

¹⁴⁹ Instrumentos formais utilizados para o retorno de nacionais ao país de origem ou mesmo de nacionais de Estados terceiros que por lá transitaram ou que possuem algum vínculo os ligando à esse Estado.

¹⁵⁰ MELONI, op. cit, p. 1366.

¹⁵¹ Os contrabandistas são responsáveis pela entrada irregular de seres humanos em outros países. A Convenção da ONU Contra o Crime Organizado Transnacional, do ano 2000, através do Protocolo Contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar, busca coibir e eliminar este tipo de atividade criminosa.

¹⁵² Os traficantes de seres humanos são os responsáveis pelo comércio de seres humanos com o fito de exploração laboral, especialmente, em relação à mulheres e crianças. Na Convenção da ONU Contra o Crime

contar o sempre presente terrorismo internacional.¹⁵³ E, por fim, a última condicionante refere-se a aspectos de política externa e relações exteriores. Neste caso, a objeção de um único Estado pode ser o fator que vai colocar um país terceiro na lista “negra”.

Ainda que o princípio da reciprocidade seja um requisito, aparentemente, desvalorado, não pode de todo ser desprezado. Assim, se um Estado terceiro impuser visto de entrada para nacionais de um Estado-Membro da União Européia, os demais podem ser instados a impor restrição aos nacionais deste país, sem que qualquer consideração relativa à proteção dos direitos humanos tenha relevância.¹⁵⁴ Em verdade, podemos perceber que a imposição de vistos obedece a critérios de conveniência e, também, como medida de segurança em caso de crises no país terceiro, como se deu nos Bálcãs, quando a maioria dos países europeus passou a exigir visto de entrada para cidadãos da antiga Iugoslávia durante o sangrento conflito.¹⁵⁵ Atualmente, a situação não é diferente. O artigo 64(2) do Tratado da Comunidade Européia permite que medidas provisórias sejam tomadas em caso de afluxo massivo de nacionais de país terceiro, ou seja, justamente quando é mais necessária a existência de um canal de fuga a porta é fechada.

O que parece ser inafastável é a existência de uma associação entre, pobreza, religião e etnia na determinação da exigência de visto entrada. Quase que a totalidade dos países muçulmanos está lista negativa, algo nada surpreendente depois dos atos terroristas passados em Nova Iorque, Madrid e Londres.¹⁵⁶ Da mesma maneira, todos os países africanos estão na lista, assim como diversos países cuja pobreza é a característica mais marcante e, portanto, sofrem o estigma do “potencial migrante irregular”.¹⁵⁷

Embora o número de refugiados que um país “exporta” não esteja dentre os critérios que podem colocar um país terceiro na lista negativa, seria excessiva ingenuidade não atentar

Organizado Transnacional, foi inserido um Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, que data do ano 2000.

¹⁵³ MELONI, op. cit, p. 1367.

¹⁵⁴ Annalisa Meloni relata que os interesses da União são cambiantes, pois, embora, os Estados Unidos imponham a concessão de vistos para cidadãos gregos, a Grécia jamais solicitou que medida semelhante fosse tomada em relação aos americanos na União. (MELONI, *The development...*, p. 1367-1368).

¹⁵⁵ Naquele período (os conflitos étnicos iniciam em 1989 quando tropas sérvias adentram a província autônoma de Kosovo, e se estendem para outros membros da antiga Iugoslávia ao longo da década seguinte, envolvendo especialmente a Croácia e a Bósnia-Herzegovina) a unanimidade era exigida para a lista negativa nas votações do Conselho e, em situações de emergência, por maioria qualificada era possível criar a exigência de visto de entrada.

¹⁵⁶ atentados realizados em Nova Iorque em 2001, em Madrid em 2004 e em Londres em 2005.

para este fato. Como alerta Ryszard Cholewinski, a percepção de que a maioria dos refugiados constitui-se, em verdade, de migrantes econômicos disfarçados, tem o condão de influir na concepção da lista negativa.¹⁵⁸ Não deve ser por outra razão que, segundo dados de 2001, da lista de países de origem com mais solicitações de asilo, encontravam-se todos na lista negativa, inclusive para simples trânsito aeroportuário.¹⁵⁹

Mas tão importante quanto a lista negativa, é o procedimento de concessão do visto de entrada. O modelo uniforme de visto e o próprio *iter* procedimental de emissão do mesmo devem estar acordes com um *standard* comum que, no entanto, não foi capaz de refrear a capacidade dos Estados-Membros em determinar unilateralmente quem entra no seu território. Deve ser dito, ainda, que, com a criação do espaço integrado, há a possibilidade de impedir a entrada no território de **outro** Estado-Membro.

As exigências de caráter geral a serem cumpridas para que se efetive a concessão do visto não diferem da prática no resto do mundo, tais como possuir meios de subsistência para a estada e regresso além de não representar ameaça à segurança ou ordem pública. Contudo, há um requisito adicional, fruto da criação de um sistema comum de informações, que monitora as entradas no espaço integrado. Assim, com a implementação do espaço Schengen, estabeleceu-se um sistema informatizado para troca de informações entre meios policiais, aduaneiros e consulares, o chamado Sistema de Informação Schengen (SIS). Através deste sistema, cada Estado-Membro, com base em critérios próprios, determina quais pessoas estão numa lista de não-admissão no espaço europeu. Com base nesta informação, o visto de entrada, quase que certamente, é negado, a menos que o Estado-Membro requerido autorize o ingresso a despeito da oposição do outro Estado comunitário, algo pouco factível em tempos de temor em relação ao terrorismo internacional.

¹⁵⁷ A lista completa desses países está no Anexo I, do Regulamento 539/2001.

¹⁵⁸ CHOLEWINSKI, Ryszard. Borders and discrimination in the European Union. *Immigration Law Practitioner's Association*, 2002. Disponível em: <<http://www.ilpa.org.uk/publications/borders>> Acesso em: 15 dez. 2004, p.26.

¹⁵⁹ GUILD, Elspeth. Moving the borders of Europe. *Inaugural lecture at University of Nijmegen*, 30 may 2001. Disponível em: <<http://www.refugeelawreader.org/index.d2?target=getpdf&id=389>> Acesso em: 3 maio 2006, p. 50. Confrontando dados de 2005 fornecidos pelo *European Council on Refugees and Exiles* – ECRE - encontramos a seguinte situação: dentre os oito países de origem com mais solicitações de asilo na União Européia apenas um deles, Sérvia e Montenegro (hoje apenas Sérvia) não consta da lista negativa relativa à concessão de vistos de entrada. Todos os demais (Rússia, Turquia, Iraque, Irã, China, Nigéria e Afeganistão) estão na lista “negra”. Informação disponível em www.ecre.org/. Acesso em 20 fev. 2007.

Nesse contexto, é bom não perder de foco que há uma interação profunda entre uma situação objetiva, ou seja, determinado país está na lista negativa, cujos cidadãos, por sua vez, subjetivamente taxados, podem ainda constar de uma lista de não-admissão. Como bem destaca Elspeth Guild, ao incluir um Estado na lista negativa, está a União Européia afirmando que os **nacionais** daquele país constituem um grupo de risco, simplesmente por sua condição de cidadania ligá-los a este Estado.¹⁶⁰ O cidadão deste país terceiro, ao solicitar o visto, deve demonstrar, então, que não constitui ameaça. Se, ultrapassar essa primeira barreira, mas, por outro lado, estiver incluído no Sistema de Informação Schengen, terá dificuldades quase insuperáveis para ter sua entrada autorizada.¹⁶¹

O fato de alguém ter realizado, no passado, uma solicitação de asilo não provida pode determinar seu ingresso na lista de não-admissão. No entanto, se esta pessoa tem, atualmente, uma necessidade premente de proteção internacional o visto constitui-se, em determinados casos, na única forma possível para este ser humano deixar o país e encontrar refúgio noutra parte. Não é diferente a situação de uma pessoa anteriormente expulsa do espaço europeu por pequenos crimes, ou mesmo sob a qual pende medida de afastamento em razão de sua condição de migrante irregular. Esvai-se, assim, seu canal de proteção internacional, a despeito de estar sofrendo perseguição no seu país de origem.

Outra faceta da política de *non-entrée*, diretamente relacionada com a concessão de vistos, centra-se no papel que os transportadores passam a desempenhar. Para países terceiros, cujos cidadãos necessitam visto, deve, o transportador, verificar a autenticidade do mesmo e, evidenciada alguma dubiedade, impedir o embarque. Para os casos em que não há a obrigação de visto, intensifica-se, muito mais, o controle a ser realizado pelos transportadores antes do embarque, pois, devem averiguar, meticolosamente, se a pessoa possui a documentação necessária para realizar a viagem.¹⁶² A conseqüência para o transportador que não cumpre esta obrigação de “vigilância” será retomar, sob sua responsabilidade, a pessoa “ilegal” e retorná-la para seu ponto de origem. Conjuntamente, são impostas, também, pesadíssimas multas para a companhia que descumpra as normas de controle de embarque.

¹⁶⁰ GUILD, *Moving...*, p. 31.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 15-16.

¹⁶² Tal regulação está no artigo 26 da Convenção de Aplicação de Schengen, complementada pela Diretiva 51/2001. Directiva 2001/51/CE do Conselho de 28 de Junho de 2001 que completa as disposições do artigo 26º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985. *JO*, L 187 de 10 jul. 2001.

Este tipo de penalização para o transportador estimula um rigoroso controle por parte das empresas que, paradoxalmente, tornam-se responsáveis por definir quais solicitantes de asilo alcançarão proteção internacional e quais irão permanecer em solo perigoso.¹⁶³

Para Virginie Guiradoun, o simples fato de o Estado colocar em mãos privadas uma competência sua, já torna este controle realizado pelos transportadores ilegal.¹⁶⁴ Além disso, é importante observar que a Convenção de Genebra não pune a entrada irregular do refugiado e, dessa forma, o Estado, para cumprir suas obrigações em relação a este Convênio, deve adequar-se a esta imposição.¹⁶⁵ Atos realizados por particulares, agindo em nome do Estado, tal qual é o caso dos controles realizados pelos transportadores, não excluem a responsabilidade do Estado. Como o artigo 26 da Convenção de Aplicação de Schengen reporta-se, expressamente, à Convenção de Genebra, este controle de embarque, nos casos de refugiados que tentam evadir-se do país em que sofrem perseguição, torna o sistema, muito possivelmente, violador de obrigações internacionais.¹⁶⁶ Argumenta Guy Goodwin-Gill que não pode existir penalização para uma empresa que traz um “indocumentado”, se provado que este era um ser humano que, de forma efetiva, necessita de proteção internacional.¹⁶⁷

Cabe observar que a política de vistos não foi criada pensando em questões de proteção dos direitos humanos. Seu escopo é a **contenção** e o fechamento dos canais de entrada dos imigrantes econômicos. Ao determinar que, somente com visto, é possível o ingresso no território europeu, tenta-se eliminar o problema da imigração irregular, mantendo, **a distancia**, pessoas que, potencialmente, poderiam tentar ingressar no Éden ocidental. Esse tipo de controle migratório desconhece as diferenças entre refugiados e migrantes econômicos, pois, trata, ambos, dentro do mesmo contexto de mobilidade humana, cuja

¹⁶³ GILBERT, Geoff. *Current issues in the application of the exclusion clauses*. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p. 972.

¹⁶⁴ GUIRAUDON, Virginie. Before the EU border: remote control of the “huddled masses”. In: IN SEARCH of Europe's borders. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 195.

¹⁶⁵ LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 188-189. Uma análise mais aprofundada sobre o artigo 31 da Convenção de Genebra, que exime de penalização o refugiado cuja entrada se fez de forma irregular, será realizada em outra parte deste estudo.

¹⁶⁶ Cita Diego Lopez Garrido que impor multas aos transportadores viola, inclusive, a Convenção Internacional sobre Aviação Internacional de 1944, concluída em Chicago, que não menciona sancionamentos às companhias aéreas nos termos em que tais medidas estão sendo aplicadas. (Ibidem, p. 189).

¹⁶⁷ GOODWIN-GILL, GUY S. *Article 31 of the 1951 convention relating to the status of refugees: non-penalization, detention and protection*. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University Press; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p.219.

característica, ainda que híbrida, exige medidas de proteção diferenciadas.¹⁶⁸ Para Érika Feller, ao não existir distinção entre migrantes e refugiados impera, conseqüentemente, o controle sobre os movimentos das pessoas, o que vem a criar uma espécie de “gestão” sobre o deslocamento humano, algo que contraria a própria natureza do refugiado.¹⁶⁹ No mesmo sentido, Diego Lopez Garrido adverte que a política de vistos desvirtua a condição de refugiado, pois, torna o solicitante de asilo apenas, mais um, entre outros tantos estrangeiros, a buscar autorização para adentrar o país hospedeiro.¹⁷⁰

Como destacam Nicholas van Hear e Jeff Crisp, exigências tais como as de visto de entrada, ainda que atinjam seu objetivo de diminuir a chegada de migrantes irregulares, são, em realidade, “instrumentos cegos”, porquanto, impedem tanto migrantes como, também, refugiados de atingir seu destino.¹⁷¹ Estas pessoas, ao se depararem com a fronteira legal da União Européia, seja nos consulados e embaixadas, ou, então, no *chek-in* do embarque, têm seu destino decidido naquele exato momento, muitas vezes, implicando, aquele simples ato administrativo, em perda do sagrado direito à vida ou à liberdade.

Embora reconheçamos a importância de uma política de vistos integrada, parece claro que os Estados-Membros da União Européia “esqueceram” que o visto não se consubstancia em direito subjetivo de entrada. O controle na chegada do porto ou, mais costumeiramente, do aeroporto, continua plenamente vinculado à discricionariedade estatal, permitindo que sejam tomadas todas as medidas relativas à segurança do país ou do combate à imigração irregular nesta zona específica e no momento adequado.

Outro ponto fundamental sobre essa temática é a criminalização dos refugiados. Em razão da política de *non-entrée* que, de forma indireta, obstaculiza o ciclo normal de um

¹⁶⁸ Segundo Khalid Koser há uma nítida “politização do asilo”, dado que os refugiados são tratados como se tivessem o potencial de afetar a soberania estatal e o controle das fronteiras. (KOSER, Khalid. *New approaches to asylum? International Migration*, v. 39, n. 6, 2001. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 jun. 2005, p. 89).

¹⁶⁹ FELLER, Erika. *Refugees are not migrants. Refugee Survey Quarterly*, v. 24, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 8 fev. 2006, p. 28.

¹⁷⁰ LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 52.

¹⁷¹ HEAR, Nicholas Van; CRISP, Jeff. *Refugee protection and immigration control: addressing the asylum dilemma. Refugee Survey Quarterly*, v. 17, n. 3, 1998. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 nov. 2004, p. 8. Apontam esses autores que, se por um lado, as práticas restritivas européias de contenção atingiram seu objetivo, pois, diminuíram o número de refugiados, por outro, atingiram o nível de segurança dos refugiados. (Ibidem, p. 1).

pedido de asilo¹⁷², muitos refugiados são obrigados a aceitar os serviços dos contrabandistas e traficantes de seres humanos. Torna-se esta, infelizmente, a única possibilidade para adentrar a União Européia.

Surge, assim, uma relação direta entre contenção migratória e criminalidade organizada. Nessa situação, tanto Estados-Membros como, também, refugiados, têm evidentes prejuízos. Para os Estados, não só seus controles migratórios são burlados, como, da mesma maneira, o dinheiro destas atividades ilícitas alimenta outras cadeias da criminalidade organizada, tais como tráfico de drogas ou armas. Já para os refugiados, as experiências não são menos terríveis e envolvem violência, detenção e, no pior dos casos, a perda da vida.¹⁷³

Os contrabandistas atuam desde a saída do país de origem e, no contexto da migração, são eles os responsáveis pela obtenção dos documentos necessários à viagem e entrada irregular.¹⁷⁴ Ao chegarem ao espaço integrado, os refugiados são vistos como criminosos, pois, estão “consoziados” com os contrabandistas. A realidade demonstra que os refugiados são, em verdade, explorados pelos contrabandistas e, em muitas situações, obrigados a transportar drogas ou outro material ilícito. Podem, ainda, como forma de “pagar” sua dívida, sofrerem exploração sexual.¹⁷⁵ Tais fatos evidenciam que a separação entre contrabando e tráfico de seres humanos é bastante tênue e os papéis podem se alterar durante a jornada.¹⁷⁶ Por tais razões, o ACNUR advoga a tese de que deva existir uma proteção especial para estes refugiados. Ressalta o Alto Comissariado que o próprio fato de sofrer abusos pelos traficantes e contrabandistas pode dar azo ao reconhecimento da condição de refugiado.¹⁷⁷ Nesse sentido, é imperioso destacar que a Diretiva 81/2004 permite que sejam concedidas autorizações de residência para vítimas de traficantes de seres humanos, desde que os mesmos colaborem com as autoridades legais.¹⁷⁸

¹⁷² KOSER, *New approaches...*, p. 91

¹⁷³ BROLAN, Claire. An analysis of the human smuggling trade and the protocol against the smuggling of migrants by land, air and sea (2000) from a refugee protection perspective. *International Journal of Refugee Law*, v. 14, n. 4, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 mar. 2005, p. 578.

¹⁷⁴ KOSER, op. cit., p. 97.

¹⁷⁵ GRAMEGNA, Marco. Human trafficking in Europe. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 dez. 2005, p. 99.

¹⁷⁶ BROLAN, op. cit., p. 579.

¹⁷⁷ Neste caso, os abusos sofridos pela pessoa devem estar relacionados com motivações presentes na definição de refugiado da Convenção de Genebra e, por óbvio, não pode existir proteção por parte do país de origem. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, OIM, *Refugee...*, p.119-120.

¹⁷⁸ Directiva 2004/81 do Conselho de 29 de Abril de 2004 relativa a título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas de tráfico de seres humanos ou objecto de uma ação ao auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes. *JO*, n. L 261 de 6ago. 2004.

É de lamentar que esta política de contenção da União Européia possa gerar situações tão paradoxais que beiram o surreal. Alerta Khalid Koser que se suprimida, total e completamente, a atividade dos contrabandistas pode-se estar fechando a última porta de entrada para os refugiados na Europa. Nesse mesmo sentido, destaca Claire Brolan que os perigos da viagem e da criminalidade não afastam os refugiados, pois os contrabandistas são o passaporte para uma “vida digna”, longe do medo e da perseguição.¹⁷⁹

§ 2º A inexistência de alternativas comunitárias à contenção extraterritorial

A Diretiva 85/2005, relativa ao procedimento para determinação da condição de refugiado, não regula a problemática dos pedidos de proteção internacional realizados em território estrangeiro, limitando, assim, seu escopo de abrangência a pedidos realizados no território de um dos Estados-Membros. Mais do que não normatizar, a mencionada Diretiva exclui do seu escopo, taxativamente, o asilo diplomático e também os pedidos de asilo realizados em legação diplomática.¹⁸⁰ Assim, é importante realizarmos uma breve análise com o fito de verificar se tais instrumentos não poderiam ser ferramentas de correção de algumas das distorções do sistema de asilo comunitário que, como vimos, embate-se com a política de vistos de entrada.

Inicialmente, devemos recordar que a Convenção de Genebra possui um nítido foco extraterritorial, no sentido de que só existe um refugiado quando o mesmo atravessa uma fronteira internacional. Uma vez que o refugiado encontre-se, ainda, no território de seu país, está ele afastado da proteção internacional. No entanto, nos casos que estamos tratando, a pessoa depara-se com a fronteira legal de outro Estado **dentro** do território do país em que está.¹⁸¹ Cabe determinar, então, se o *non-refoulement* tem alguma aplicação em caso de solicitação de visto de entrada.

¹⁷⁹ BROLAN, An analysis..., p. 580.

¹⁸⁰ Artigo 3(2) da Diretiva 85/2005.

¹⁸¹ GUILD, Moving..., p. 46. Destaca o autor que a pessoa que se encontra dentro do seu país de origem, quando muito, poderá ser categorizada como um “deslocado interno”.

Segundo Guy Goodwin-Gill, o *non-refoulement* aplica-se em “qualquer lugar”, pois, este é o propósito da norma.¹⁸² No entanto, adverte o autor que negar um visto não representa uma forma de violar o *non-refoulement*, dado que, neste caso, não há **retorno** da pessoa, pois, esta, já se encontra naquele território.¹⁸³ Em atitude semelhante, entendem Daniele Joly, Clive Nettleton e Hough Poulton que realizar um pedido de asilo exige, inexoravelmente, a entrada no território nacional.¹⁸⁴ Assim, não seria possível solicitar asilo em embaixada ou consulado.

Em sentido contrário, Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem, atestam que a expressão “de maneira alguma”, por si só, é uma indicação da extensão desta obrigação para áreas como a dos postos consulares ou embaixadas, pois, os agentes estatais imbuídos de funções diplomáticas que, hipoteticamente, praticassem o *refoulement* poderiam ser responsabilizados.¹⁸⁵ Agregam os mesmos autores que, a expressão “fronteiras dos territórios” refere-se à “qualquer fronteira”, sem especificar se é uma fronteira administrativa ou territorial *stricto sensu*, uma vez que o lugar em que se aplica o *non-refoulement* é determinado pelo **risco** que o refugiado corre.¹⁸⁶ Dessa forma, o simples fato de obrigar o refugiado a **permanecer** no território onde sua vida, liberdade ou integridade física está ameaçada viola o *non-refoulement*.¹⁸⁷

Em posição similar, Maria-Teresa Gil-Bazo aduz que em relação aos aspectos extraterritoriais surge a responsabilidade da mera **relação** entre o Estado e o indivíduo. Assim, o fato de o indivíduo encontrar-se fora do território do Estado tem pouca significância na determinação da responsabilidade.¹⁸⁸

Um grande estudo sobre esta temática no direito comunitário europeu foi realizado por Gregor Noll.¹⁸⁹ Este autor nega aplicabilidade ao *non-refoulement* em solicitações de asilo feitas em representações diplomáticas. Entre outros argumentos, sustenta que é bastante difícil

¹⁸² GOODWIN-GILL, The refugee..., p. 143.

¹⁸³ Ibidem, p. 252.

¹⁸⁴ JOLY, Daniele; NETTLETON, Clive; POULTON, Hugh. *Refugees: asylum in Europe?* [s.l.]: Minority Rights, 1992, p. 40.

¹⁸⁵ LAUTERPACHT; BETHLEHEM, The scope..., p. 111.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 122.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 150.

¹⁸⁸ GIL-BAZO, The practice..., p. 594.

¹⁸⁹ NOLL, Gregor. Seeking asylum at embassies: a right to entry under international law? *International Journal of Refugee Law*, v. 17, n 3, 2005. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 28 nov. 2005. Ver, muito especialmente, sobre a confrontação das idéias de LAUTERPACHT; BETHLEHEM, The scope..., p. 548-556.

estabelecer um vínculo entre a conduta do Estado que nega o visto e o dano sofrido pelo refugiado em razão desta negativa. Aduz, também, com extrema acuidade, que não é possível olvidar que o *non-refoulement* está ligado à definição de refugiado, à qual exige que a pessoa esteja fora do país de perseguição e, portanto, tal situação não se adapta ao pedido realizado em representação diplomática.¹⁹⁰ Reconhece, porém, que este argumento fraqueja se o pedido de proteção através de um visto é realizado por refugiado que se encontra em país terceiro, situação na qual pode haver uma devolução para o país de origem.¹⁹¹ Tendo em vista que, na visão do autor, o *non-refoulement* não tem efetividade em pedido de concessão de visto de entrada, suscita ele que a Convenção Européia dos Direitos Humanos, para os Estados contratantes e através do seu artigo 3º, tem o condão de obrigar o país a permitir a entrada.¹⁹² Além dessa regulação, a Convenção sobre os Direitos da Criança, poderia, da mesma maneira, impor o dever de consentir a entrada da criança no Estado.¹⁹³

Colocadas essas premissas, é possível passarmos à análise do instituto do asilo diplomático, instituição bastante presente nos países da América Latina, mas que possui suas raízes modernas em território europeu e que, esporadicamente, reaparece no Velho Continente, ainda que sob bases “informais”.¹⁹⁴

O asilo prestado em território estrangeiro tem suas origens na instalação das embaixadas permanentes, consolidadas após a Paz de Westphalia. Com efeito, o surgimento da teoria da extraterritorialidade, pelas mãos do fundador do direito internacional, Hugo Grotius, oferta uma base jurídica para a proteção dos asilados dentro do território estrangeiro, vista, até, então, como mera concessão do Estado territorial.¹⁹⁵ Uma vez que a pessoa adentrasse a área sobre a qual pesava a inviolabilidade, estava ela protegida em um “marco

¹⁹⁰ NOLL, Seeking..., p. 553.

¹⁹¹ Ibidem, p.555-556.

¹⁹² Ibidem, p.564-570.

¹⁹³ Cita o autor, nesse caso, os artigos 2(1), 22(1) e 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança, como impositivos de obrigações para o Estado relativos à entrada no território. (Ibidem, p. 570-571).

¹⁹⁴ Ver, para tanto, TORRES GIGENA, Carlos. *Asilo diplomático*. Buenos Aires: La ley, 1960, p.31-48. Tendo em vista que o asilo diplomático desenvolveu-se e consolidou-se mais solidamente na América Latina, muitas das observações aqui tomadas tem como base a prática e legislação do continente americano, o que em nada prejudica a análise do tema, que busca, mais do que tudo, apresentar soluções extraterritoriais à problemas extraterritoriais.

¹⁹⁵ Afirmou Hugo Grotius que “creio plenamente que é do agrado das nações que o costume comum que submete à lei do lugar qualquer um que se encontre no território de outrem, seja alterado em função dos embaixadores” e, por fim, acrescentou também, em relação aos embaixadores, que “deveriam ser considerados também como estando fora do território, decorrendo disso que não seriam regidos pelo direito civil do povo no meio do qual vivem”. (GROTIUS, *O direito...*, v. 1, p. 735).

territorial de exceção”.¹⁹⁶ O asilo diplomático, por essas características, representa uma vertente única de proteção ao ser humano, pois, permite, a **entrada e guarida** em legação diplomática que está, logicamente, situada em território estrangeiro.

A teoria da extraterritorialidade perde força no século XX, sem, contudo, a inviolabilidade do local da missão diplomática ver seu *status* costumeiro afetado. O que se altera, em realidade, é o fundamento jurídico da atuação extraterritorial, que se consubstancia, agora, em prerrogativas e imunidades de jurisdição, oriundas de normas costumeiras codificadas internacionalmente. Assim, uma vez que a pessoa está sob tutela da legação diplomática determina-se o fim da jurisdição do Estado territorial sobre este ser humano.¹⁹⁷

O asilo diplomático não possui nenhuma norma que possua o alcance ou a obrigatoriedade do *non-refoulement*. Não obstante, é possível perceber alguns pontos de contato entre a dinâmica do asilo diplomático e o princípio do *non-refoulement*.¹⁹⁸ Destaca Manuel Vieira que a questão primordial é colocar em segurança o perseguido. Há, assim, uma qualificação provisória dos fatos realizada pelo agente diplomático, que, de certa maneira, se obriga a examinar a verossimilhança das alegações daquele que enfrenta perseguição, permitindo sua entrada na missão diplomática, caso vislumbre uma possível perseguição política. Um segundo exame, mais apurado, é realizado por ocasião do pedido de extradição, impedindo qualquer devolução, se o asilado for qualificado como “criminoso político”.¹⁹⁹ Entre estes dois atos, em teoria, o asilado deveria receber um salvo-conduto, que permitisse sua saída do Estado, dirigindo-se ele, via de regra, para o território do país asilante.

No entanto, existe uma diferença fundamental entre o instituto do asilo diplomático e o princípio do *non-refoulement* genebrino. Este último é plenamente vinculativo, enquanto o asilo diplomático permanece na esfera da discricionariedade estatal, podendo ser negado por

¹⁹⁶ A expressão é de VIEIRA, Manuel Adolfo. *Derecho de asilo diplomático: asilo político*, p.141.

¹⁹⁷ TORRES GIGENA, Carlos. *Asilo diplomático*, p. 103. Em que pese o asilo diplomático ser visto por muitos como uma mera regulação entre Estados (citamos, entre outros, SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, p.388 e, NOLL, Gregor. *Seeking asylum at embassies: a right to entry under international law*, p. 545) não se pode olvidar que seu escopo principal é o de proteger o ser humano perseguido. As possíveis conseqüências que advêm de sua concessão não podem ser tomadas em sentido absoluto, sob pena de substituímos o objeto da regulação – o ser humano – pelo método que implementa a proteção, ou seja, o *iter* procedimental do asilo diplomático.

¹⁹⁸ Para Georges Koulischer, o *non-refoulement* e os cânones do asilo diplomático possuem similitudes, tanto teóricas como, também, práticas. KOULISHER, Georges. *La no devolucion de los refugiados: fuerza y fragilidad de un principio vital*, p. 200.

¹⁹⁹ VIEIRA, *Derecho de...*, p. 225.

meras razões de conveniência estatal, o que acaba por diminuir a importância dessa instituição. Dessa forma, o asilo diplomático torna-se mais voltado para situações de extrema urgência. Isto é, em casos em que a entrada e proteção na legação diplomática é a última salvaguarda à liberdade ou integridade física de ser humano perseguido.²⁰⁰

Tendo em vista o caráter limitado do asilo diplomático e, também, uma relativa incerteza em relação ao caráter extraterritorial do *non-refoulement*, outra alternativa acaba sendo necessária. Com efeito, Gregor Noll e Jéssica Fagerlund oferecem uma interessante opção com vistas a diminuir os problemas relativos à concessão de vistos de entrada para refugiados.²⁰¹ Segundo os referidos autores, uma das maneiras de lidar com solicitações de asilo realizadas em missões diplomáticas é analisar o pedido através dos Procedimentos de Entrada Protegida, cuja função é operacionalizar o procedimento pelo qual um refugiado pode receber um visto de entrada. Por conseguinte, com base na necessidade de proteção internacional, pode ser concedido um visto de entrada. Vale lembrar que esta é uma prática que já foi, inclusive, utilizada por alguns países europeus, ainda que não mais esteja ativa.²⁰²

Segundo a dinâmica dos Procedimentos de Entrada Protegida, o visto de entrada poderia ser concedido para que uma futura análise da petição fosse realizada no território do país requerido, ou, até mesmo, um reconhecimento antecipado da condição de refugiado seria realizado e, através da concessão de visto, seria permitida a entrada no país de asilo.²⁰³ A análise do pedido, preliminar em caso de futuro exame no país hospedeiro, ou, definitiva, caso exista uma determinação antecipada da condição de refugiado, pode ser tanto realizada pelos oficiais especializados no território do país de asilo como, também, *in situ*, ou seja, na própria legação diplomática.²⁰⁴

²⁰⁰ Seria possível discutir se a proteção dentro da embaixada ou consulado em casos de tumultos ou de perseguição por população representa, verdadeiramente, uma espécie de asilo ou se trata, muito mais, de uma obrigação relativa a preservação da vida dos seres humanos.

²⁰¹ NOLL, Gregor; FAGERLUND, Jessica. Safe avenues to asylum? The actual and potential role of EU diplomatic representations in processing asylum requests. Final Report. Dinamarca: Danish Centre for Human rights, 2002.

²⁰² Cita Gregor Noll que em 2002, seis Estados-Membros da União Européia concederam este tipo de vistos (Áustria, Dinamarca, França, Holanda, Espanha e Reino Unido). Relata o citado autor que a prática de conceder tais vistos remonta à Segunda Guerra Mundial, quando o diplomata sueco Raoul Wallemberg, concedia passaportes para judeus perseguidos pelos nazistas na Hungria. NOLL, Gregor. *From protective passports to protected entry procedures? The legacy of Raoul Wallemberg in the contemporary asylum debate*. 2003. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3fd731964.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2005, p.1-7.

²⁰³ NOLL; FAGERLUND, op. cit., p. 3.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 15.

Destacam os autores do estudo que o pedido pode ser feito tanto no país de origem como, também, em país terceiro onde esteja alocado o solicitante de asilo.²⁰⁵ Devemos ressaltar, no entanto, que os Procedimentos de Entrada Protegida não são um programa de reassentamento e, sim, de proteção, pois a pessoa em questão deve estar sofrendo algum tipo de perseguição no Estado terceiro. Inadaptações ao país de asilo devem ser tratadas sob outra base jurídica.

Uma das vantagens dos Procedimentos de Entrada Protegida é permitir uma redução da entrada irregular no espaço comunitário e, ao mesmo tempo, diminuir a atuação dos contrabandistas e traficantes de seres humanos o que se reflete, logicamente, na facilitação dos controles migratórios pelos oficiais de migração.²⁰⁶ Nestes casos, existe uma interessante convergência entre diminuir os custos com controles fronteiriços e, por outro lado, resguardar os direitos dos refugiados.

Mas, para além destes benefícios, outras questões devem restar claras. Ao que parece, para Gregor Noll e Jéssica Fagerlund, a ênfase dos procedimentos extraterritoriais centra-se em países terceiros, o que, a nosso juízo, retira parte significativa da importância dessa proposta de programa de proteção internacional. O que deve ser salientado é que os Procedimentos de Entrada Protegida acabam bebendo na mesma fonte da política de contenção extraterritorial da União Européia. Reconhecem os referidos autores que o fato de o solicitante de asilo estar fora do território europeu é bastante relevante para os Estados-Membros, pois, assim, inexistem custos com a manutenção do demandante durante o exame do pedido de proteção internacional. Tampouco existem despesas para retornar aquele que teve seu pedido indeferido e isto, por óbvio, torna o sistema bastante atrativo para a União Européia.²⁰⁷

Por estas razões, existe o perigo de este sistema “minar” a chegada espontânea de solicitantes de asilo ao espaço integrado, onde estes podem ter a proteção de grupos voltados para a proteção dos direitos humanos, além do próprio aparato legal de recursos que possibilitam uma melhor análise e reanálise do caso. Afora isso, os próprios Gregor Noll e Jéssica Fagerlund alertam para o perigo de os Estados tentarem se desobrigar através do

²⁰⁵ Alguns países não aceitam o pedido realizado no país de origem por não cumprir com os requisitos da definição da Convenção de Genebra, ou seja, estar fora do país de perseguição.

²⁰⁶ NOLL; FAGERLUND, *Safe avenues...*, p. 18.

²⁰⁷ *Ibidem*, p.18-19.

expediente de declarar um terceiro Estado como “seguro”, tornando os pedidos, naquelas missões diplomáticas, infundados.²⁰⁸

Nos parece, também, que este sistema de proteção, alcança apenas uma parcela pequena da população que pode buscar os grandes centros urbanos onde localizam-se as embaixadas e consulados, o que diminui exponencialmente o alcance dos Procedimentos de Entrada Protegida. Cabe enfatizar que, em nosso entendimento, os Procedimentos de Entrada Protegida devem ser apenas uma medida de caráter complementar ao sistema de asilo comunitário e, jamais, substituir o direito de buscar asilo no exterior.

No entanto, não faltam outras propostas com vias a externalizar os procedimentos comunitários. Nesse sentido, a Alemanha propôs, em 2004, criar “*safe zones*”²⁰⁹ no norte da África, onde seriam realizadas análises dos pedidos de asilo antes que os migrantes e as pessoas em busca de asilo lançassem-se ao Mediterrâneo. A proposta foi amplamente censurada, até mesmo porque os países do Norte da África não possuem meios de receber e acomodar grande número de solicitantes de asilo. Contudo, mesmo com as críticas a proposta alemã aprofundou-se e buscou ligar as “*safe zones*” às interdições realizadas em Alto-Mar. Assim, os interceptados no Mediterrâneo seriam levados aos centros de processamento no Norte da África e lá realizada a análise dos pedidos de asilo.²¹⁰

Madeline Garlick, criticando essa postura, afirma que existem grandes dificuldades de criar um procedimento que, efetivamente, propicie garantias aos requerentes de asilo, especialmente em relação aos necessários apelos contra indeferimentos. Para a autora, a proposta alemã, no seu âmago, reflete uma intenção de transferir responsabilidades aos empobrecidos vizinhos da África.²¹¹ Nos parece, em verdade, ser difícil saber até que ponto a criação de “*safe zones*” propicia proteção aos refugiados ou mesmo diminui o número de imigrantes irregulares que tentam chegar à Europa, já que não existem estudos contundentes sobre o tema. Essa proposta alemã representa, muito mais, uma externalização dos controles de entrada do que dos meios de acesso à proteção internacional.

²⁰⁸ NOLL; FAGERLUND, *Safe avenues...*, p. 116.

²⁰⁹ Locais em que é ofertada proteção, geralmente por forças internacionais, dentro de áreas conflituosas ou sujeitas a grande afluxo de seres humanos.

²¹⁰ GARLICK, *The EU discussions...*, p. 619-620.

²¹¹ *Ibidem*, p. 620-621.

Uma vez que os solicitantes de asilo ultrapassaram todas as imensas barreiras e distâncias e lograram atingir o solo comunitário, outras questões relativas à proteção surgem. A mais primária das questões, no entanto, é definir que Estado, no espaço integrado ou fora dele, será responsável por examinar uma determinada petição de asilo. Essa será nossa próxima preocupação.

CAPÍTULO II – A DETERMINAÇÃO DO ESTADO RESPONSÁVEL PELO EXAME DO PEDIDO DE ASILO NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

O procedimento de reconhecimento da condição de refugiado é o meio instrumental pelo qual o solicitante de asilo tem acesso à proteção internacional. O direito comunitário europeu define, através de complexa regulação, que apenas um Estado-Membro deve encarregar-se do pedido de proteção. Essa sistemática acaba sendo, no aspecto interno e conjuntural, a mais marcante característica do sistema de asilo na União Européia, pois, as demais normas relativas ao asilo somente têm aplicação uma vez que definida a responsabilidade dentro do espaço integrado (Seção I). A face mais oculta desse sistema encontra-se nos procedimentos aplicados pelos Estados-Membros que, com o intuito de eximirem-se de suas obrigações, enviam os solicitantes de asilo para Estados terceiros sob a base de serem estes os entes estatais verdadeiramente responsáveis pelo exame dos pedidos de asilo (Seção II).

Seção I – A atribuição de responsabilidade *inter partes*

Ao fazerem a opção por um processo integracionista, os Estados europeus deveriam escolher, em certo momento, qual a abordagem relativa aos pedidos de asilo seria adotada. Assim, existia a possibilidade de determinar que um pedido de proteção internacional seria um pedido feito à instituição União Européia. Ainda que apenas um Estado realizasse o exame da solicitação, a solução para o problema sempre seria uma resposta conjunta, com a distribuição das responsabilidades entre os diversos Estados-Membros. Dessa forma, ao

assegurar um mecanismo de repartição dos encargos e esforços, *burden-sharing*,²¹² assentado também em critérios humanistas, estaria-se atingindo uma solução mais viável, especialmente por se tratar de um espaço integrado cujos interesses são, ou ao menos, deveriam ser, comuns.²¹³

A partir do momento em que as fronteiras internas deixam de existir, pode um refugiado deslocar-se dentro do espaço integrado passando, assim, por diversos países para solicitar asilo apenas em um último país membro. Pode o deslocado, também, realizar pedidos subsequentes de reconhecimento da condição de refugiado em dois ou mais países. Em se dando tais situações, e por se tratar de um espaço considerado comum, surgem dúvidas sobre qual Estado-Membro é o responsável por analisar o pedido de proteção.

Por essas razões, é bastante positivo que existam acordos determinando o Estado responsável pelo exame da solicitação. Tais instrumentos evitam o fenômeno dos “refugiados em órbita”. Sem que exista esta determinação convencional, pode um refugiado permanecer por muitos anos, errando por diferentes países sem ver seu pedido analisado.²¹⁴ Além disso, essa normatização facilita o combate da imigração irregular, pois, impede que, de má-fé, retarde-se a remoção através da interposição de vários pedidos de proteção internacional com o único intuito de protelar a permanência em solo europeu.

É possível afirmar que a determinação da responsabilidade de um Estado obedece a uma lógica simples. Assim, o Estado que, porventura, recebe o pedido de proteção tem a

²¹² Segundo o *Refugee Thesaurus* (Dicionário de terminologia do Direito Internacional dos Refugiados, disponível *on-line* para consultas em www.acnur.org) *burden-sharing*, é traduzido, respectivamente, em francês e espanhol como *Partage du fardeau e Repartición de la carga*. Apesar de considerarmos que a expressão “Repartição de Esforços” é a expressão mais adequada, utilizaremos também o termo *burden-sharing* por ser expressão corrente na doutrina e ser, também, o termo consagrado nos foros internacionais.

²¹³ A própria Convenção de Genebra não esteve alheia às dificuldades da divisão de responsabilidades. Assim, ainda que não tenha sido inserido de forma impositiva e vinculante, norma relativa a criação de mecanismos de distribuição dos encargos oriundos da proteção internacional dos refugiados, há, no preâmbulo da Convenção, um chamamento à cooperação entre os Estados partes da mesma, colocado nos seguintes termos: “Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional [...]” Parágrafo 4º do Preâmbulo da Convenção de Genebra.

²¹⁴ O Comitê Executivo do ACNUR apóia estes acordos, pois, entende que os mesmos favorecem a identificação do Estado responsável e são, dessa forma, a melhor maneira de evitar a criação dos refugiados em órbita. Fornecem, também, a presunção de que o pedido será analisado na sua parte material, ou seja, em substância. ACNUR. Comitê Executivo. *International...*, p. 34. É importante, perceber, no entanto, que não há uma aprovação do método utilizado para atribuir responsabilidade e, sim, um reconhecimento de que é salutar que exista um sistema de atribuição de responsabilidades.

obrigação de realizar o exame do mesmo. Tendo em conta a particularidade de estarmos tratando de países que se integram através de um amplo processo econômico e social, é de esperar que se criem mecanismos compensatórios, de forma a impedir que um Estado, em virtude de sua localização geográfica ou relação cultural/social com os demandantes de asilo, veja-se em situação de sobrecarga por receber muito mais refugiados do que outros membros.

Contudo, tal não foi a orientação seguida pelos membros da União Européia. Houve uma preferência por um modelo de atribuição de responsabilidade, quase que exclusivamente centrado no papel que o Estado-Membro desempenhou, seja possibilitando a entrada do solicitante através de uma isenção ou concessão de visto, ou, ainda, por ter descuidado de suas fronteiras exteriores e permitido o ingresso irregular do solicitante de asilo. Assim sendo, tal modelo, na verdade, é um mecanismo de gerenciamento de fronteiras e combate à imigração irregular, restando as questões de proteção internacional relegadas a um segundo plano.²¹⁵ Por essa razão e de forma até lógica, a responsabilidade pelo exame dos pedidos de asilo foi tratada, inicialmente, em conjunto com a mecânica do Espaço Schengen.

Com efeito, o primeiro instrumento a tratar da determinação do Estado responsável foi a Convenção de Aplicação de Schengen, vigente até o ano de 1997.²¹⁶ Esta normativa estabelece uma sistemática para o trato da responsabilidade sobre os pedidos de asilo que continua a ser utilizada nos instrumentos subseqüentes. Foi a referida convenção sucedida pela Convenção de Dublin²¹⁷, acordo, também, de natureza intergovernamental.²¹⁸ Somente após o surgimento do Tratado de Amsterdam iniciam-se, verdadeiramente, os debates relativos à criação de um instrumento comunitário que pudesse regular o Estado responsável pelo exame de um pedido de asilo.²¹⁹

²¹⁵ Para o ACNUR, acordos bilaterais ou multilaterais de transferência de responsabilidade não podem ser concebidos apenas como instrumentos de controle migratório. Deveriam, sim, ser uma parte de uma série de ferramentas que permitiriam lidar melhor com os refugiados no mundo. ACNUR. Unhcr's observations on the european commission's proposal for a council regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the member state responsible for examining an asylum application lodged in one of the member states by a third country national (COM (2001) 447 final), p 2. No mesmo sentido, James Hathaway afirma que "*Refugee law is a politically pragmatic means of reconciling the generalized commitment of states to self-interested control over immigration to the reality of coerced migration*". HATHAWAY, *The law...*, p. 231.

²¹⁶ Seu período de vigência iniciou em 1993, embora, tenha tornado-se operacional apenas em 26 de março de 1995.

²¹⁷ Convenção sobre a determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num Estado-Membro das Comunidades Européias – Convenção de Dublin. *JO*, nº C 254 de 19 ago. 1997. O período de vigência desta Convenção inicia-se em 01/09/1997 e finaliza em setembro de 2003.

²¹⁸ Islândia e Noruega participam do sistema de determinação do Estado responsável por um pedido de asilo. *JO* nº L 093 de 03 abr. 2001.

²¹⁹ Conforme prescreve o artigo 63(1)(a) do Tratado da Comunidade Européia.

Nesse intuito, não nos é possível negar que a Comissão Européia, efetivamente, analisou a problemática envolvida e chegou, inclusive, a apontar outras formas de lidar com a questão, ainda que, mantivesse a opinião de que o sistema não deveria se afastar da Convenção de Dublin.²²⁰ Assim, a proposta enviada pela Comissão ao Conselho, quando da discussão sobre o instrumento que substituiria a Convenção de Dublin, já previa que o novo regulamento mantivesse a dinâmica das normativas anteriores, pois, no entendimento da Comissão, seria prematuro alterar os procedimentos enquanto outras áreas não estivessem harmonizadas.²²¹ Como bem resume a Comissão Européia: “trata-se de uma opção política para a Comunidade Européia” atrelar a proteção internacional à migração.²²²

Existe, pois, uma clara preferência dos Estados-Membros em impedir que o solicitante possa escolher, por si mesmo, o Estado em que vai solicitar proteção. Julga-se conveniente retirar do solicitante a possibilidade de escolha, como forma de coibir que migrantes econômicos busquem um determinado país atraídos por razões de índole econômica e utilizem-se do pedido de asilo como forma de retardar sua possível deportação.²²³ Da mesma maneira, o temor de que um Estado-Membro possa ver-se sobrecarregado pela chegada de petionários de asilo impele para esta rígida sistemática de responsabilidade que, supostamente, teria o condão de impedir o *forum-shopping*.

Uma vez determinada a sistemática a ser seguida, aprovou-se no Conselho o Regulamento 343/2003, que veio a substituir a Convenção de Dublin e que, por isso, é

²²⁰ A Comissão citou quatro possíveis modelos que, segundo ela, teriam um “enfoque radicalmente distinto” do modelo anterior. O primeiro deles, seria baseado na atribuição de responsabilidade ao último país no qual o solicitante houvesse transitado. Contudo, é feita ressalva, afirmando que este sistema seria contrário à abolição das fronteiras internas, penalizando os Estados justamente por permitirem o livre trânsito. O segundo, focaria-se no histórico de imigração do solicitante, o que também traria o inconveniente de exigir provas, além de tornar o sistema arbitrário. O terceiro sistema enfatizaria o país de origem do solicitante. Assim, todos os solicitantes de um certo país seriam responsáveis de um único Estado, fruto dos vínculos históricos e culturais entre os dois países. A crítica feita centra-se, no fato de que tal sistema sobrecarrega o país hospedeiro em uma hipotética situação de emergência no país de origem. Por fim, o quarto sistema prevê que a responsabilidade cabe ao país onde é feita a solicitação. A Comissão censura tal modelo por entender que desvincula o Estado-Membro de suas obrigações de vigiar a fronteira exterior. (COMISSÃO EUROPÉIA. Nuevo examen del convenio de dublin. *JO*, C 254 de 19 ago. 1997, p 16).

²²¹ Segundo tal visão, as disparidades existentes entre os Estados-Membros em aspectos relevantes como “procedimentos de acesso ao estatuto de refugiado, nas condições de acolhimento dos requerentes de asilo e na organização das formas complementares de proteção” afetariam o funcionamento do sistema. Por esta razão, “não seria realista prever um dispositivo de determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de asilo fundamentalmente diferente da Convenção de Dublin”. (COMISSÃO EUROPÉIA. *Proposta de Directiva...*, p. 4).

²²² COMISSÃO EUROPÉIA. Nuevo..., p. 8.

²²³ *Ibidem*, p. 9.

conhecido como “Dublin II”.²²⁴ Seguindo os moldes anteriores, este Regulamento mantém o critério formal pelo qual cada Estado-Membro reconhece os demais como “país seguro”, desde que existente proteção contra o *refoulement*.²²⁵ Uma vez que a solicitação de asilo está sob análise, deve receber uma decisão final.²²⁶ Na prática a efetivação e funcionamento do Regulamento 343/2003 dependem, em grande parte, do sistema de identificação dactiloscópica de solicitantes de asilo, o chamado *Eurodac*, que cria um banco de dados de todas as pessoas que já solicitaram asilo em algum dos Estados-Membros.²²⁷

É muito importante destacar que o Regulamento 343/2003, tanto quanto as normativas que o antecederam, dirige-se única e exclusivamente para deslocados que se amoldem à Convenção de Genebra. Pessoas que recebem proteção internacional, segundo uma outra base, não estão abrangidas pelas normas Dublin II. Esta limitação perpetua o problema da assunção de responsabilidade em relação a pessoas que não estão no escopo genebrino de proteção. Isto parece ainda mais contraditório neste novo Regulamento, pois os ditames de Amsterdam clamam por uma política comum de asilo que, nos parece, deveria englobar tanto refugiados *stricto sensu* quanto pessoas beneficiadas com outras formas de proteção. Se assim não o é, contraditoriamente, acaba-se com o problema dos “refugiados em órbita” e, por outro lado, legitima-se que pessoas que não estão abrangidas na definição clássica de refugiado permaneçam esperando indefinidamente, ou que sofram sucessivos reenvios de Estado-Membro para Estado-Membro.

²²⁴ Regulamento 2003/343/CE do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de país terceiro. *JO*, n.º L 050, 25 fev. 2003. Daqui por diante, Dublin II ou Regulamento 343/3003.

²²⁵ Esta é uma obrigação **convencional** que garante este *status* de país seguro e, vai, portanto, além de uma declaração estatal unilateral. HURVITZ, Agnes. The 1990 Dublin Convention: a comprehensive assessment. *International Journal of Refugee Law*, v. 11, n. 4, 1999. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004, p. 647.

²²⁶ Cada Estado compromete-se a analisar o pedido até sua conclusão final, conforme o artigo 3 do Regulamento 343/2003. A normativa Dublin II é complementada por um outro Regulamento, que detalha a execução de algumas normas. Regulamento 2003/1560 da Comissão de 2 de Setembro de 2003 relativo às modalidades de aplicação do Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro. *JO*, L 222/3 de 5 set. 2003. Daqui por diante, Regulamento de Execução.

²²⁷ Como o sistema é fundamentado em atribuição de responsabilidade pela vigilância de entrada de estrangeiros, torna-se imprescindível que se possa identificar aqueles que porventura já tenham transitado por outro Estado-Membro. O *Eurodac* remonta ao período de vigência da Convenção de Dublin. Regulamento 2000/2725/CE do Conselho, de 11 de Dezembro de 2000, relativo à criação do sistema “Eurodac” de comparação de impressões digitais para efeitos de aplicação efectiva da Convenção de Dublin. *JO* n.º L 316 de 15 dez. 2000.

Afora esses problemas, Dublin II deixa completamente inalterado o problema da sobrecarga sobre um único Estado-Membro. Ainda que seja, em parte, verdadeiro que a harmonização legislativa e dos procedimentos é um importante passo em direção a uma distribuição mais eqüitativa dos refugiados, pois, diminui, em certa medida, o *fórum-shopping*, não é medida suficiente para realizar uma melhor equalização das responsabilidades.

A sistemática de determinação do Estado responsável pelo exame do pedido de asilo deixa de lado a necessária interação que deve existir entre os esforços nacionais e as iniciativas regionais. A primeira obrigação em se tratando de refugiados é, sempre, do Estado, que, no entanto, deve (ou deveria) ter seus esforços secundados e mitigados pela atuação regional.²²⁸ No caso da União Européia, o sistema em nada contribui para criar solidariedade entre os Estados-Membros e denota, em verdade, uma matriz individualista em que a preservação do interesse individual estatal confronta-se com os próprios ideais integracionistas.

Nem mesmo a criação do Fundo Europeu para Refugiados²²⁹, através de uma Decisão²³⁰ do Conselho, modificou esta situação. Ainda que seja um passo importante, seus reflexos são, por enquanto, mais políticos do que práticos. É importante destacar que o Fundo distribui auxílio financeiro de duas formas. Em primeiro lugar, há um rateio entre todos os Estados-Membros, sem levar em consideração o número de refugiados presentes no território do Estado. Por segundo, com os recursos restantes há uma distribuição entre os Estados-Membros levando em consideração o número de pessoas que estão sob tutela do Estado.

Esse modelo de compensação e auxílio é criticado em profundidade por Eiko Thielemann. Afirma o autor que, ao distribuir igualmente os fundos, sem tomar em conta o esforço que o Estado depreende, nenhum avanço em termos de *burden-sharing* está se concretizando. Em relação à segunda modalidade de distribuição de recursos, aduz o autor

Para mais informações, ver AUS, Jonathan P. *Eurodac: a solution looking for a problem*. Disponível em: <<http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2006/papers/wp0609.xml>> Acesso em 12 jul. 2006.

²²⁸ ACNUR. Comitê Executivo. *International solidarity and burden-sharing in all its aspects: national, regional and international responsibilities for refugees*. *Refugee Survey Quarterly*, v. 17, n 4, 1998. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 ago. 2005, p. 32.

²²⁹ Decisão 2000/596/CE do Conselho, de 28 de setembro de 2000, que cria o Fundo Europeu para os Refugiados. *JO*, L 252/12 de 6 out. 2000.

²³⁰ A Decisão é um ato de direito comunitário derivado, diretamente aplicável, que vincula seu destinatário, tanto particular como, também, Estado-Membro e deve ser cumprida em toda sua extensão.

que, mesmo que o Fundo compense os Estados-Membros com maior número de refugiados, deixa de considerar a relação entre o tamanho da população, riqueza produzida e o número de refugiados que o Estado abriga, pois, esta é, efetivamente, a equação a ser observada em um acordo respeitador das capacidades de cada Estado-Membro.²³¹

Não bastassem essas dificuldades conjunturais há, ainda, o problema de cumprimento e observância das regras de Dublin II, que formam um intrincado sistema que dificulta sobremaneira sua implementação na prática administrativa dos Estados-Membros.

A seguir, analisaremos as regras que determinam a responsabilidade sobre os solicitantes de asilo dentro do espaço integrado.

§ 1º Os critérios de responsabilização dos Estados-Membros

O Regulamento 343/2003 cria uma hierarquia de critérios a serem seguidos na determinação do Estado-Membro responsável pelo exame do pedido de asilo.²³² Em teoria, podemos dizer que o primeiro e mais importante critério a nortear a mecânica de Dublin II é a exigência de unidade familiar. Entretanto, como o próprio regulamento deixa claro, tal desiderato deve compatibilizar-se com as demais obrigações atinentes à responsabilização, ou seja, outros critérios, na prática, podem ter preponderância em determinadas situações, mesmo que, sistemicamente, estejam colocados em hierarquia inferior.²³³

É de se notar, inicialmente, que a definição de família utilizada nesta normativa, representa o conceito de família nuclear clássico dos países europeus.²³⁴ E, em termos de

²³¹ THIELEMANN, Eiko R. Between interests and norms: explaining burden-sharing in the European Union. *Journal of Refugee Studies*, v. 16, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 09 nov. 2004, p.18-19.

²³² Conforme o artigo 5(1) do Regulamento 343/2003.

²³³ Considerandos do Regulamento 343/2003, item nº 6: “A unidade das famílias deve ser preservada, desde que tal seja compatível com os outros objectivos prosseguidos, através do estabelecimento de critérios e mecanismos de determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de asilo.”

²³⁴ Norma do artigo 2(i) do Regulamento 343/2003. Membros da família são, portanto, o cônjuge ou companheiro (se a legislação do Estado-Membro assim o permitir) e os filhos menores, desde que solteiros e dependentes. Duas questões aqui têm grande importância. A primeira, é que a exigência de que a família tenha se constituído no país de origem parece olvidar que, em realidade, a fuga pode perdurar por vários anos até um refugiado alcançar um país em que receba proteção. Assim, durante este lapso de tempo pode ter se originado a

proteção internacional, tal definição pode revelar-se insuficiente para atender casos de perseguição cujo reflexo atinge uma gama variada de pessoas que ultrapassa os limites desta definição.²³⁵

Segundo a hierarquia de critérios de unidade familiar de Dublin II, o primeiro escopo é proteger a situação do menor não acompanhado.²³⁶ Assim, será responsável pelo exame do pedido o Estado-Membro em que, porventura, estiver um membro da família do menor, desde que o familiar se encontre em situação **legal**.²³⁷ Tal responsabilização deve obedecer às prerrogativas da criança, ou seja, o “interesse superior do menor” indica se, na prática, a melhor solução é a reunião com um familiar.²³⁸ Esta norma, além de proteger os interesses do menor, traz em si, também, outro aspecto bastante positivo. Tendo em vista que nem sempre existe a possibilidade de membros da família nuclear estejam em situação de atender aos interesses do menor, a presença de outros membros de sua família poderá estabelecer um vínculo de responsabilidade entre o menor e o Estado-Membro.²³⁹

Segundo a normativa Dublin II, o seguinte critério de unidade familiar encontra-se no artigo 7. Possui esta disposição uma série quase interminável de exigências que podem

família. A segunda questão, salientada também pelo ACNUR, é que a definição de família traz dúvidas em relação ao próprio casamento, deixando ao alvitre dos Estados o reconhecimento ou não de situações de união estável. Além deste fato, dúvidas podem surgir se o casamento for do tipo “religioso” no caso de o Estado-Membro exigir o casamento civil como pré-condição de reconhecimento. (ACNUR. *The Dublin II Regulation*: a UNHCR discussion paper. 2006. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/news/opendoc.htm?tbl=NEWS&page=home&id=446c83b52>> Acesso em 15 abr. 2006, p. 26.

²³⁵ Muitos familiares ou pessoas sob dependência podem ver-se em situação desesperadora. Mesmo que não atingidos, diretamente, por atos de perseguição sua situação pode tornar-se insustentável tendo em vista as dificuldades que passam a enfrentar após a fuga dos familiares perseguidos. Entretanto, pelos parâmetros atuais das disposições comunitárias muito dificilmente sua situação propiciará um outorgamento de proteção. Assim, somente através da reunificação familiar poderiam encontrar amparo para sua caótica situação. Essa situação será melhor examinada em outra parte desse trabalho.

²³⁶ O menor que acompanha familiares tem sua condição atrelada à de sua família, cuja situação é definida conforme os termos do artigo 4(3) do Regulamento 343/2003. A definição de “menor não acompanhado” é “pessoa solteira, menor de dezoito anos, que entre no território de um Estado-Membro sem ser acompanhado por um adulto que por ele seja que por ele seja responsável, por força de lei ou do costume, e enquanto não for efectivamente tomado a cargo por esse adulto; estão incluídos os menores que ficam desacompanhados após sua entrada no território do Estado-Membro”, segundo a dicção do artigo 2(h) do Regulamento 343/2003. O ACNUR insta que os Estados-Membros procedam com extrema cautela ao examinar a idade da criança, pois, se esta for considerada “adulto” perderá, via de regra, o benefício da reunificação familiar. (ACNUR. *The Dublin...*, p. 24).

²³⁷ Conforme o artigo 6 do Regulamento 343/2003. Segundo a opinião do ACNUR, o “interesse superior da criança” deve pautar todas as situações, e não deve se limitar a membros da família que estejam **legalmente** no território de um Estado-Membro. (Ibidem, p. 57).

²³⁸ Artigo 3º(1) da Convenção Sobre os Direitos da Criança: “Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança”.

²³⁹ Esta situação está, inclusive, reconhecida no Regulamento de Execução, artigo 12.

conduzir a criação de responsabilidade para um Estado-membro. Tal norma exige a presença de um refugiado cujo *status* já tenha sido reconhecido como forma de possibilitar o vínculo de responsabilidade do país. Aqueles que possuem familiares reconhecidos, segundo os moldes da Convenção de Genebra, têm este direito, desde que os laços familiares já estejam constituídos no país de origem. O citado refugiado deve ter, também, assegurado seu direito de residência no Estado-Membro. E, por fim, exige-se, salutarmente, que os solicitantes concordem com esta transferência de responsabilidade.

Uma inovação trazida por Dublin II, albergada no artigo 8º, impõe que caso um membro da família tenha solicitado o reconhecimento do *status* de refugiado, mesmo que, ainda, sem uma decisão final, realize o mesmo Estado-Membro o exame das solicitações dos familiares restantes. Este expediente proporciona a reunião das famílias, além de possibilitar um melhor exame do fundo da questão e economia de procedimentos.²⁴⁰

Tendo em vista que Dublin II é nada mais do que um sistema de atribuição de responsabilidades, buscou-se criar uma norma que permita que a aplicação literal de outras cláusulas não venha a separar membros de uma mesma família. Com efeito, em muitas situações, os solicitantes são obrigados a adentrar o espaço integrado por diferentes rotas, pois esta é a única forma que lhes resta para atingirem a Europa. Assim, se os pedidos são apresentados de forma simultânea ou bastante próxima, mesmo que em Estados-Membros diferentes, realiza-se a junção de responsabilidade, nos termos do artigo 14 de Dublin II.²⁴¹ Não está definido, entretanto, qual o espaço temporal de incidência dessa norma.

No que tange aos fundamentos da responsabilização desvinculados das exigências de reunificação familiar, as hipóteses são diversas, porém, implicitamente focadas no mesmo objetivo, isto é, coibir a imigração irregular através da “penalização” do Estado-Membro que não for criterioso e diligente em relação à entrada de estrangeiros no espaço integrado.²⁴² Tanto a autorização de residência como a concessão de visto podem tornar responsável o Estado-Membro.

²⁴⁰ Artigo 8 do Regulamento 343/2003. Na Convenção de Aplicação de Schengen e na Convenção de Dublin exigia-se decisão final. A norma de Dublin II parece, entretanto, conter uma limitação, pois, enuncia que a questão não deve, ainda, ter sido “objecto de uma primeira decisão”. No nosso entendimento, mesmo no caso do pedido ter sido indeferido e encontrar-se em fase de recurso deve haver a atribuição de responsabilidade.

²⁴¹ Duas serão as determinantes. A primeira, é que será responsável o Estado-Membro que receber o maior número de pedidos. O segundo critério atribui a obrigação ao Estado que receber o pedido do membro mais idoso. Conforme artigo 14, alíneas (a) e (b), do Regulamento 343/2003.

²⁴² Artigos 9(1) e 9(2) do Regulamento 343/2003.

Em relação à autorização de residência, nada há a dizer, tendo em vista o número reduzido dessas concessões estatais. Quanto ao contexto da emissão de vistos, valem os comentários referentes às dificuldades encontradas pelos refugiados para atingir o espaço integrado. Nem sempre chega o refugiado ao país no qual ele realmente pretende solicitar asilo. É absolutamente comum que não exista consulado no país de origem, o que o obriga a se utilizar da concessão de visto de outro Estado-Membro.²⁴³ Isto fatalmente vai estimular os movimentos secundários dos solicitantes, algo que, justamente, Dublin II tenta evitar. Tal fato é demonstrativo de uma falta de visão integrada do problema cujos reflexos, infelizmente, não tardam a aparecer na atribuição de responsabilidades.

Em realidade, o mais importante critério de responsabilidade, nos moldes de Dublin II, é a entrada irregular no território do Estado-Membro. Assim, caso comprovado que houve uma passagem irregular de fronteiras, resta obrigado o Estado-Membro.²⁴⁴ Tal responsabilização é feita através de listagem de provas e de indícios, constantes do Regulamento de Execução.²⁴⁵ As provas, por sua maior certeza e segurança jurídica, são, em princípio, demonstrativas da responsabilidade do Estado.²⁴⁶ Já os indícios necessitam ser sopesados com maior cautela na atribuição de responsabilidade e, o mais das vezes, não basta um para configurar a responsabilidade.²⁴⁷

Mesmo com essa sistemática complexa nem sempre é possível comprovar a responsabilidade do Estado-Membro, pois as provas de entrada irregular nem sempre são claras ou precisas. Assim, se evidenciado que o solicitante permaneceu por um período de cinco meses em um Estado-Membro, antes de apresentar o pedido de asilo, torna-se responsável este Estado.²⁴⁸ Nesse caso, as provas incluem autorização de residência, emissão de ordem de afastamento ou, ainda, registros em hospitais ou centros prisionais. Essa norma,

²⁴³ THE DUBLIN convention: study on its implementation in the 15 members states of the European Union. Comissão Europeia; Danish Refugee Council, 2001. Disponível em: <<http://www.drc.dk/>> Acesso em: 3 set. 2004, p. 86.

²⁴⁴ Artigo 10(1) do Regulamento 343/2003.

²⁴⁵ Anexo II do Regulamento de Execução do Regulamento 343/2003. É uma listagem ampla e complexa, pois, cada artigo de Dublin II passível de atribuir responsabilidade a um Estado-Membro possui sua lista referencial indicativa de provas e de indícios.

²⁴⁶ Entre os meios considerados como “provas”, citamos, entre outros, resultado positivo fornecido pelo *Eurodac*, carimbo de entrada em passaporte falso ou falsificado, carimbo de saída de Estado-Membro e título de transporte. Anexo II, lista A, do Regulamento de Execução.

²⁴⁷ A lista de indícios inclui, entre outros, declarações do próprio solicitante de asilo, relatórios de organizações internacionais, impressões digitais não colhidas na fronteira, bilhetes de transporte, faturas de hotel. Conforme Anexo II, lista B, do Regulamento de Execução.

²⁴⁸ Conforme artigo 10(2) do Regulamento 343/2003.

por óbvio, é uma forma de desobrigar Estados-Membros que possuem fronteiras mais vulneráveis, como, por exemplo, os países do Mediterrâneo.

Se, porém, através dos critérios antes mencionados, não se chegar a determinar a responsabilidade de um Estado-Membro, é utilizado o critério subsidiário.²⁴⁹ Segundo este critério, há atribuição de responsabilidade com base no local em que o pedido de proteção internacional é apresentado. Essa cláusula representa, a nosso juízo, o critério que melhor atende aos interesses do solicitante e, ao mesmo tempo, facilita o próprio funcionamento do sistema de asilo. É bastante provável que as razões que levaram o refugiado a um determinado país possibilitem uma melhor estada para este, o que diminui as dificuldades do Estado-Membro em integrar a pessoa à sociedade e, especialmente, ao mercado de trabalho.

Todavia, dentro da sistemática Dublin II existem ainda outras normas cujo objetivo é transferir o solicitante de asilo para outro Estado-Membro, a despeito da vontade pessoal deste.

§ 2º A transferência de responsabilidade para outro Estado-Membro

Os requisitos para que se efetue a transferência de responsabilidade de Estado-Membro para Estado-Membro obedecem a dois parâmetros. O primeiro é de voluntariedade e possibilita a um Estado-Membro assumir o exame do pedido de asilo, por iniciativa própria ou por aceitar a responsabilidade depois de uma solicitação feita por outro Estado-Membro. O segundo parâmetro, por sua vez, exsurge de um movimento secundário realizado pelo solicitante de asilo no espaço integrado, ou, mesmo em virtude do não-afastamento de um solicitante que tenha retirado seu pedido ou cuja solicitação foi rejeitada. Não há que cotejar, nessa última sistêmica, sobre o desejo do Estado-Membro em aceitar o encargo, pois, trata-se de peremptória obrigação. A denominação utilizada em relação a essa assunção vinculativa de responsabilidade é “tomada a cargo” e “retomada a cargo”

²⁴⁹ “Sempre que o Estado-Membro responsável pela análise do pedido de asilo não possa ser designado com base nos critérios enumerados no presente regulamento, é responsável pela análise do pedido o primeiro Estado-Membro em que este tenha sido apresentado”. Artigo 13 do Regulamento 343/2003.

Na tomada a cargo, o solicitante realiza pedido de asilo em um Estado-Membro, contudo, conforme entendimento das autoridades deste país, outro Estado-Membro é o “verdadeiro” responsável. Se confirmada a hipótese, deve o Estado-Membro requerido tomar a cargo o solicitante de asilo e finalizar o exame do pedido.²⁵⁰

A retomada a cargo, por sua vez, é um critério de readmissão no território, ou seja, o Estado retoma sob sua jurisdição um solicitante que já havia feito um pedido de asilo anteriormente e que, não obstante, moveu-se dentro do espaço integrado.²⁵¹ Três são as hipóteses que obrigam o Estado a retomar a cargo. Em primeiro lugar, se o pedido de asilo ainda estiver sob análise, deve o Estado tomar de volta o solicitante que realiza pedido em outro Estado-Membro.²⁵² A segunda possibilidade configura-se quando o solicitante, durante o procedimento de reconhecimento da condição de refugiado, retira o seu pedido e move-se em direção a outro membro do espaço integrado.²⁵³ Por fim, caso um solicitante que já teve seu pedido analisado e indeferido por um Estado-Membro, encontrar-se, sem autorização, no território de outro Estado-Membro, tem o primeiro a obrigação de readmitir o solicitante.²⁵⁴

A retomada a cargo tem sido alvo de constantes críticas, como, por exemplo, em relação à inexistência de um prazo final para solicitar a retomada a cargo por outro Estado-Membro.²⁵⁵ Isto resulta em esperas longas, sem garantias, sem direitos e sem que nenhuma decisão sobre o fundo do caso seja tomada. Outra recriminação, esta, ainda mais grave, é o não cumprimento da obrigação de concluir o exame do pedido de proteção quando efetivada a transferência ao Estado-Membro responsável. Neste último caso, existe a ameaça de o Estado-Membro ter finalizado o exame da petição durante o período em o solicitante esteve em outro país do espaço integrado. Assim, pode o solicitante encontrar severa resistência em ver seu

²⁵⁰ Conforme artigos 16(1)(b) e 17 do Regulamento 343/2003. É importante dizer que existe um prazo de três meses para solicitar está tomada a cargo, sob pena de assunção obrigatória da responsabilidade.

²⁵¹ Artigo 16 do Regulamento 343/2003. É, por excelência, o critério que visa combater o “abuso” do direito de asilo, através de pedidos realizados subsequentemente em diferentes países.

²⁵² Artigo 16(1)(c) do Regulamento 343/2003.

²⁵³ Artigo 16(1)(d) do Regulamento 343/2003.

²⁵⁴ Artigo 16(1)(e) do Regulamento 343/2003. Esta norma consagra a responsabilidade de todos os Estados-Membros realizarem os afastamentos de forma eficaz. Somente em caso de o Estado ter tomado todas as medidas necessárias para o afastamento, desobrigar-se-á em relação ao solicitante. Esta ressalva vale, também, para os casos de retirada do pedido de asilo, conforme Artigo 16(4) do Regulamento 343/2003. Para o Estado-Membro se eximir deste tipo de responsabilização, o solicitante deve ter abandonado o espaço comum por um período de, pelo menos, três meses, conforme o artigo 4(5) do Regulamento 343/2003.

²⁵⁵ ACNUR. *The Dublin...*, p. 58.

caso reaberto, quando não implicar em *refoulement*, se confirmada a remoção sem que a petição tenha sido completamente examinada.²⁵⁶

Há, como antes mencionado, duas possibilidades para derrogações dos critérios de atribuição de responsabilidade. A primeira é conhecida como cláusula de soberania, ou, também, como cláusula *opt-out*.²⁵⁷ A segunda é a chamada cláusula humanitária, por sua própria denominação em Dublin II.²⁵⁸

É preciso, primeiramente, destacar que a cláusula de soberania é um ato voluntário do Estado. É o Estado-Membro que decide, por ato próprio, assumir a responsabilidade, mesmo que os critérios apontem a responsabilidade para outro Estado do espaço integrado. Tal norma é uma poderosa ferramenta e pode, inclusive, corrigir distorções da sistemática de Dublin II, especialmente em casos de reunificação familiar, ou, ainda, quando existente a possibilidade de um *refoulement* indireto.

A par desta aplicação *pro homine*, essa mesma regra tem sido utilizada com propósitos diversos e menos nobres. Assim, um determinado Estado-Membro, ao se deparar com um pedido de proteção internacional que, *prima facie*, aparenta ser “manifestamente infundado”, assume a responsabilidade com o único objetivo de rapidamente afastar esta pessoa do território da União Européia.²⁵⁹ Esta prática tem, ainda, o condão de inibir o controle judicial dado que está amparada no discricionarismo estatal, o que dificulta a demonstração da ilicitude do comportamento do Estado-Membro.²⁶⁰ Exatamente por estas práticas contrárias ao

²⁵⁶ O caso da Grécia é paradigmático, pois, este Estado-Membro possui uma legislação que permite que o caso não volte a ser examinado se o período de afastamento da Grécia for superior a três meses. Para uma análise completa desta situação ver, PAPANIMITRIOU, Panayotis N. The new “dubliners”: implementation of European Council regulation 343/2003 (Dublin II) by the greek authorities. *Journal of Refugee Studies*, v. 18, n 3, 2005. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 09 dez. 2005. Por essa razão, sugere o ACNUR que se crie uma regra obrigando a um exame completo e total do pedido no caso de uma pessoa ser retornada com base nos critérios de retomada a cargo. (ACNUR, *The Dublin...*, p. 50).

²⁵⁷ Artigo 3(2) do Regulamento 343/2003. “Em derrogação do n° 1, cada Estado-Membro tem o direito de analisar um pedido de asilo que lhe seja apresentado por um nacional de um país terceiro, mesmo que essa análise não seja de sua competência por força dos critérios definidos no presente regulamento. Nesse caso, este Estado torna-se responsável, na acepção do presente regulamento, e assume as obrigações inerentes a essa responsabilidade. Se for caso disso, informará o Estado-Membro responsável, aquele que conduz o processo de determinação do Estado responsável ou aquele que foi requerido para efeitos de tomada ou retomada a cargo”.

²⁵⁸ Artigo 15 do Regulamento 343/2003.

²⁵⁹ THE DUBLIN..., p 90. O ACNUR, comentando esta prática recomenda energicamente que a cláusula de soberania seja aplicada em proveito do solicitante ou de sua família. Tal aplicação não deve ser dar de forma a prejudicar outros mecanismos de cunho humanitário presentes em Dublin II. (ACNUR, *The Dublin...*, p. 58.

²⁶⁰ HURVITZ, *The 1990...*, p. 659.

espírito da letra da norma é que soa paradoxal a não obrigatoriedade de concordância, por parte do solicitante de asilo, desta assunção de responsabilidade feita por Estado-Membro.²⁶¹ Pela rígida normativa Dublin II, portanto, uma vez que a pessoa faz o pedido de reconhecimento da condição de refugiado, implicitamente, reconhece que o Estado-Membro requerido é aquele no qual buscava amparo.

No que tange à chamada cláusula humanitária²⁶², à diferença da cláusula de soberania, há uma exigência de solicitação expressa por parte de um dos Estados-Membros que, via de regra, baseia seu pedido em razões de índole cultural ou familiar.²⁶³ Deve haver, também, o consentimento do solicitante em relação ao pedido de transferência de responsabilidade. Caso o Estado-Membro solicitado aceite o pedido, deve assumir a responsabilidade e tomar para si o solicitante. Em caso de recusa, há um Comitê de Conciliação que delibera sobre o pedido. Sua decisão, no entanto, não é vinculativa, dado o caráter de voluntariedade na assunção de responsabilidade.²⁶⁴ É de destacar que essa disposição tem a virtude de direcionar o foco do problema na pessoa do solicitante de asilo. A relação pessoal do peticionário com um determinado país é que faz o elo de ligação entre o refugiado e a assunção de responsabilidade pelo Estado-Membro, algo raro e incomum na normativa Dublin II.²⁶⁵

A cláusula humanitária é complementada por outra norma, presente no artigo 15(2) do Regulamento 343/2003, que abrange situações de gravidez ou doença, limitação física ou,

²⁶¹ Isto representa um retrocesso em Dublin II, e retoma a forma que a norma possuía na Convenção de Aplicação de Schengen, ou seja, sem exigir anuência do solicitante. Na Convenção de Dublin, havia a exigência de aceitação pelo solicitante, o que tornava a norma extremamente favorável à proteção dos refugiados e, mais do que isso, prevenia estes casos em que o Estado-Membro se utiliza de expedientes escusos com o fito de não realizar uma análise adequada da situação do solicitante.

²⁶² A cláusula humanitária já estava presente na Convenção de Aplicação de Schengen, artigo 36, e também na Convenção de Dublin, artigo 9. A mera existência destas cláusulas derogatórias demonstra a ineficácia e contradição do próprio sistema de atribuição de responsabilidade.

²⁶³ Estes vínculos são aqueles que, na visão do ACNUR, seriam os mais adequados para criar um sistema de atribuição de responsabilidade. (ACNUR. *UNHCR's observations on the European Commission's proposal for a Council regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third country national (COM (2001) 447 final)*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/txis/vtx/home?id=search>> Acesso em: 12 maio 2005, p.3.

²⁶⁴ Artigo 14 do Regulamento de Execução. Aponta o ACNUR que existem alguns problemas em torno à esta cláusula humanitária. Em primeiro lugar, muitos Estados a aplicam de forma errônea, fazendo confusão entre a cláusula de soberania e a primeira. Em segundo lugar, alguns Estados-Membros reportam que seu pedido é negado com base em provas insuficientes do vínculo familiar. Dessa forma, sugere o ACNUR uma flexibilização desta exigência, pois, tal nível de prova prejudica a efetividade desta norma. (ACNUR, *The Dublin...*, p. 34-35).

²⁶⁵ Não é outra a posição do ACNUR que, analisando a proposta da Comissão, afirma que os critérios que deveriam gerar a ligação com um Estado e, portanto, a responsabilidade, deveriam centrar-se em vínculos tais

ainda, se o solicitante conta com idade avançada. Em tais situações, o solicitante vulnerável permanecerá junto a familiares ou se reunirá aos mesmos no Estado-Membro em que se encontrem para futuro exame do seu pedido. Tal regra, entretanto, exige que o vínculo já esteja constituído no país de origem.²⁶⁶

Por fim, a última variante desta cláusula humanitária faculta que, no interesse superior do menor não acompanhado, seja este reunido a familiares presentes em outro Estado-Membro.²⁶⁷ Nessa norma, ao que nos parece, tais familiares não necessariamente precisam ter sua condição de permanência legalizada dado que não há nenhuma alusão à isto no dispositivo.

Tendo em vista que o procedimento de responsabilização comunitário envolve uma técnica diferenciada, sem contar que exige uma logística própria, julgamos conveniente, agora, realizar uma breve avaliação sobre o funcionamento prático dessa sistêmica.

§ 3º Avaliação geral do sistema de responsabilização inter partes

Ao compormos uma apreciação do sistema de responsabilização, encontramos muitas contradições e, também, baixa operacionalidade da regulação. O primeiro ponto a ser severamente questionado é a não existência de efeito suspensivo em caso de transferências dos solicitantes.²⁶⁸ Isso prejudica, em muito, a defesa dos solicitantes, dado que, uma vez efetuada a transferência, fica difícil conseguir o retorno para o primeiro Estado-Membro. Caso o recurso seja provido, terá havido um gasto e um esforço para transferência absolutamente desnecessários. Dessa maneira, seria importantíssimo que o solicitante pudesse

como “ligações familiares, laços culturais, conhecimento da língua, posse de autorização de residência e período anterior de residência em outro Estado [...]”.ACNUR, *Unhcr’s...*, p. 3. (tradução livre).

²⁶⁶ Artigo 15(2) do Regulamento 343/2003. Interessante notar que esta regra cria uma obrigação, pois se utiliza da expressão “manterão, por norma, juntos ou reunirão”, algo bastante positivo.

²⁶⁷ Artigo 15(3) do Regulamento 343/2003.

²⁶⁸ No Regulamento 343/2003 as normas relativas ao recurso contra a transferência estão nos artigos 19(2) e 20(1)(e), além de constarem, também, no Regulamento de Execução, cujo Capítulo III regula a transferência e o modo de operacionalizá-la. É importante dizer que Dublin II não veda a existência de recurso suspensivo. Alguns Estados-Membros, inclusive, oferecem efeito suspensivo, mas a prática é bastante díspare, sendo que alguns Estados-membros só concedem o recurso em situações extremas. Para estas informações ver ACNUR, *The Dublin...*, p. 19-20.

permanecer no território até que seu recurso contra a transferência fosse plenamente examinado.

Questão também muito relevante é o solicitante de asilo receber informação sobre o procedimento de determinação da responsabilidade. Inicialmente, a pessoa deveria ser informada de que há um procedimento administrativo relativo à Dublin II e que não estaria, ainda, sendo analisada a substância do pedido de proteção internacional.²⁶⁹ Da mesma maneira, em caso de transferência, deveria o requerente de asilo ser informado, em prazo razoável, para que pudesse ultimar providências e impetrar eventual recurso contra a transferência.²⁷⁰ Este procedimento de informações prestadas carece de melhor sistematização e contribui sensivelmente para a vulnerabilidade dos solicitantes de asilo que, muito dificilmente, compreendem a mecânica do procedimento à que estão submetidos.

Certo é, também, que os prazos para efetuar a transferência são bastante dilatados, podendo chegar a dezoito meses, período em que os solicitantes estão excluídos da vida do país em que remanescem e, o mais das vezes, sem direito a buscar trabalho. Sobrevivem, portanto, do assistencialismo, isso acaso existente benefícios estatais. Nesse sentido, é importante frisar que Dublin II não regula benefícios sociais aos solicitantes de asilo e, por outro lado, a Diretiva 9/2003, relativa às normas de acolhimento dos requerentes de asilo²⁷¹, não menciona os solicitantes que estão aguardando uma decisão sobre a sua transferência. Tal situação deixa estes solicitantes numa espécie de vazio legal em que fica até difícil dizer em que *status* migratório os mesmos se enquadram.

Esta situação de indefinição e demora produz duas conseqüências diretas. A primeira, é que em razão da demora excessiva os solicitantes, muitas vezes, evadem-se e preferem permanecer na condição de imigrantes irregulares, muito especialmente, caso tenham ser conduzidos para Estado-Membro onde sabem que, dificilmente, terão seu pedido reconhecido. Em segundo lugar, os Estados passam a utilizar-se da detenção como forma de efetivar a futura transferência, mesmo quando esta tem caráter de voluntariedade.

²⁶⁹ Assim, deve ficar claro ao solicitante que são diferentes às informações que ele vai prestar. Ele deve compreender que serão dois procedimentos diferenciados. Em verdade, deveriam existir entrevistas diferentes, relativas à cada um dos procedimentos.

²⁷⁰ Afirma o ACNUR que o solicitante deve ser imediatamente informado de sua transferência, e numa língua que o mesmo possa compreender. ACNUR, *Unhcr's...*, p. 4-5.

²⁷¹ Directiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003 que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros. *JO*, L 31/18, de 6 fev. 2003.

Segundo dados do ACNUR, de todas as solicitações de asilo feitas na União Européia em 2005, somente 15% das mesmas recebeu tratamento nos moldes de Dublin II. E, a par disso, mesmo quando existe aceitação do Estado-Membro, somente 30% das transferências realmente efetivam-se.²⁷² Estatísticas demonstram, também, uma obviedade: países do sul da Europa acabam tendo que assumir maior número de solicitantes, dado que suas fronteiras são mais permeáveis à entrada irregular.²⁷³

Com a normatização do Estado-Membro responsável pelo exame do pedido de asilo, atinge a União Européia um estágio que permite, em teoria, a supressão do fenômeno dos refugiados em órbita dentro do espaço integrado. Não obstante esta realidade, afirmam-se, com cada vez mais força, algumas políticas e práticas que, contrariamente ao esforço harmonizatório realizado, retiram grande parte da coerência normativa do direito comunitário e prejudicam, também, a segurança dos refugiados. Assim, países terceiros são chamados, quase que à força, a participarem, de forma indireta e mediata, da política de asilo comunitária. Esse o nosso tema adiante.

Seção II – Os reenvios *extra parte*

Foi no contexto do nascimento das demais práticas restritivas européias, ou seja, ao longo da década de 1980, que se formou a mais redutiva e contraditória política em relação ao direito de asilo, a chamada política de terceiro país seguro ou “*safe third country*”, hoje erigida em um dos marcos da política de asilo da União Européia.²⁷⁴

Segundo esta prática, um solicitante de asilo, deixa seu Estado de origem “A”, transita ou permanece por determinado período em um Estado “B”, para finalmente atingir o Estado “C” que é, enfim, o almejado país de asilo. Tendo em vista que o solicitante transitou ou

²⁷² ACNUR, *Unhcr's...*, p. 1-2. Para informações detalhadas, ver Anexo II, *Idem*. Estes números, ainda que iniciais, demonstram que Dublin II não proporcionou um incremento das transferências efetivadas. Pelo contrário, dados relativos à Convenção de Dublin indicavam uma taxa de transferência efetivada em torno de 35 a 50%, conforme, THE DUBLIN..., p 118-119.

²⁷³ *Ibidem*, p. 2.

²⁷⁴ A primeira vez que este conceito é transformado em disposição de direito interno se dá na Dinamarca, no ano de 1986, razão pela qual esta prática é conhecida, também, como *danish clause*. BYRNE; NOLL; VEDSTED-HANSEN, *Understanding...*, p 360. No entanto, mesmo anteriormente à esse período já existiam reenvios, ainda que sob uma base jurídica menos explícita do que a citada *danish clause*.

permaneceu certo período no Estado “B”, a responsabilidade pela determinação do *status* de refugiado é desse citado Estado de trânsito e não do Estado “C”, fato este que justifica o reenvio do solicitante de asilo para a jurisdição do Estado “B”.²⁷⁵

Como, dentro da União Européia, já esta implementado o sistema de atribuição de responsabilidade, estes reenvios são utilizados em relação a países que não são membros do espaço integrado. Isto é, convivem, dentro da União Européia, dois sistemas de atribuição de responsabilidades. O primeiro é o sistema interno, Dublin II. O segundo é bem menos sistematizado e depende mais da rotina interna dos Estados-Membros. Seu alcance, porém, é quase ilimitado e funciona, basicamente, como meio de implementar a política de afastamento da União Européia em relação aos solicitantes de asilo.²⁷⁶

Em termos jurídico-administrativos, o reenvio para um país no qual o solicitante de asilo não recebeu nenhum tipo de proteção é o reenvio para “terceiro país seguro”. Caso o solicitante de asilo já tenha usufruído de algum tipo de proteção neste país, esse reenvio é denominado de reenvio para “primeiro país de asilo”.²⁷⁷ No entanto, como o primeiro termo é mais abrangente é usado, costumeiramente, para designar as duas formas de reenvio.²⁷⁸ Cabe frisar, também, que estes reenvios se dão sem que tenha sido realizada a análise quanto à substância do pedido, ou seja, atuam, sempre, pré-procedimento.

Este tipo de medida, defendida por grande parte dos países desenvolvidos, seria uma forma de realizar uma melhor distribuição dos refugiados, segundo argumentam os defensores da prática. Portanto, a política de terceiro país seguro seria um meio, ainda que indireto, de repartir os esforços na comunidade internacional, o que contribuiria para a proteção internacional dos refugiados. Além disso, através do reenvio, impediria-se o *forum shopping*,

²⁷⁵ A denominação é “terceiro país seguro”, pois, há um primeiro país, no caso, o Estado de origem do refugiado. O segundo país é o Estado em que o refugiado solicita asilo. Já o terceiro é o país no qual o refugiado solicitou ou deveria ter solicitado o reconhecimento da condição de refugiado e no qual, entretanto, não permaneceu.

²⁷⁶ No Regulamento 343/2003 (sistema Dublin II) existe menção expressa à política de terceiro país seguro, demonstrando que há uma interação entre determinar o Estado responsável pelo exame do pedido e a faculdade de não realizar o exame da solicitação através de uma medida de reenvio para outro Estado. O artigo 3(3) do Regulamento 343/2003 afirma que “Os Estados-Membros mantêm a faculdade de, em aplicação dos respectivos direitos nacionais, enviar um candidato a asilo para um país terceiro, com observância das disposições da Convenção de Genebra”.

²⁷⁷ A normativa comunitária segue exatamente essa divisão, como veremos adiante.

²⁷⁸ TAYLOR, Savitry. Protection Elsewhere/Nowhere. *International Journal of Refugee Law*, v. 18, 2006. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 28 jun. 2006, p.288-289. Outros autores, como Lopez Garrido preferem utilizar apenas a expressão “primeiro país de asilo” para englobar as duas vertentes. LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 53.

pois seria retirada a motivação de escolher um determinado país para solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.²⁷⁹ No entanto, muitas dúvidas rondam esta sistemática e, inclusive, sua pertinência e validade jurídica são, no mínimo, dúbias, prejudicando o proclamado ideal positivista de segurança jurídica.

§ 1º A fragilidade da base legal internacional dos reenvios

A prática dos reenvios teria sua base legal internacional fundada em norma presente na Convenção de Genebra, mais especificamente no artigo 31 desta Convenção. Vejamos, inicialmente, a letra da lei:

Refugiados em situação irregular no país de refúgio

1. Os Estados Contratantes 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.
2. Os Estados Contratantes não aplicarão aos deslocamentos de tais refugiados outras restrições que não as necessárias; essas restrições serão aplicadas somente enquanto o estatuto desses refugiados no país de refúgio não houver sido regularizado ou eles não houverem obtido admissão em outro país. À vista desta última admissão os Estados Contratantes concederão a esses refugiados um prazo razoável, assim como todas as facilidades necessárias.

Primeiramente, cabe reter que o refugiado, o mais das vezes, empreende uma **fuga** de seu país. Ao tentar abandonar seu Estado, pode ser impossível para o refugiado cumprir com o *iter* administrativo que propiciaria sua entrada legal no país de asilo. Pode, inclusive, não contar com passaporte ou com outros documentos que permitiriam requerer a entrada no país de destino para futuro pedido de asilo. Da mesma maneira, como frisamos anteriormente, as exigências de visto de entrada conduzem ao ingresso de modo irregular no país de asilo, pois do contrário seria impossível para o refugiado adentrar o território do país hospedeiro.²⁸⁰

²⁷⁹ Conforme informa BYRNE, *Harmonization...*, p. 347.

²⁸⁰ Conforme Rosemary Byrne e Andrew Schacknove o artigo 31 da Convenção de Genebra reconhece que há um relacionamento hostil do cidadão com seu Estado de origem e que, portanto, dificilmente, pode ele se utilizar dos canais costumeiros de imigração. (BYRNE, Rosemary; SHACKNOVE, Andrew. The safe country notion in European asylum law. *Harvard Human Rights Journal*, Spring, 1996. Disponível em: <<http://www.refugeelawreader.org/index.d2?target=getpdf&id=474>> Acesso em: 11 jan. 2006.

Estas dificuldades não permaneceram alheias à Convenção de Genebra. Por essa razão, o artigo 31 busca impedir que refugiados sejam penalizados pelo seu ingresso irregular no país de asilo. O não cumprimento de formalidades essenciais para entrada deve ser relativizado no caso dos refugiados, que recebem um tratamento mais brando, em razão de sua condição de vulnerabilidade e dos motivos que impeliram o refugiado a adentrar irregularmente o Estado.

Assim, a não penalização é o escopo principal deste artigo. Não penalizar é, sobretudo, não obstaculizar o acesso ao procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado. A entrada irregular não pode consubstanciar-se em um impedimento legal tão severo que exclua a possibilidade de solicitar asilo. Como bem afirma James Hathaway, não existe nenhuma referência na Convenção de Genebra que determine ser a entrada legal no país um requisito para a análise do pedido de proteção internacional.²⁸¹

A condição para que não sejam impostas as sanções penais é a apresentação do refugiado às autoridades, onde o mesmo deverá explicar os motivos de seu ingresso irregular. Dada a condição pessoal deste, o simples fato de **ser um refugiado** pode ser justificativa bastante para o ingresso sem cumprir as formalidades essenciais.²⁸² Outra exigência constante da norma é que a apresentação se dê “sem demora”. Contudo, tal assertiva não pode ser uma presunção absoluta. Em primeiro lugar, pode haver desconhecimento desta obrigação de pronta apresentação. Em segundo lugar, a pessoa que sofreu algum tipo de perseguição perpetrada por agentes estatais tem a tendência de ser relutante em se apresentar às autoridades competentes por temer receber um tratamento semelhante ao do seu país de origem.²⁸³ Dessa maneira, mesmo em casos em que a apresentação não se dê imediatamente, deve haver um criterioso estudo das alegações do solicitante. O lapso de tempo não deve ser um fator que, por si só, seja impeditivo da análise do pedido.

²⁸¹ HATHAWAY, *The law...*, p 51. É imperioso perceber que a possibilidade de sancionar um estrangeiro que adentra de forma irregular o território do país permanece desde que, em caso de pedido de proteção internacional, seja realizado o procedimento de reconhecimento da condição de refugiado. Se o pedido for indeferido, todas as medidas pertinentes podem ser tomadas, mesmo que impliquem em deportação ou expulsão para o país de origem.

²⁸² Não obstante, diversos países possuem prazos administrativos extremamente exíguos, impedindo a solicitação de asilo se transcorridos poucos dias após entrada no país.

²⁸³ HATHAWAY, *op. cit.*, p. 55.

Se bem observarmos o artigo 31 da Convenção de Genebra, perceberemos obrigações de cunho negativo dirigidas ao Estado de asilo.²⁸⁴ O Estado deve não impedir acesso ao asilo, não penalizar e, também, prevenir o uso da detenção, que só deve ser utilizada quando estritamente necessário, pois, não pode ser esta, em absoluto, uma ferramenta de dissuasão da chegada de novos solicitantes de asilo²⁸⁵. Por outro lado, a norma em discussão não tem o condão de criar um direito subjetivo ao asilo.²⁸⁶ Pode o Estado negar-se a permitir a estada dos refugiados, desde que conceda facilidades e tempo necessários para que os refugiados sejam admitidos em outro país, ou seja, mesmo que sob uma base temporária bastante restrita, deve permitir a estada dos solicitantes de asilo.²⁸⁷

Dito isso, o grande problema que envolve este artigo 31 da Convenção de Genebra e que suscita a polêmica em torno da política de terceiro país seguro é a expressão “chegando diretamente do território”.²⁸⁸ Para aqueles que defendem a fórmula do *safe third country*, a Convenção de Genebra, ao se utilizar da citada expressão, obriga o solicitante de asilo a fazer o pedido de proteção internacional, sempre, no primeiro país seguro que ele atingir após ter abandonado o Estado em que sofre perseguição, sob pena de não cumprir com o requisito de chegar “diretamente” do país de origem. Todo movimento que o solicitante de asilo fizer, saindo do primeiro país onde poderia ter recebido proteção, é tratado como um movimento **secundário** e, portanto, tem conotação migratória e deixa de ser um deslocamento em busca de proteção internacional.²⁸⁹

Cabe dizer que o texto do artigo 31 é, realmente, sujeito a certa ambigüidade, especialmente se levarmos em consideração que a Convenção de Genebra não regula qual é o Estado responsável pelo exame do pedido.²⁹⁰ No entanto, nos parece fora de qualquer dúvida que a expressão “chegando diretamente” refere-se, tanto quanto os termos do artigo 31 anteriormente examinados, a não penalização e ao próprio acesso ao procedimento de asilo. A

²⁸⁴ GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 90.

²⁸⁵ Infelizmente, o uso da detenção como forma de inibir a chegada de novos refugiados é mais do que uma tendência, afirmando-se como verdadeira política de Estado na União Européia. Segundo o ACNUR a detenção só pode ser utilizada em situações, tais como, verificar identidade e documentação caso não exista cooperação do solicitante, realizar entrevista, ou, ainda, para garantir a segurança nacional e a ordem pública. ACNUR. *Refugee protection: a guide do international refugee law*. New york: United Nations High Commissioner for Refugees/Inter-Parliamentary Union, 2001, p. 82.

²⁸⁶ Conforme GRAHL-MADSEN, *Commentary..*

²⁸⁷ Conforme o artigo 31(2) da Convenção de Genebra.

²⁸⁸ Artigo 31(1) da Convenção de Genebra.

²⁸⁹ TAYLOR, *Protection...*, p. 288.

²⁹⁰ LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 53.

mera passagem por outro país, *en route*, para o país de asilo, não pode, por si só, criar um vínculo que torne o primeiro Estado responsável pelo solicitante.²⁹¹

Examinando a questão, James Hathaway afirma que não há obrigação alguma, segundo a normativa genebrina, de o refugiado solicitar asilo em país adjacente ao Estado de origem.²⁹² Ao exigir que o refugiado venha diretamente do país onde enfrenta perseguição, em verdade, somente alguns poucos solicitantes estarão protegidos contra o reenvio para terceiro país seguro. Notadamente, apenas aqueles que estiverem em vôo ou, mais raramente, a bordo de navio, que não realize escala alguma durante o trajeto, deixarão de se enquadrar no escopo da política de *safe third country*.

Ora, isto nos parece um grande contra-senso. Somente uma parcela pequena dos solicitantes de asilo tem condições de arcar com os custos de uma passagem aérea. Além disso, a grande parte dos países de origem dos refugiados sequer disponibiliza vôos sem escalas em direção aos países desenvolvidos. Portanto, esta exigência de “vôo direto” é muito mais uma estratégia de contenção do que uma política que respeite os direitos dos refugiados e também dos próprios Estados envolvidos.

Para Guy Goodwin-Gill, “chegando diretamente do território” não pode ser entendido como o “país de origem”. Acrescenta o autor que, em muitos casos, a passagem por outros países é uma absoluta necessidade.²⁹³ Pode o refugiado atravessar diversos países que não ofereçam segurança, ou mesmo, seu pedido de asilo pode ter sido recusado, ou inclusive, ter pendido sobre ele cláusulas do tipo terceiro país seguro.²⁹⁴ Estas e outras variáveis são

²⁹¹ Esta prática de terceiro país seguro é um tipo de interpretação extensiva, ou seja, aquela em que o texto da Convenção disse menos do que, em verdade, desejava dizer. No entanto, esta alegação se choca com outro método de interpretação, o sistêmico. Ao olharmos para o conjunto da Convenção de Genebra não é possível dizer, em momento algum, que a prática do reenvio se coaduna com as demais normas da Convenção.

²⁹² HATHAWAY, *The law...*, p. 46. Podemos chegar à mesma conclusão através de um raciocínio a *contrariu sensu*. Assim, se não há, na Convenção de Genebra, nenhuma norma que permita ao refugiado escolher o país de asilo, por outro lado, nada indica que ele deva solicitar proteção tão logo deixe seu país de origem. Entretanto, é possível questionar, em certa medida, a credibilidade de uma solicitação de asilo feita por pessoa que transita por diversos países de sólida estrutura democrática sem que requeira proteção internacional.

²⁹³ GOODWIN-GILL, GUY S. *Article 31 of the 1951 convention relating to the status of refugees: non-penalization, detention and protection*, p. 194. O mesmo autor, em obra diversa, relata que durante as discussões que conduziram à Convenção de Genebra, o então Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, van Heuven Goedhart, valeu-se de sua própria história pessoal, destacando que teve de deslocar-se por diversos países até finalmente atingir um país seguro quando escapou das perseguições nazistas em 1944. GOODWIN-GILL, GUY S. *The refugee in international law*, p. 88.

²⁹⁴ GOODWIN-GILL, *Article 31...*, p. 194. Para o ACNUR, “chegando diretamente” significa: 1. o país de origem; 2. outro país em que a segurança não era possível; 3. um país de trânsito em que o refugiado não solicitou ou recebeu asilo. ACNUR, OIM, *Refugee...*, p. 84.

suficientes para impedir que, anteriormente, tenha o refugiado recebido algum tipo de proteção efetiva.

Segundo Rosemary Byrne e Andrew Shacknove, país terceiro seguro nada mais é do que uma **noção**. Não se consubstancia em princípio jurídico, nem em conceito legal. Em verdade, afirmam estes autores, a política de *safe third country* choca-se com padrões há muito respeitados da Convenção de Genebra e, mais, tem o condão de questionar a posição hierárquica do ser humano no direito internacional.²⁹⁵ Afora a falta de base jurídica, a política de *safe third country* afeta também o nível de cooperação internacional ao sobrecarregar determinados Estados com um número de refugiados que vai além de suas capacidades.²⁹⁶

Com efeito, o princípio do repartimento de esforços resta prejudicado dado que são os Estados mais próximos ao país de origem dos refugiados que acabam sendo sobrecarregados, recebendo tanto os refugiados que chegam espontaneamente como também aqueles que são reenviados com base em práticas de terceiro país seguro.²⁹⁷ Dessa forma, realiza-se apenas uma mudança espacial, sem qualquer conotação de auxílio humanitário ou de valorização do ser humano, razão pela qual esta política é chamada, justamente, de “*burden-shifting*”.

As alegações de que o uso do “terceiro país seguro” tem efeito positivo, melhorando a distribuição de refugiados, têm pouca credibilidade. As doações e auxílios enviados para os países adjacentes ao país de origem dos refugiados são insuficientes e, pior, a população nativa padece, também, de escassos recursos.²⁹⁸ Além disso, alertam Rosemary Byrne e Andrew Shacknove que manter os refugiados perto de sua região de origem pode ser bastante perigoso. Nem sempre a maior proximidade cultural é positiva, pois, conjuntamente com a similaridade, pode conviver o ódio étnico ou religioso. Citam os autores, o caso dos bósnios muçulmanos, defrontados com perseguições nas áreas próximas a sua região de origem durante os conflitos na antiga Iugoslávia.²⁹⁹

²⁹⁵ BYRNE; SHACKNOVE, *The safe...*

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ HATHAWAY, *The law...*, p. 47.

²⁹⁸ O Regulamento 491/2004 prevê um programa de auxílio financeiro e técnico para os “países terceiros em matéria de migração e asilo”, cujo alcance, no entanto, é bastante limitado. Como não poderia deixar de ser, este programa enfatiza aspectos relacionados com a gestão das migrações e contenção dos migrantes econômicos. Regulamento 2004/491 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2004, que estabelece um programa de assistência técnica e financeira a países terceiros em matéria de migração e asilo (AENEAS). JO L 80/1, de 18.3.2004

²⁹⁹ BYRNE; SHACKNOVE, *op. cit.*

A questão em torno ao conceito de terceiro país seguro passa, em verdade, pela seguinte afirmação. Não existe direito subjetivo ao asilo, assim como não há, tampouco, uma obrigação de processar um pedido de reconhecimento da condição de refugiado. Portanto, se não há devolução ao país de origem, não há violação do *non-refoulement*. Essa simplista análise, entretanto, deixa de sopesar diversos fatores. Na seqüência, tentaremos demonstrar como considerações relativas à segurança e dignidade tornam os reenvios um procedimento pouco afeito aos direitos dos solicitantes de asilo.

§ 2º *O procedimento de reenvio na normativa comunitária europeia*

Não obstante as inconsistências da política de “terceiro país seguro”, cristalizou-se ela na legislação interna dos países europeus até, finalmente, atingir o nível supranacional para os membros da União Européia, através da inserção de regras na Diretiva sobre retirada e concessão do *status* de refugiado.³⁰⁰ É bastante paradoxal que esta prática tenha sido incluída justamente nesta Diretiva, pois, a mesma refere-se ao procedimento para reconhecimento da condição de refugiado, enquanto que, por sua vez, a política de “terceiro país seguro” é, de certa forma, a **antítese** da análise do pedido de proteção internacional. Isto é, normas de *safe third country*, como premissa, vedam o acesso ao reconhecimento do *status* de proteção através do reenvio a terceiro país.

O procedimento de reenvio envolve três partes. O Estado que reenvia, o Estado terceiro que irá receber e o refugiado, que figura nesta relação jurídica apenas como objeto. No entanto, não é um procedimento simplificado como aparenta ser à primeira vista. É importante perceber que não existe vínculo de cidadania ligando o refugiado com este terceiro país, portanto, não há uma obrigação explícita do Estado em receber esta pessoa, que é, em resumo, um mero estrangeiro.³⁰¹ Esta situação deixa o refugiado em situação de extrema incerteza e vulnerabilidade. Por um lado há, inicialmente, uma recusa em analisar seu pedido de asilo e, por outro, pode haver a negativa em permitir sua admissão no país terceiro para que

³⁰⁰ Diretiva 85/2005 relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros.

³⁰¹ Mesmo em caso de nacionais, o Estado terceiro pode negar a entrada ao exigir provas substanciais de que uma determinada pessoa é, de fato, alguém que possui vínculos de cidadania segundo sua legislação nacional.

possa solicitar asilo ou, em alguns casos, ter seu procedimento finalizado, se já havia anteriormente solicitado o reconhecimento do *status* de refugiado.³⁰²

Com o fim de permitir o reenvio de solicitantes de asilo, os Estados-Membros passaram a se utilizar, mais e mais, dos Acordos de Readmissão. Hoje, tais acordos estão na esfera comunitária de competência, mas continuam vinculados ao combate da imigração irregular e, muito importante, sem fazer alusão alguma à solicitantes de asilo e sua especial vulnerabilidade.³⁰³ Seu uso em relação a requerentes de asilo traz sérias preocupações, pois, padecem de muitas das deficiências que são criticadas nas medidas unilaterais de reenvio.³⁰⁴

Existem muitas dificuldades operacionais para que se possa realizar um reenvio, mesmo que existente um Acordo de readmissão. Deve haver, por exemplo, um mínimo elemento de prova que demonstre que a pessoa realmente transitou pelo país antes de se mover e solicitar asilo em outro. O terceiro Estado pode, também, recusar-se a cooperar, através da exigência de uma série de documentos e provas que demonstrem que a pessoa realmente passou pelo país.³⁰⁵ Isto vai tornar o procedimento longo, caro e com constantes reavaliações, ainda que o único intuito do país terceiro seja protelar a situação. Nesse ínterim, permanece o refugiado no aguardo, geralmente sem acesso ao sistema de seguro social e dependendo de assistencialismo ou do trabalho clandestino.

É importante ter plena consciência de que o ciclo de destruição de documentos inicia-se com as exigências de visto para entrada e segue, inalterado, em todo o restante período de apresentação e exame do pedido de proteção internacional. Os solicitantes de asilo, como forma de proteção contra uma devolução sumária para um país terceiro, destroem, reativamente, documentos e todos os vestígios possíveis que possam indicar a rota pela qual transitaram. Assim, quando surge o momento do reenvio restam muitas dúvidas quanto à

³⁰² Como afirma Guy Goodwin-Gill, esta situação deixa o refugiado em um limbo. GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 90).

³⁰³ No próprio Tratado da Comunidade Européia - artigo 63(3)(b) - há uma base jurídica para os Acordos de Readmissão, os tornando, assim, competência comunitária.

³⁰⁴ Embora, atualmente, os Acordos de readmissão sejam uma estabelecida competência comunitária, existem dezenas de acordos de readmissão já assinados individualmente pelos Estados-Membros, o que torna ainda mais assistemática a implementação e mesmo a logística dos reenvios dos solicitantes de asilo.

³⁰⁵ BOUTILLET-PAQUET, Daphné. Passing the buck: a critical analysis of the readmission policy implemented by the European Union and its Member States. *European Journal of Migration and Law*, v. 5, 2003, p.366.

identidade do indivíduo e a sua nacionalidade, além de ser difícil rastrear o caminho que percorrido pelo solicitante até atingir a Europa comunitária.

Outra questão relacionada com os reenvios e que dificulta, em parte, sua implementação, reside na preferência dos solicitantes de asilo em realizar a solicitação de proteção internacional no interior do país, evitando, assim, postos fronteiriços, aeroportos e portos. Agem desta maneira, apenas e tão somente, para evitar o reenvio caso exista um Acordo de readmissão que permita a pronta remoção em áreas de fronteira.³⁰⁶

É relevante destacarmos duas situações que espelham bem a complexidade e os problemas para dar execução à política do terceiro país seguro. A primeira é a dificuldade em determinar um Estado como “seguro”. A segunda é garantir que, uma vez que o reenvio se consuma existam garantias de que o acesso ao procedimento de asilo está, de fato, assegurado.

Em relação ao Estado ser “seguro”, estão fixadas, na Diretiva 85/2005, diversas normas voltadas a essa avaliação, criando um procedimento complexo, embora, por óbvio, não isento de falhas. Nesse sentido, cabe ao Estado-Membro, inicialmente, identificar, tanto quanto possível, um padrão de segurança que permita o reenvio do solicitante de asilo.³⁰⁷ No entanto, para atingir tal desiderato, terá que observar a realidade desse país tendo em vista o contexto dos solicitantes de asilo, algo que, na maioria das vezes, escapa ao cotidiano das relações entre chancelarias. Há que considerar que, em verdade, a constante chegada de solicitantes de asilo oriundos de um determinado país terceiro pode ser uma plena indicação de que não há proteção efetiva neste Estado.³⁰⁸

Nos termos da legislação comunitária, o terceiro país, para ser seguro, deve proteger contra o *refoulement*.³⁰⁹ Porém, algumas idéias devem restar claras. Não basta que o Estado terceiro seja signatário da Convenção de Genebra para infirmar-se a segurança deste. Assim, o que deve ser analisado é o histórico daquele país em relação à prática do *refoulement*. Por outro lado, fator positivo é o reconhecimento normativo de que o reenvio não pode ser

³⁰⁶ NOLL, Gregor. The non-admission and return of protection seekers in Germany. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 17 mar. 2005, p. 446.

³⁰⁷ Segundo o artigo 27, *caput*, da Diretiva 85/2005, o Estado-Membro que reenvia deve certificar-se de que o solicitante de asilo terá seus direitos observados no Estado terceiro.

³⁰⁸ BYRNE; SHACKNOVE, *The safe...*

³⁰⁹ Artigo 27(1)(b) da Diretiva 85/2005.

realizado caso o país terceiro não respeite a proibição de afastamentos em situações que possibilitem risco de tortura ou tratamento desumano/degradante.³¹⁰

Ainda dentro desta mesma análise relativa à segurança do Estado terceiro, há que perquirir o âmbito de proteção ofertado. Caso exista uma abordagem restritiva da definição de refugiado, existe grande perigo de uma devolução para o país de origem. E, por fim, o próprio *iter* procedimental de reconhecimento deve comportar garantias contra o *refoulement* indevido.³¹¹

Além destas garantias contra o *refoulement*, a própria situação do país terceiro deve ser levada em consideração. E esta não é uma tarefa simples, pois diversas variáveis estão em jogo. Assim, em primeiro lugar, cabe determinar se não existe risco de perseguição neste país.³¹² O problema em tal ação é que essa análise, para ser completa, exige um exame caso a caso.³¹³ Para assim proceder, deve ser feito um estudo de caráter sociológico do país, algo extremamente dispendioso e lento. Assim, resta pouco operativo o sistema, pois, esse exame assemelha-se, em certa medida, ao próprio procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado.

Mais perigosa, entretanto, é a possibilidade de o Estado-Membro declarar o Estado terceiro “seguro”.³¹⁴ Nesse caso, a análise individual é deixada de lado e o reconhecimento da segurança expressa um conceito geral. Tal procedimento ignora que a condição especial de uma pessoa pode escapar a qualquer histórico de bom trato em relação aos refugiados e redundar em uma devolução ao país de origem quando não em perseguição no próprio país terceiro.

³¹⁰ Conforme o artigo 27(1)(c) da Diretiva 85/2005. No entanto, um fator causa preocupação. A norma referida menciona que essa proibição deve estar inserida na legislação interna, o que pode ser insuficiente. O que deve ser analisado, como já frisamos, é a prática do país e não apenas sua legislação interna que, por óbvio, pode não ser respeitada.

³¹¹ TAYLOR, *Protection...*, p. 292-293.

³¹² Conforme artigo 27(1)(a) da Diretiva 85/2005.

³¹³ Nas bases do artigo 27(2)(b) da Diretiva 85/2005 deve haver uma metodologia adequada para a “análise casuística da segurança no país”. Em seguida, a alínea (c), do mesmo artigo 27(2), menciona a análise individualizada do caso para que se efetive o reenvio, com direito a recurso no Estado-Membro, sem, contudo, fazer menção a um possível efeito suspensivo, o que torna praticamente inócuo o pedido de revisão da decisão de reenvio.

³¹⁴ A norma comunitária – artigo 27(2)(b) da Diretiva 85/2005 - aduz ser possível “a designação nacional de países considerados **geralmente** seguros”.

Se levarmos em consideração as condições econômicas e sociais de um país terceiro denominado “seguro”, a situação torna-se ainda mais complexa. Adverte Stephen Legomsky que, para um país ser taxado de “seguro”, deve o mesmo respeitar os *standards* internacionais dos direitos humanos. Alerta o autor que existem inúmeros países que fizeram reservas à Convenção de Genebra, especialmente em questões de emprego, educação e assistência social, o que traz reflexos exatamente no oferecimento de proteção inadequada. Aduz, ainda, que, caso se efetive o reenvio o terceiro Estado, deve estar comprometido com uma solução duradoura para o refugiado.³¹⁵

Cabe refletir, também, que a qualificação de um país terceiro como “seguro” tem importantes reflexos externos. Perante a opinião pública internacional, é meritório receber essa designação, até como forma de ter acesso a fundos internacionais ou da própria União Européia. Por isso, outros interesses, que não os humanitários, podem se imiscuir nesta questão. Além disso, nos Acordos de Readmissão existem cláusulas de garantia de auxílio financeiro, condicionadas, é claro, à aceitação dos reenvios. Assim, é fácil constatar que estes acordos funcionam, muito mais, como instrumento de pressão do que como forma de contribuir para a proteção dos refugiados no terceiro país.

Já a segunda questão chave em relação aos reenvios, é garantir que o solicitante tenha acesso ao procedimento de asilo.³¹⁶ Segundo um mínimo padrão a ser cumprido, deve haver, nesse caso, uma indicação clara da situação especial do solicitante de asilo, com referências inequívocas de que não foi realizada a análise do pedido de proteção internacional. O comprometimento do Estado terceiro em realizar um procedimento completo e justo é exigência fundamental. O reconhecimento expresso por parte do Estado terceiro da sua obrigação de realizar um exame do pedido de proteção internacional é providência inafastável. No entanto, no direito comunitário europeu a questão foi tratada incompletamente e de forma temerária. Afirma o artigo 27(4) da Diretiva 85/2005 que, uma vez que o Estado terceiro **não autorizar** a entrada, fica obrigado o Estado-Membro a realizar a análise do pedido de asilo. Porém, um Estado terceiro pode autorizar a entrada e garantir acesso ao

³¹⁵ LEGOMSKY, Stephen. Secondary refugee movements and the return of asylum seekers to third countries: the meaning of effective protection. *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n. 4, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 11 dez. 2005, p. 644-658.

³¹⁶ Requisito presente no artigo 27(1)(d) da Diretiva 85/2005. Vale destacar que a referida norma menciona apenas refugiados segundo a definição clássica, prejudicando, assim, aqueles que não estejam no escopo da Convenção de Genebra.

procedimento de asilo, sem, contudo, realizar efetivamente o exame do pedido. Essa é uma situação de muito difícil controle e que retrata bem os perigos dos reenvios.

Diversamente, há casos em que o retorno do solicitante de asilo a um terceiro Estado justifica-se. A base que pode legitimar o reenvio é a existência de um vínculo acentuado com um Estado terceiro que, nesse caso, podemos denominar, com acerto técnico, de “primeiro país de asilo”. Assim, se existe um pedido de proteção que está sob análise ou mesmo se o *status* já foi reconhecido e não pairam dúvidas quanto à segurança deste primeiro país de asilo, pode ser feito o reenvio, desde que o solicitante concorde ou tenha espaço para contraditar o reenvio alegando razões pessoais relevantes.³¹⁷ Este tipo de medida se legitima como forma de impedir deslocamentos secundários, tendo em vista que a proteção efetiva já foi alcançada.

Na Diretiva 85/2005, o conceito de primeiro país de asilo é bastante limitado, especialmente por não conter salvaguardas adequadas.³¹⁸ O reenvio para um país de primeiro asilo pode dar-se, segundo a norma comunitária, caso já existente o reconhecimento do *status* de refugiado, ou, ainda, caso o solicitante receba “proteção suficiente”. Algumas situações, no entanto, deveriam impedir o regresso do solicitante ao primeiro país de asilo. Ameaças de deportação e busca de reunificação familiar são, a nosso juízo, razões suficientes para não haver o reenvio. Da mesma maneira, nos casos em que a proteção ofertada não é compatível com os *standards* internacionais, quando não existem garantias contra o *refoulement* e, em caso de perseguições dentro do Estado de asilo, o abandono do país é decorrência lógica da situação. Assim, tais movimentos não podem ser caracterizados como secundários, tendo em vista que o refugiado não usufruiu de proteção efetiva. O retorno só pode acontecer quando circunstâncias de pura conveniência pessoal são as determinantes únicas do deslocamento.

Geoff Gilbert, em percuciente análise, destaca que a remoção de um solicitante de asilo para um terceiro país, seja ele um Estado terceiro seguro ou primeiro país de asilo, pode não significar a violação do *non-refoulement*. Contudo, outros direitos dos refugiados, de

³¹⁷ Não fazemos referência, aqui, a vínculos ainda mais substanciais com um terceiro Estado, como, por exemplo, residência em período anterior, existência de familiares muito próximos ou oferta de emprego, pois, em tais casos, é bastante provável que o próprio refugiado solicite sua transferência para este país, o que deveria ser amplamente considerado, até como forma de facilitar a integração.

³¹⁸ Artigo 26, alíneas (a) e (b), da Diretiva 85/2005.

cunho econômico e social, podem ser absolutamente negados se efetivado o reenvio.³¹⁹ Parece, pois, evidente, que a prática dos reenvios não agride apenas o princípio do *non-refoulement* e que, portanto, é um erro analisar segmentadamente os direitos dos refugiados conferidos pela Convenção de Genebra. María-Teresa Gil Bazo vai ainda além. Sustenta que transferir a responsabilidade de um Estado para outro engloba **todas** as possíveis obrigações convencionais ligadas aos refugiados, sejam elas vinculadas à Convenção de Genebra ou ao restante *corpus* do direito internacional.³²⁰

Não bastasse o exposto até aqui, há, ainda, no direito comunitário, a possibilidade de designar países europeus como sendo “países terceiros seguros europeus”. Tal normatização cria, assim, o chamado “*super safe third country concept*”. Caso um dos Estados-Membros receba um pedido de asilo de pessoa oriunda de país europeu “seguro” pode o Estado-Membro não examinar o pedido, ou, “não apreciar exhaustivamente” a solicitação de proteção internacional.³²¹ Existe, em tais situações, uma presunção, que podemos qualificar de absoluta, de que a entrada dá-se por razões desvinculadas da proteção internacional.³²²

É importante fazer menção, também, ao processo de alargamento da União Européia e suas conseqüências em relação aos reenvios. Anteriormente, no processo de adesão e incorporação ao bloco, quando os países eram, ainda, “Estados candidatos” foram eles obrigados a implementar o *acquis* comunitário. Dentre esse acervo comunitário, constava, como não poderia deixar de ser, as práticas relativas ao *safe third country*.

No entanto, a estrutura administrativa e legal em muitos desses Estados sequer possui uma tradição consolidada de recursos efetivos, o que torna os reenvios feitos por esses novos membros muito perigosos para os refugiados. Celebram, também, os novos Estados-Membros, Acordos de Readmissão com países adjacentes, o que representa uma ampliação da fronteira de exclusão comunitária, criando, assim, uma cadeia de reenvios subsequentes, justificadora do rótulo pejorativo “Europa-Fortaleza”.³²³

³¹⁹ GILBERT, Is Europe..., p. 972.

³²⁰ GIL-BAZO, The practice..., p. 599.

³²¹ Artigo 36(1) da Diretiva 85/2005.

³²² Muito estranhamente, a legislação comunitária afirma ser possível não realizar o reenvio se “motivos humanitários ou políticos ou por motivos de direito internacional público” desaconselharem a realização da afastamento, conforme o artigo 36(4) da Diretiva 85/2005.

³²³ UÇARER, Emek M. Managing asylum and european integration: expanding spheres of exclusion? *International Studies Perspective*, v. 2, n. 3, 2001, p. 300.

Para melhor ilustrar as dificuldades com que se deparam os refugiados podemos mencionar, como um triste exemplo, a grande quantidade de pessoas que é retornada pelos Estados-Membros do sul da Europa em direção à Líbia. Relata María-Teresa Gil-Bazo que este país, não contratante da Convenção de Genebra, sequer reconhece oficialmente a presença de refugiados para lá enviados.³²⁴ Sobre essa referida situação, informa Madeline Garlick que muitos solicitantes de asilo reenviados pela Itália à Líbia são sumariamente devolvidos pelo país africano à Eritreia e ao Egito sem que tenham recebido a chance de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.³²⁵ Ao fim e ao cabo, os refugiados acabam concentrando-se na mesma região, sem que isso implique em uma solução minimamente satisfatória para o problema.

Como bem define Alexander Betts, a proximidade com países produtores de situações de refúgio não pode ser um critério determinante, ou, então, um mero “acidente geográfico” torna-se o paradigma da obrigação estatal em proporcionar proteção. Adverte o autor que, provavelmente, ao longo da cadeia de sucessivos reenvios, acabará, ao final, o refugiado confinado em um campo de assistência humanitária – os já famosos “campos de refugiados” - exemplo bem acabado da falta de cooperação entre os países ricos do Norte e os países desprovidos do Sul.³²⁶

No meio do impasse, permanecem os refugiados, alojados em campos precários, com situações de instabilidade que se prolongam por anos e que vão redundar, fatalmente, em um círculo vicioso que retroalimenta a política de terceiro país seguro. A falta de soluções definitivas para os problemas dos deslocados os impulsiona em direção aos países da Europa comunitária, onde, tampouco, encontram proteção.

³²⁴ GIL-BAZO, The practice..., p. 591. Destaca a mesma autora a situação dramática vivida por solicitantes de asilo que se dirigem às Ilhas Canárias (rota alternativa em razão dos patrulhamentos feitos no Mediterrâneo) e que são posteriormente enviados de volta ao Marrocos sem poderem solicitar asilo. Essas pessoas são oriundas de países, tais como, Nigéria, Gana, Iraque, Sudão, Serra Leoa, entre outros, todos com um farto histórico de violações aos direitos humanos. (Ibidem, p. 577). A organização *Human Rights Watch* acusa, peremptoriamente, o governo espanhol de impedir o acesso ao procedimento de asilo das pessoas que chegam às Ilhas Canárias, reenviando as mesmas ao Senegal ou a outros países. Conforme, HUMAN rights watch acusa a Espanha de no permitir que los inmigrantes ilegales soliciten asilo político. Disponível em: <<http://www.elpais.com/>> Acesso em: 12 jan. 2007. Efetivamente, a situação nas Ilhas Canárias é um típico exemplo de como os fluxos mistos de refugiados e migrantes tornam a situação tensa e propícia à violação do *non-refoulement*.

³²⁵ GARLICK, The UE..., p. 615.

³²⁶ BETTS, Alexander. *International cooperation between north and south to enhance refugee protection in regions of origin*. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/PDFs/RSCworkingpaper25.pdf>> Acesso em: 18 dez. 2005, p. 5.

Não há como negar que os países em via de desenvolvimento do sul empobrecido não reúnem condições de arcarem sozinhos com os custos da proteção internacional. É impossível para estes Estados garantirem, sozinhos, os direitos elencados na Convenção de Genebra, como acesso ao mercado de trabalho, educação e serviço social. Sem a existência de um regime de solidariedade internacional, prolonga-se, indefinidamente, a existência dos campos de refugiados que impedem uma vida normal no país de asilo e torna os refugiados, mais do que tudo, reféns do assistencialismo.

Restam, ainda, outras dúvidas suscitadas pelos reenvios cujas conseqüências são difíceis de mesurar. A inexistência de iniciativas de repartimento de esforços pode levar muitos Estados a denunciarem a Convenção de Genebra, o que traria conseqüências terríveis para o sistema internacional. Conjuntamente a esta denúncia, outros Estados poderiam condicionar a aceitação de novos refugiados apenas caso garantias expressas de auxílio fossem prestadas pelos países desenvolvidos. Tal situação poderia levar, ainda, ao próprio questionamento do *status* costumeiro do *non-refoulement*.

A estrutura da política de *safe third country* funda-se, sobremaneira, em meras questões formais. A proteção dos refugiados, no entanto, envolve vidas e dignidade, ou seja, questões de caráter substantivo. Adiante, analisaremos essa temática.

PARTE II – O ALCANCE DA PROTEÇÃO OFERTADA NO ESPAÇO INTEGRADO COMUNITÁRIO

No segundo segmento deste estudo, trataremos de duas grandes demandas relativas à proteção internacional dos deslocados. A primeira é a delimitação conceitual de quais pessoas podem vir a receber o benefício de um *status* protetivo na União Européia, analisando, para tanto, os fragmentados regimes de proteção comunitários (Capítulo I). Na seqüência, apreciaremos as conseqüências que advém do reconhecimento da necessidade de proteção internacional, tanto em relação às formas de integração e permanência no país de asilo como, também, em relação ao momento em que é, possivelmente, finda a estada e ocorre a cessação do *status* de proteção (Capítulo II).

CAPÍTULO I – O EXAME DO PEDIDO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

Inicialmente, é preciso relembrar que esse estudo abrange a temática dos refugiados sem limitar-se aos contornos da Convenção de Genebra já que a mesma, nem sempre, mostra-se suficiente para abranger a variada gama de pessoas que buscam refúgio. Da mesma maneira, o próprio direito comunitário europeu criou um estrutura de proteção dos refugiados extremamente **segmentada**, que reconhece, implicitamente, a existência de pessoas que não estão no escopo de abrangência genebrino, embora não as conceitue como “refugiados” e, sim, como “subsidiários” ou detentores de um “*status B*”.

Dessa forma, iremos analisar as solicitações de asilo sob duas diferentes perspectivas, uma envolvendo a definição clássica de refugiado e a outra segundo os parâmetros sub-regionais europeus, consubstanciada na proteção de cunho subsidiário. Contudo, tal análise exige que se leve em consideração a existência de afluxos massivos de seres humanos, pois, nesses casos, exsurge uma terceira categoria voltada à proteção de pessoas deslocadas, denominada de Proteção Temporária. Assim sendo, dentro da denominação “proteção internacional”, contemplaremos todas as referidas definições que possibilitam, cada qual a seu modo, a guarida e permanência em território da União Européia.

Dito isso, nossa reflexão centra-se em definir **quem** pode receber proteção internacional (Seção I) e **como** se dá esse procedimento de seleção (Seção II).

Seção I – A abrangência da proteção *ratione personae* na legislação comunitária

Todo Estado cria definições que delimitam quais estrangeiros têm acesso ao seu território. Dentro dessa perspectiva, ao classificar, juridicamente, que uma pessoa é um refugiado, pois, enfeixa-se em determinada categoria, realiza o Estado, mais do que um procedimento de inclusão, um processo de **exclusão** de outras pessoas.³²⁷ Nesse sentido, a possibilidade de receber proteção internacional é determinada, em parte, pelos aspectos culturais e pelas próprias conveniências do Estado de asilo e, apenas em um segundo momento, são consideradas as razões que levaram o ser humano a abandonar seu país de origem. Como bem define David Turton, o olhar dirigido sobre a migração é sempre feito por alguém sedentário em relação a pessoas que se movem e, ainda, obscurecido pela cosmovisão de Nós (nacionais) e Eles (estrangeiros).³²⁸

Afirma Guy Goodwin-Gill, que a definição de refugiado tem, por escopo principal, diferenciar refugiados de outros “estrangeiros”.³²⁹ É uma tentativa, imperfeita, de delimitar, por ficção jurídica, quem efetivamente “merece” receber a permissão para permanecer em solo estrangeiro por estar sofrendo ameaças no seu país de origem. Por outro lado, diferentes grupos de seres humanos podem ser classificados como “refugiados” e, do ponto de vista não erudito, porém, exclusivamente moral, esta é uma definição acertada, até mesmo porque um refugiado só pode ser entendido sob uma base humanista e ética. As notas características que distinguem o refugiado frente a outras pessoas somente aparecem e transmudam-se em proteção internacional se há uma tomada de responsabilidade frente ao deslocamento forçado,

³²⁷ O que implica em duas conseqüências. A primeira é que existem outras categorias migratórias que permitem a estada no país (tais como, trabalhador, estudante, permanência por razões humanitárias ou via acordos diplomáticos, entre outras categorias). A segunda, decorrente da primeira, aponta para uma eventual saída do país, pois, uma vez que a pessoa não é um refugiado e nem está no escopo de outra categoria migratória, deve, via de regra, abandonar o território voluntariamente ou através de medida coercitiva.

³²⁸ TURTON, *Conceptualizing...*, p. 4.

³²⁹ GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 8.

conjugada, como não poderia deixar de ser, ao senso de compaixão e empatia, isto é, questões profundamente ligadas à moral.³³⁰

Da mesma maneira, há que ter em mente que, no que tange aos refugiados, diferentemente das demais classes de migrantes, os fatores de atração (*pull factors*) são menos relevantes que os fatores de empuxo (*push factors*) como determinantes da migração.³³¹ No processo que leva à decisão de abandonar o Estado de origem, há menos voluntariedade por parte do refugiado em relação ao migrante, tendo em vista as circunstâncias que rondam sua vida e a necessária interação e reatividade frente a essas situações.³³²

Para Sadrudin Aga Khan, o que vai definir um refugiado é a “dimensão legal” do problema que este enfrenta, ou seja, não apenas os fatos em si que causaram o deslocamento, mas, também, as conseqüências jurídicas desses fatos, que redundam em falta de proteção pelo Estado de origem.³³³ Arthur Helton aprofunda essa idéia ao determinar que todas as pessoas que se defrontam com o deslocamento forçado possuem direitos perante a comunidade internacional, com base no direito internacional dos direitos humanos. Entretanto, algumas dessas pessoas, por sua especial condição, recebem, ainda, uma proteção adicional, fundada no direito internacional dos refugiados.³³⁴

As primeiras definições jurídicas do conceito de refugiado centravam-se no grupo étnico ou nacional à qual o refugiado pertencia (elemento objetivo), deixando, em um

³³⁰ HAYDEN, Bridget. What's in a name? the nature of the individual in refugee studies. *Journal of Refugee Studies*, v. 19, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 9 out. 2006, p. 478.

³³¹ *Ibidem*, p. 474.

³³² Um estudo importantíssimo sobre a migração foi realizado por Andreas Demuth. Criou, o autor, um modelo de migração dividido em quatro fases. Segundo ele, a migração tem início com a própria decisão de migrar (fase 1), para em seguida adentrar o terreno da logística e do acesso à outro país, ou seja, com que meios e como deslocar-se (fase 2). Posteriormente, se o migrante chega ao destino o problema central passa a ser a entrada e permanência no território estrangeiro, o que pode implicar em fim da jornada se nenhuma espécie de *status*, segundo o Estado territorial, permite o ingresso ou estada continuada da pessoa (fase 3). E, por fim, há que considerar que na última fase, uma vez que a pessoa adentra o país (mesmo que burlando os controles migratórios), ela passa a integrar a nova sociedade, ainda que apenas marginalmente, numa relação de tensão entre inclusão e exclusão no novo lar (fase 4). (DEMUTH, Andreas. Some conceptual thoughts on migration. In: THEORETICAL and methodological issues in migration research. [s.l.]: Ashgate, 2000).

³³³ AGA KHAN, Sadruddin. Legal problems relating to refugees and displaced persons. *Recueil des Cours*, Hague, v. 149, 1977, p. 295. Segundo este autor, pessoas que fogem de uma inundação ou terremoto sentem, apenas, as conseqüências físicas e materiais, mas, por outro, não vêem sua condição jurídica afetada.

³³⁴ HELTON, Arthur C. Legal dimensions of responses to complex humanitarian emergencies. *International Journal of Refugee Law*, v. 10, n. 3, 1998. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004, p. 534. Acrescenta o autor que pode-se aprofundar ainda mais estes direitos, pois, grupos com necessidades especiais, como mulheres e crianças, são protegidos por instrumentos internacionais específicos.

segundo plano, a situação do indivíduo.³³⁵ Somente com a instauração da Organização Internacional para os Refugiados (OIR), em 1946, é que a ênfase desloca-se para o indivíduo e seu caso pessoal (elemento subjetivo), o que cria a necessidade do estabelecimento de um procedimento de análise, tendo em vista que a definição de refugiado desta organização exige que estejam conjugados os elementos subjetivos e objetivos para o reconhecimento dessa condição.³³⁶

Depois de 1951, diversos Estados passam a aderir a Convenção de Genebra, o que torna a definição de refugiado desta Convenção o parâmetro universal para este conceito.³³⁷ O núcleo deste conceito de refugiado remete, de forma profunda e clara, ao tempo e às circunstâncias históricas em que nasce esta definição. Os contornos da “Guerra Fria” estão delineados e, nota-se, uma mais acentuada ênfase nos “valores ocidentais”. Esperava-se, no período pós-guerra, que os refugiados seriam, predominantemente, do leste europeu, isto é, pessoas que estariam fugindo do mundo comunista. Por tais motivos, o indivíduo considerado refugiado é uma pessoa “Ocidental” cujos valores são, indubitavelmente, ligados à liberdade e, portanto, direitos de um cidadão autônomo frente à ação totalitária do Estado. Se a autonomia e liberdade dessa pessoa são afetadas há, então, um potencial caso de refúgio.³³⁸

Da mesma maneira, o foco da definição clássica de refugiado é nitidamente Eurocêntrico, dado que a Europa foi o palco maior dos deslocamentos humanos forçados causados pela Segunda Guerra Mundial. Esse eurocentrismo aparece de duas formas, uma de cunho cronológico e outra de caráter espacial. Há, portanto, na definição genebrina, uma **limitação temporal**. Abrangia esta, como regra geral, apenas eventos ocorridos antes de 1951, cuja tônica principal eram as mudanças políticas e territoriais acontecidas em virtude dos desdobramentos do recém-findo conflito mundial. Em relação ao aspecto espacial quando

³³⁵ Para uma visão histórica das primeiras definições ver, entre outros, HOLBORN, Louise W. The legal status of political refugees (1921-1938). *American Journal of International Law*, v. 32, n. 4, 1938.

³³⁶ AGA KHAN, *Legal...*, p. 297. Para uma análise da definição da OIR ver, entre outros, REUT-NICOLUSSI, E. Displaced persons and international law. *Recueil des Cours*, Hague, v. 73, 1948, BALLOGH, Elémer. World peace and the refugee problem. *Recueil des Cours*, Hague, v. 75, 1949, e FISCHER DE ANDRADE, *Direito...*,

³³⁷ Repetimos aqui, para facilitar o trabalho do leitor, a definição de refugiado da Convenção de Genebra. Assim, nos termos do artigo 1ºA (2) será considerado refugiado uma pessoa “Que em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de Janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de **raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas**, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”.

³³⁸ HAYDEN, What’s in..., p. 481-482.

da acessão à Convenção de Genebra, tinha, o Estado, a possibilidade de escolher entre reconhecer refugiados vindos de qualquer parte do mundo ou somente aqueles oriundos da Europa, delimitando, assim, **geograficamente**, o alcance do conceito de refugiado.³³⁹

Como resultado e consequência dessas restrições, surge, em 1967, o Protocolo de Nova York³⁴⁰, que permite que os Contratantes da Convenção de Genebra abandonem as antigas limitações ou que os novos Contratantes desconheçam tais barreiras. Mesmo com essas importantes alterações, em substância, continuam inalteradas as condições para o reconhecimento da condição de refugiado que privilegiam, sobremaneira, os direitos oriundos do nascimento do Estado Liberal e do constitucionalismo pós-guerra.³⁴¹

Há, no entanto, na prática (e às vezes no discurso) da União Européia, uma certa amnésia em relação ao passado, dissociando as atrocidades cometidas no pretérito da atual situação dos refugiados no mundo. O legado colonialista e a barbárie das duas Grandes Guerras são sepultados sob um aparente multiculturalismo e universalismo europeu que, em verdade, retrata uma dicotômica “Identidade Européia”, protetora dos direitos humanos ao mesmo tempo em que erige um muro defensivo em torno de si.³⁴² Essa dualidade aparece também no conceito de “proteção internacional” do direito comunitário europeu que, cindido em diferentes vertentes, obscurece e mitiga os efeitos positivos da proteção ofertada no espaço integrado.

§ 1º A definição clássica de refugiado no direito comunitário

O conceito de refugiado da Convenção de Genebra, ao ser implementado, deve não se afastar dos parâmetros impostos pela própria definição. De um lado, a normativa comunitária

³³⁹ Conforme o artigo 1º, B, (1), (a) “acontecimentos ocorridos na Europa antes de 1º de Janeiro de 1951 **na Europa**”. (o grifo é nosso). Afirma James Hathaway que “apesar das vigorosas objeções de diversos delegados de diferentes países em desenvolvimento confrontados com as responsabilidades de responder às suas próprias populações de refugiados, o objetivo Eurocêntrico dos Estados ocidentais foi alcançado limitando o alcance convencional da obrigação internacional de proteção à aquelas pessoas que foram deslocadas por eventos anteriores à 1951”. (HATHAWAY, *The law...*, p. 9). (tradução livre)

³⁴⁰ Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados.

³⁴¹ Sobre a temática, ver, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 130-133.

³⁴² Sobre essa temática ver, JASSON, Chiara. The challenge of european identity. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 8 nov. 2004.

preferiu não externar um “conceito de refugiado”. De outro, realizou uma ampla “dissecação” da definição genebrina. Foram estabelecidos, assim, os requisitos mínimos para que possa existir o reconhecimento da condição de refugiado. Tal regulamentação comunitária, em seus aspectos substantivos, encontra abrigo na Diretiva 83/2004.

Um ponto importante a ser inicialmente destacado encontra-se na ênfase extrema que o direito comunitário coloca no fato de que somente violações graves dos direitos do ser humano dão ensejo ao reconhecimento da condição de refugiado. Assim, os atos classificados como “graves” vão criar o nexu jurídico entre a perseguição sofrida e o *status* de refugiado e, nesse diapasão, tanto a natureza dos atos como a persistência dos mesmos são os parâmetros.³⁴³ Há uma gama variada de ações que são taxadas, normativamente, como sendo “graves”, tais como, violência física ou psicológica, medidas tomadas pelo órgãos do governo com intuito discriminatório, violência de gênero ou contra crianças.³⁴⁴ Notoriamente, são atos que afetam o *status* civil ou político da pessoa perseguida e, por essa razão, profundamente ligados ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Já a persistência e repetição dos atos, “cúmulo de várias medidas”, segundo a disposição comunitária, só pode ser analisada caso a caso, embora a verificação seja, na prática, um tanto quanto difícil em razão das dificuldades de comprovação.

Há, da mesma maneira, uma “zona gris” nos casos em que a perseguição toma um ar mais “sutil” e atinge direitos de cunho mais abrangente, especialmente, quando afetados os chamados “direitos econômicos e sociais”, protegidos pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Em verdade, uma privação de cunho intencional dos direitos ligados à subsistência e auxílio social, levada a cabo por agentes governamentais é, também, uma forma de perseguição, mesmo que tal se dê através da omissão.³⁴⁵ Embora a menção do artigo 9(2)(b) da Diretiva 83/2004 preveja que medidas estatais discriminatórias possam indicar perseguição, parece muito pouco provável que a abrangência dessa disposição comunitária cubra hipóteses vinculadas aos direitos econômicos e sociais.

³⁴³ É interessante observar que o artigo 9(1)(a) da Diretiva 83/2004 vincula-se aos chamados direitos inderrogáveis, consagrados no artigo 15(2) da Convenção Européia dos Direitos Humanos, que garantem **o direito à vida, a defesa contra tortura, proibição contra escravatura e trabalho forçado e, por fim, o princípio da legalidade.** (grifo é nosso).

³⁴⁴ Artigo 9(2) da Diretiva 83/2004.

³⁴⁵ HATHAWAY, *The law...*, p. 118.

A Diretiva 83/2004 seguiu também a tendência de enfatizar o aspecto individual da perseguição sofrida.³⁴⁶ Entretanto, existem muitas situações em que, embora de forma não explícita, uma pessoa, dentro de uma situação geral, sofre perseguição. A generalidade de uma situação não tem o condão de, simplesmente, “apagar” o ímpeto de perseguição ínsito à realidade do refugiado. Se muitos são os afetados, nem por isso torna-se legítima a condição à que as pessoas estão submetidas. Como bem afirma James Hathaway, não pode ser, de forma exclusiva, a “não-seletividade” do fenômeno a base única para denegar o *status* de refugiado, pois, em verdade, é a gravidade da situação a que a pessoa está exposta que vai legitimar o pedido de asilo.³⁴⁷ Como é fácil constatar, os já mencionados “atos graves” parecem diluir-se, se contextualizados em situação não individualizada.

Outro ponto sobremaneira destacado pela legislação comunitária é a necessária ligação entre os atos persecutórios e a definição de refugiado da Convenção de Genebra. Atos “graves”, mas que não estejam no escopo genebrino, não importando qual a intensidade dos mesmos, não permitem, em nenhuma hipótese, que o solicitante receba proteção internacional na base convencional genebrina, embora possam qualificar a pessoa para alguma outra forma de proteção. Segundo a normativa comunitária, não é desejável uma ampliação do conceito de refugiado. Embora seja possível ao Estado-Membro ampliar, nos termos de sua legislação interna, o alcance da definição genebrina, na prática, isso é impossível, pois o temor de sobrecarga sobre um único país obstrui qualquer iniciativa tomada no sentido de tornar mais abrangente e flexível a definição de refugiado.

Há, de outra forma, um especial cuidado na Diretiva 83/2004 em reconhecer que a característica que conduz a perseguição do refugiado pode ser inexistente, desde que “lhe seja atribuída pelo agente da perseguição”.³⁴⁸ O outro lado dessa moeda, todavia, pode significar o não reconhecimento da condição de refugiado, isto é, a **intencionalidade** do agente perseguidor torna-se a própria definidora da condição de refugiado. Dessa forma, caso exista uma perseguição, supostamente motivada por fatores não ligados à Convenção de Genebra, não há, via de conseqüência, o reconhecimento da condição de refugiado. No entanto, tal proceder, exclusivamente centrado na motivação do agente perseguidor, olvida que, na

³⁴⁶ Já nos Considerandos da Diretiva 83/2004 há uma clara e expressa menção de que toda ameaça deve ter uma característica individualizada para se perfazer. Estatui que “Os riscos aos quais uma população ou um grupo da população de um país está geralmente exposta por regra não suscitam, em si mesmo, uma ameaça individual que se possa qualificar como ofensa grave.” Item 26 dos Considerandos da Diretiva 83/2004.

³⁴⁷ HATHAWAY, *The law...*, p. 93-97.

³⁴⁸ Conforme o artigo 10(2) da Diretiva 83/2004.

origem da perseguição, pode estar um comportamento do indivíduo que sofre perseguição, guiado pelo que ele é como característica inata, ou, por uma crença ou convicção, que o coloca na situação de perigo, sem que, contudo, a intenção do perseguidor esteja diretamente ligada a um dos motivos convencionais.³⁴⁹ Como relatam James Hathaway e Michelle Foster, a Convenção de Genebra utiliza a expressão “temendo ser perseguida” e não, simplesmente, “perseguição”, o que denota que o foco está na pessoa que foge e não na exclusiva intenção do perseguidor.³⁵⁰ Nos parece que faltou a normativa comunitária explicitar tais variáveis de forma mais clara.

É preciso destacar que, hoje, a razão convencional genebrina que comporta maiores discussões, liga-se à categoria de “pertencimento a determinado grupo social”, muito especialmente, porque a Convenção de Genebra encontra algumas dificuldades em se adaptar a algumas formas de perseguição que diferem do padrão clássico de refugiado. Segundo o ACNUR, essa recém citada categoria “integra pessoas de origem, modo de vida e estatuto social similares”.³⁵¹ Define Guy Goodwin-Gill que, em relação ao pertencimento a determinado grupo social, tanto as características “internas” do grupo como, também, a “percepção externa” definem essa conceituação. Assim, existem fatores inatos ligando diretamente um indivíduo ao outro e, de outra forma, a maneira como esse grupo é percebido, dentro do contexto social em que está inserido, pode ser um fator relevante para comprovação da perseguição.³⁵²

Na Diretiva 83/2004, tanto a “percepção externa” do grupo social, como, também, as características inerentes e internas a esse grupo foram contempladas, contudo, através do concurso cumulativo das duas.³⁵³ Assim, uma determinada pessoa deve demonstrar que integra um certo grupo social e, ainda, que este grupo é percebido distintamente pela

³⁴⁹ Segundo Guy Goodwin-Gill, a intenção do agente pode, realmente, levar à conclusão de que há um bem fundado temor de perseguição, porém, não é esse um requisito conclusivo para negar o *status* de refugiado. GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 51).

³⁵⁰ HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. International protection/relocation/flight alternative as an aspect of refugee status determination. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p. 468.

³⁵¹ ACNUR. Manual de procedimentos e critérios para determinar a condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. 2004. Disponível em <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3391.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2005. Daqui por diante, Manual de Procedimentos.

³⁵² GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 47. Destaca James Hathaway que devem ser características que, por tão importantes, não podem ser abandonadas, sob pena de perda da própria identidade. HATHAWAY, *The law...*, p. 161

³⁵³ Conforme o artigo 10(d) da Diretiva 83/2004.

comunidade na qual está inserido. Esta obrigação de cumprir, simultaneamente, com os dois requisitos pode redundar em uma impossibilidade do reconhecimento da condição de refugiado. Trata-se, pois, de exigência tão rígida que se distancia exatamente do escopo da categoria “pertencimento a determinado grupo social” que, embora, não seja uma categoria *ad hoc* tem por característica a sua flexibilidade, até como forma de acompanhar a evolução das relações sociais no mundo contemporâneo.

As perseguições de gênero costumam ser inseridas na categoria de “pertencimento a determinado grupo social” e são um exemplo clássico da mutabilidade das relações sociais no mundo contemporâneo. Podem essas perseguições voltadas contra a mulher retratar situações dramáticas como mutilação genital, casamento forçado ou homicídios em “nome da honra”.³⁵⁴ Existem, ainda, outros aspectos, aparentemente menos graves, que não podem ser esquecidos, pois, é fundamental perceber que determinados atos possuem implicações diferenciadas para as mulheres em relação a uma dada perspectiva masculina. Assim, restrições de vestuário, de acesso ao mercado de trabalho e da própria liberdade da mulher, normalmente fundadas em bases religiosas e culturais, podem esbarrar no “relativismo” e aparentar, falsamente, atos “meramente” discriminatórios, quando, se examinados a fundo, consubstanciam sólida perseguição.³⁵⁵ Da mesma maneira, a oposição, feita por mulheres, a um regime que restringe os direitos femininos pode as colocar na condição de refugiadas.³⁵⁶

Em situações de conflito armado ou de violência generalizada, em que inexiste a proteção do Estado, muitas mulheres são expostas a todo tipo de violência, notadamente, de caráter sexual. Há uma tendência obtusa de visualizar em tais atos simples “luxúria” dos agressores e, portanto, inexistente um motivo convencional. Porém, há que destacar que é a vulnerabilidade dessas mulheres, por inata característica, que acaba por propiciar a violência que lhes é infligida, as colocando na posição de “alvo” da barbárie.

Embora todas essas colocações, no direito comunitário europeu, a norma relativa às perseguições de gênero menciona, de forma bastante incompleta e irrazoada, que atos de

³⁵⁴ PODKUL, Jennifer. Domestic violence in the United States and its effect on U.S. asylum law. *Human Rights Brief*, v. 12, n. 2, winter 2005, p. 17.

³⁵⁵ KELLEY, Ninette. The convention refugee definition and gender-based persecution: a decade's progress. *International Journal of Refugee Law*, v. 13, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 14 set. 2005, p. 563.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 563.

perseguição de gênero “poderão ser tidos em consideração”.³⁵⁷ Ao não criar uma obrigação de examinar os pedidos relacionados à perseguição de gênero, abre-se, na União Européia, uma perigosa lacuna pois, restam desvinculadas do escopo protetivo do asilo atrocidades perpetradas contra mulheres. Essa não obrigatoriedade legitima que um determinado Estado, por razões culturais e religiosas, institucionalize um regime de opressão às mulheres, sem contar que, sinaliza, contraditoriamente, que o Estado de asilo, internamente, não protege suas próprias cidadãs de atos persecutórios perpetrados em seu território.

A legislação comunitária destaca, também, que o pertencimento ao gênero, *per se*, não implica em, necessariamente, reconhecer o *status* de refugiado. No entanto, essa colocação é, tanto desnecessária, como, também, equivocada, pois, sofrer perseguição não, necessariamente, inclui a pessoa em um “determinado grupo social”, tendo em vista que o medo, considerado em si, não é um critério para tornar uma pessoa um refugiado. Por outro lado, em certas situações, o simples fato de pertencer à certo grupo social consubstancia a perseguição e cria o bem-fundado temor de perseguição sem necessidade de maiores questionamentos.³⁵⁸

§ 2º A Proteção Subsidiária

A discussão em torno da Proteção Subsidiária integra uma das mais pungentes e atuais questões em torno da problemática do deslocamento forçado. Com efeito, existem sérias dúvidas quanto à eficiência da Convenção de Genebra como referencial único de proteção aos refugiados. Nesse sentido, para principiar qualquer discussão, devemos ter em mente que a Convenção de Genebra tem sua estrutura baseada em “perseguição” e no “bem-fundado temor”. Portanto, como destaca Van Heuven Goedhart, as ameaças à vida não bastam para tornar uma pessoa um refugiado dado que fugir de uma guerra ou de um desastre natural, *per se*, não dá azo ao reconhecimento da condição de refugiado.³⁵⁹

³⁵⁷ Conforme o artigo 10(d) da Diretiva 83/2004.

³⁵⁸ Conforme ACNUR, *Manual...*, parágrafo 79.

³⁵⁹ GOEDHART, *The problem...*, p. 267-268.

No entanto, há que ponderar o fato de que a Convenção de Genebra conta já com mais de cinquenta anos e não é possível afirmar que o mundo não tenha sofrido alterações nesse período.³⁶⁰ A crise do petróleo, a descolonização africana e o fim do mundo comunista são fatos que abalam toda a estrutura mundial do pós-guerra, modificando, em muito, as relações sociais e, também, as próprias relações interestatais. Conseqüentemente, o perfil clássico do refugiado sofre mudanças significativas e, se o sintoma – no caso, o deslocamento forçado – é o mesmo tanto para “novos” refugiados como, também, para os clássicos refugiados genebrinos, é difícil explicar porque uns merecem receber proteção enquanto os demais não contam a guarida da comunidade internacional.

Andrew Shacknove coloca, com propriedade, algumas condições para que se possa classificar uma pessoa como refugiado nos termos da Convenção de Genebra. Argúi ele que há um vínculo que une o cidadão ao Estado, fundado na lealdade do indivíduo e na proteção ofertada pelo Estado a este. Em relação ao refugiado, este vínculo inexistente ou está seriamente prejudicado. Por essa razão, **perseguição e estraneidade**³⁶¹ são as manifestações físicas do rompimento do vínculo entre cidadão e Estado que acabam por conduzir, via de conseqüência, ao reconhecimento da condição de refugiado.³⁶² No entanto, essas não são condições absolutas. Assim, alerta o autor que a perseguição é, apenas e tão somente, uma das faces da condição de refugiado. Sempre que ocorre a “falência” do Estado e não é ofertada, a devida proteção ao ser humano está a pessoa, conseqüentemente, numa condição de refugiado. Dessa forma, a estraneidade representa, simplesmente, o acesso à proteção internacional que, via de regra, não pode ser recebida internamente.³⁶³ Define Schacknove, por fim, que “refugiados” são pessoas privadas de suas necessidades essenciais³⁶⁴ que, sem contar com outro recurso, buscam proteção internacional onde esta é possível.³⁶⁵

³⁶⁰ Segundo Eric Hobsbawn “A história [...] após 1973 é a de um mundo que perdeu suas referências e resvalou para a instabilidade e a crise”. HOBBSAWN, *Era...*, p. 393.

³⁶¹ Definida pelo Dicionário Aurélio como “situação jurídica do estrangeiro no país onde se acha domiciliado”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 834. No entanto, a estraneidade que aqui fazemos referência é a simples condição de estar fora do país de origem, ou seja, ser estrangeiro. Para De Plácido e Silva, estrangeiro “É o vocábulo derivado do latim *extraneus*, que quer dizer *de fora*.” (ESTRANGEIRO. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualização Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 565).

³⁶² SHACKNOVE, Andrew E. Who is a refugee? *Ethics*, v. 95, n. 2, jan. 1985, p. 275.

³⁶³ *Ibidem*, p. 277.

³⁶⁴ Para o autor, as necessidades básicas envolvem segurança física, subsistência vital, liberdade de participação na vida pública e liberdade de movimento. (*Ibidem*, p. 281).

³⁶⁵ *Ibidem*, p.282.

Recentemente, o Comitê Executivo do ACNUR reconheceu que, quando há uma falha estatal na proteção, surge a proteção internacional. Além da notória perseguição, podem as ameaças à vida e a segurança pessoal, o conflito armado ou uma perturbação grave da ordem pública causarem deslocamentos forçados.³⁶⁶ Todas as pessoas que se encontram em situações de risco a sua vida e segurança devem receber algum tipo de proteção internacional quando esta faz-se necessária e, tendo isso em mente, podemos olhar para estes seres humanos de duas formas diversas.

A primeira é nos centrarmos na impossibilidade de seu retorno ao país de origem, ao menos, durante certo tempo. Assim, a “não-retornabilidade” dessas pessoas define sua permanência. No entanto, não terão sua condição de refugiados reconhecida e, portanto, seu *status* migratório será incerto. Outra forma, bastante diferente, de contextualizar essa situação é reconhecer que determinadas categorias de seres humanos, em situações específicas, mesmo que distintas da Convenção de Genebra, são, também, **refugiados** e, portanto, com necessidades de proteção semelhantes aos refugiados clássicos do pós-guerra. Ou seja, tal assertiva consubstancia uma **ampliação** da definição clássica de refugiado, com base em circunstâncias ou condições que tornam a proteção internacional a única resposta possível ao deslocamento forçado.³⁶⁷

O primeiro instrumento que reconheceu a necessidade de uma definição ampliada de refugiado foi celebrado sob os auspícios da Organização da Unidade Africana (OUA)³⁶⁸, na Convenção sobre Aspectos Específicos dos Problemas com Refugiados na África, de 1969.³⁶⁹ Esta definição reconhece que, além do escopo da Convenção de Genebra, outras razões podem impelir para a fuga. Assim, a motivação que fundamenta a busca de proteção internacional advém de “agressão externa, ocupação ou dominação estrangeira, ou de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública em parte ou na totalidade do seu país de origem ou nacionalidade.”³⁷⁰ É um conceito que possui um profundo caráter

³⁶⁶ ACNUR. Comitê Executivo. Providing international protection including through complementary forms of protection. *Refugee Survey Quarterly*, v. 25, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 out. 2006, p. 143.

³⁶⁷ Nos utilizaremos, quando necessário, da expressão “definição ampliada” para indicar um conceito de refugiado que vai além dos limites da Convenção de Genebra.

³⁶⁸ Criada em 1963, tinha como um dos motes principais a luta contra o colonialismo. Hoje, foi remodelada e rebatizada como União Africana.

³⁶⁹ Vigorou a partir de 1974.

³⁷⁰ A definição da OUA, artigo I(2), determina que “o termo refugiado se aplicará a toda pessoa que, em razão de uma agressão exterior, uma ocupação ou uma dominação estrangeira, ou de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública em uma parte ou na totalidade do país de origem ou de nacionalidade, é obrigada

humanitário e que dá, também, um enfoque “mais realista sobre a natureza dos cenários contemporâneos envolvendo refugiados”.³⁷¹

Cita Micah Rankin que três grandes objetivos permearam a criação dessa definição africana. O primeiro foi o de pacificar as relações entre os Estados africanos.³⁷² Em segundo lugar, diversos países ainda estavam com suas obrigações internacionais limitadas pelas restrições geográficas e temporais da Convenção de Genebra e isso exigia uma forma de complementação regional à definição de refugiado. Por fim, destaca o autor que o desejo de garantir os esforços anticolonialistas também impulsiona parte da criação desse conceito ampliado de refugiado.³⁷³

A segunda ampliação das condições que permitem o reconhecimento da condição de refugiado deu-se em terras americanas, no contexto dos diversos conflitos surgidos na América Central na década de 1980. Alguns dos países confrontados com o súbito deslocamento de refugiados não possuíam meios técnicos e jurídicos para lidarem adequadamente com a situação.³⁷⁴ Assim, sob a égide do pragmatismo, foi criada, sem caráter vinculante, a “Declaração de Cartagena sobre Refugiados”. Essa Declaração apareceu em encontro realizado na Colômbia, em 1984, sob a liderança da comunidade acadêmica e com a participação de representantes de diversos governos,³⁷⁵ o que permitiu o surgimento de um

a abandonar sua residência habitual para buscar refúgio em outro lugar fora do seu país de origem ou do país de nacionalidade”.

³⁷¹ TUEPKER, Anais. On the threshold of África: OUA and UN definitions in South África asylum practice. *Journal of Refugee Studies*, v. 15, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 10 nov. 2004. p. 411. (tradução livre)

³⁷² Sem sombra de dúvida, os deslocamentos forçados podem criar tensões entre diferentes Estados. Até mesmo os acampamentos de refugiados causam temor, pois, efetivamente, existem registros de áreas de refúgio utilizadas como bases militares. Muito recentemente, após tropas do governo da Somália, apoiadas por tropas etíopes, terem retomado o controle de grande parte do país, que estava em poder da milícia denominada de “Cortes Islâmicas”, houve uma fuga para o Quênia que, entretanto fechou suas fronteiras. Segundo o jornal espanhol *El País* diversas pessoas, na maioria mulheres e crianças, foram impedidas de alcançar o campo de refugiados do ACNUR localizado perto da fronteira. Embora o governo queniano tenha afirmado que desejava impedir apenas a entrada de combatentes, o ACNUR, por sua vez confirmou a quebra de violação internacional relativa ao *non-refoulement* por parte do Quênia. (KENIA cierra sus fronteras con Somália para evitar la entrada de los islamistas derrocados. *El País*, 04 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.elpais.com/>> Acesso em 04.01.2007).

³⁷³ RANKIN, Micah Bond. *Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OUA refugee definition thirty years on*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/425f71a42.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2006, p. 2-3.

³⁷⁴ Alguns dos países envolvidos com a crise na América Central sequer haviam aderido à Convenção de Genebra.

³⁷⁵ Participaram do Colóquio na Colômbia os seguintes países: Guatemala, Belize, Honduras, El Salvador, Costa Rica, Nicarágua, México, Colômbia, Venezuela e Panamá.

instrumento de *soft law* que serviu de guia para o trato da questão dos refugiados.³⁷⁶ A definição de refugiado estabelecida na Declaração de Cartagena afirma serem refugiados, além daqueles reconhecidos segundo a Convenção de Genebra, também

as pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.³⁷⁷

Na União Européia, diferentemente do que vimos até aqui, não há nenhuma iniciativa significativa no sentido de realizar uma ampliação da definição de refugiado consagrada na Convenção de Genebra.³⁷⁸ Surgiu, por outro lado, um regime de proteção **alternativo**, a Proteção Subsidiária.

Diversos fatores explicam o nascimento desse regime alternativo. O primeiro ponto a ser destacado na análise da gênese da Proteção Subsidiária é a existência de obrigações internacionais que impedem o retorno de determinadas pessoas a seu país de origem, ainda que estas não tenham obtido o reconhecimento da condição de refugiado.³⁷⁹ Lembramos, no mesmo sentido, que o próprio estreitamento da definição de refugiado da Convenção de Genebra, conduz à criação de alguma forma de proteção sob pena de violação de obrigações internacionais de caráter mais geral e que não estão vinculadas a um *status* migratório específico.³⁸⁰ Nesse sentido, não é possível esquecer que a própria constituição de um regime

³⁷⁶ Para mais informações ver, FISCHER DE ANDRADE, José H. Regionalização e harmonização da definição de refugiado e dos procedimentos para a determinação da condição de refugiado no âmbito do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (org.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 85-88. Ainda que, inicialmente, não tenha nascido como uma obrigação internacional, diversos países latino-americanos adotam, hoje, essa definição, tais como, Brasil, Paraguai, Argentina* e México, entre outros. (* Embora possua, formalmente, uma definição mais restrita, aplica, na prática, a definição ampliada).

³⁷⁷ Essa Declaração colhe elementos de diversas fontes, tais como, o direito internacional humanitário, o direito internacional dos direitos humanos, os aspectos regionais do asilo latino-americano e, por óbvio, a própria definição de refugiado da OUA.

³⁷⁸ No Tratado da Comunidade Européia o tema é tratado no artigo 63(2)(a), que menciona o ofertamento de proteção à “pessoas que, por outros motivos, necessitem de proteção internacional”.

³⁷⁹ Para essa análise, ver a Primeira Parte deste trabalho, especialmente, o Capítulo I, Seção I.

³⁸⁰ Essa proteção é denominada constantemente de “proteção complementar”. Cita o Comitê Executivo do Acnur que a restrição ao reconhecimento da condição de refugiado decorre de fatores variados, tais como o não reconhecimento do caráter persecutório de atos perpetrados por agentes não-estatais, negação do *status* à pessoas que fogem de áreas de conflito que, recebem, às vezes, “proteção complementar” e, por fim, perseguições de gênero podem não possibilitar o reconhecimento do *status* de refugiado segundo a prática de alguns países. (ACNUR. Comitê Executivo. Complementary forms of protection: their nature and relationship to the international refugee protection regime. *Refugee Survey Quarterly*, v. 19, n. 4, 2000. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08.08.2005, p.165).

subsidiário legitima a prática restritiva em relação aos refugiados, tendo em vista que esses contam com um regime “alternativo” de proteção, um “*status B*”.

Existe, ainda, um outro fator importante. O alcance da Proteção Subsidiária é bastante limitado, o que retira parcela significativa da ampliação *ratione personae* da proteção internacional no seio comunitário europeu e, contenta, de outra forma, aqueles que defendem uma política de restrições. Segundo explana a Comissão Europeia, a Proteção Subsidiária deve apenas complementar a Convenção de Genebra como uma forma de “proteção de substituição a conceder em vez da proteção nacional **unicamente quando não existe qualquer possibilidade realista** para o requerente obter proteção no seu país de origem”.³⁸¹

Em que pese essa restritividade, é importante ressaltar que a criação do regime subsidiário institui uma obrigação comunitária, retirando do discricionarismo estatal o trato de questões que desvirtuam-se quando aplicadas sob a égide de “razões humanitárias”, além de harmonizar práticas administrativas bastante díspares praticadas pelos Estados-Membros sob formatos variados.³⁸² Não há como negar, da mesma maneira, que ao reconhecer um *status* de permanência, àqueles que recebem proteção de cunho subsidiário garante-se, no mínimo, uma situação de maior estabilidade para essas pessoas, dado que passam a contar com as garantias de um estatuto protetivo. Esses méritos da Proteção Subsidiária, no entanto, devem ser relativizados, pois, existem muitas inconsistências na estrutura e formatação do regime.

Segundo a letra do artigo 15 da Diretiva 83/2004, a qualificação para a Proteção Subsidiária exige que paire, sobre a pessoa a ser protegida, “ofensas graves”, consubstanciadas nos seguintes termos:

São ofensas graves:

- a) A pena de morte ou a execução
- b) A tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem; ou

³⁸¹ COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a normas de procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. COM (2005) 391 Final. Bruxelas, 1 set; 2005, p. 7. (o grifo é nosso)

³⁸² McADAM, Jane. The European Union qualification directive: the creation of a subsidiary protection regime. *International Journal of Refugee Law*, v. 17, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 11 out. 2005, p. 462. Embora o regime subsidiário não represente uma ampliação da definição de refugiado tem ele a virtude de codificar, comunitariamente, obrigações internacionais que impedem o retorno ao país de origem, segundo destacam PIOTROWICZ, Ryszard; VAN ECK, Carina. Subsidiary protection and primary rights. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, 2004, p. 110

- c) A ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física de um civil, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno.

No que tange à primeira das alíneas, referente à pena de morte e a execução, dois fatores são sumamente importantes e merecem ressalva. O primeiro é a própria repulsa à aplicação da pena de morte em tempos de paz; enquanto, o segundo origina-se na jurisprudência de Estrasburgo que entende ser o “fenômeno do corredor da morte” um possível violador da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.³⁸³ Por outro lado, devemos lembrar que a existência de alguma dubiedade no julgamento ou na aplicação da pena nos leva a considerar que não nos encontramos diante de um caso de Proteção Subsidiária. Trata-se, em tal situação, de um nítido caso de reconhecimento da condição de refugiado, tendo em vista que o réu está sofrendo atos de timbre persecutório. Não reconhecer isso é limitar, indevidamente, o alcance da Convenção de Genebra.

Em relação à alínea (b) artigo 15 da Diretiva 83/2004, algumas observações são necessárias.³⁸⁴ Esta disposição, tanto quanto a anterior, é profundamente ligada à questão do impedimento de afastamentos com base no artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos. Sobre a mencionada disposição, alerta o ACNUR que os atos de tortura ou desumanos, praticados por agentes estatais ou não estatais, em parte significativa dos casos, propiciam o reconhecimento da condição de refugiado sem ser necessário, portanto, recorrer à Proteção Subsidiária.³⁸⁵ Outro ponto a ser destacado é que a disposição comunitária menciona a expressão “país de origem”, o que acaba por limitar ainda mais seu espectro de atuação e ressalta a importância do papel da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação a situações que não se desenrolam especificamente no país de origem.³⁸⁶

³⁸³ McADAM, *The European...*, p. 476-478. A própria Carta dos Direitos Fundamentais da União, no seu artigo II-19(2), proíbe afastamentos em caso de aplicação de pena de morte.

³⁸⁴ O alcance material desta alínea poderia ter sido mais abrangente. Destaca Geoff Gilbert que o artigo 15 da Diretiva 83/2004 falha ao não incluir a escravidão e a detenção arbitrária nas razões que qualificam para recebimento da Proteção Subsidiária. GILBERT, *Is Europe...*, p.979. Concordamos com essa assertiva e, inclusive, nos parece que artigo 15(b) poderia ter sido o local adequado para esses casos. Na proposta original da Comissão, a redação era a seguinte: “Violação suficientemente grave dos seus direitos individuais susceptível de desencadear obrigações internacionais do Estado-Membro”. COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Directiva...*, p. 55.

³⁸⁵ ACNUR. *UNHCR: annotated comments on the EC council directive 2004/83 EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who need international protection and the content of protection granted*, p. 32.

³⁸⁶ McADAM, *op. cit.*, p. 478.

Mas, a norma que, sem sombra de dúvida, causa maior preocupação é aquela insculpida no artigo 15(c) da Diretiva 83/2004, tanto pelo que menciona e, muito especialmente, pelo que deixou de fazer referência. Essa disposição sofreu, inclusive, muitas alterações ao longo dos debates que culminaram na criação da referida Diretiva.³⁸⁷ Em razão das modificações, o alcance *ratione personae* distanciou-se bastante da almejada ampliação do espectro de proteção no espaço integrado.

Cabe ressaltar, de início, que a norma exige ameaça **individual** para que se configure a necessidade de Proteção Subsidiária. Tal obrigação tem, ínsita na sua formatação, uma perigosa dualidade, tendo em vista que as situações de “violência indiscriminada” possuem como característica maior a generalidade, o que, a seu tempo, vem a se chocar com essa, quase obtusa, exigência de ameaça individual ao solicitante de proteção internacional.³⁸⁸

Se compararmos essa abordagem comunitária com a definição ampliada da OUA, perceberemos profundas diferenças. O foco dessa última é a “desintegração da sociedade” pelas razões expostas na própria definição.³⁸⁹ A ênfase é colocada não na relação indivíduo-sociedade, mas, sim, no meio social em si e na situação em que este se encontra. O “temor” fica, assim, em segundo plano, tendo em vista que é a instabilidade da sociedade que compele a pessoa a fugir, o que denota o caráter quase objetivo da definição ampliada africana.³⁹⁰ Tendo isso em consideração, fica ainda mais evidente a dificuldade que uma pessoa enfrenta para provar sua necessidade de proteção internacional nos termos do direito comunitário europeu. Além de demonstrar que estava ela localizada em área conflituosa, cuja situação era

³⁸⁷ A redação original desta alínea era “Ameaças à sua vida, segurança ou liberdade, em resultado de violência indiscriminada resultante de um conflito armado ou de violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos”. COMISSÃO EUROPÉIA, *Proposta de Directiva...*, p. 55.

³⁸⁸ ACNUR *UNHCR annotated...*, p. 32-33. A situação vivida no Iraque espelha bem essa situação. Todos os meses, centenas de iraquianos perdem a vida em razão da escalada da violência em praticamente todo o país.

³⁸⁹ Conforme SHACKNOVE, *Who is...*, p. 276.

³⁹⁰ RANKIN, *Extending...*, p. 5-7. Na Declaração de Cartagena, em comparação com a definição de refugiado da OUA, há um nível maior de exigência para o reconhecimento da condição de refugiado. Deve existir uma ameaça à vida, liberdade ou segurança da pessoa que, por sua vez, age como nexos causal entre a situação objetiva, isto é, as condições no país de origem, e a fuga empreendida. Os eventos que acontecem no país devem estar ligados ao indivíduo, o colocando sob uma real e iminente ameaça, tanto em razão de sua localização geográfica, como, também, pela intensidade e periculosidade da situação determinante para o abandono do país. Destaca Ruma Mandal que a Declaração de Cartagena supre a lacuna existente entre a extrema objetividade da definição da OUA e as legislações internas que prevêm algum tipo de proteção complementar mais restrita. MANDAL, Ruma. *Protection mechanisms outside of the 1951 Convention (“complementary protection”)*. United Nations of High Commissioner for Refugees, 2005. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protect>> Acesso em: 09 jan. 2006, p.43-44.

de caos, tem, ainda, o ônus adicional de evidenciar que suas razões indicam um elevado nível de risco pessoal caso lá permanecesse.³⁹¹

Não podemos nos olvidar, também, de que, contrariamente às definições ampliadas, a norma comunitária estabelece que a Proteção Subsidiária limita-se a “situações de conflito armado internacional ou interno”, condições que, por si só, são de difícil definição e comprovação, afinal, não existem meios precisos para, com exatidão, estabelecer quando um confronto tem contornos de “conflito armado internacional ou interno”.³⁹² Da mesma maneira, a guerra, por sua natureza desumana, pode ser um meio utilizado para efetivarem-se perseguições e, nesse caso, pode haver ligação a um dos motivos convencionais genebrinos, permitindo assim o reconhecimento da condição de refugiado em detrimento da Proteção Subsidiária.³⁹³

Há que mencionar, também, que casos envolvendo perturbação da ordem pública³⁹⁴ e, muito especialmente, “violação massiva de direitos humanos” não foram contemplados na legislação comunitária, embora sejam desenvolvimentos quase que inerentes a um regime de cunho alternativo.³⁹⁵

³⁹¹ McADAM, *The European...* p. 481.

³⁹² Para essa temática ver, *Ibidem*, p.486-488 e, FORTIN, Antonio. Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration. In: ACNUR. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados*. San Jose, C. R.: Editorama, 2005, p. 284-285.

³⁹³ Como reconhecido pelo ACNUR, *Manual...*, parágrafo 165.

³⁹⁴ Segundo Antonio Fortin a “ordem pública” envolve questões relacionadas com a paz e a segurança na sociedade. Se os mecanismos que coíbem a criminalidade e a desordem não mais existem, então, há motivo para reconhecer a condição de refugiado nos termos ampliados. FORTIN, *op. cit.*, p. 296. Já Santiago Corcuera Cabezut entende são atos de, tal gravidade, que beiram a guerra civil e redundam em suspensão de direitos civis, envolvimento de forças policiais e militares, prisões em massa, entre outros. CORCUERA CABEZUT, Santiago. Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado. In: ACNUR. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados*. San Jose, C. R.: Editorama, 2005, p. 218-219.

³⁹⁵ Com efeito, a violação massiva de direitos humanos é uma inovação trazida pela Declaração de Cartagena que, embora flexível, não é um conceito aberto e ilimitado. Via de regra, liga-se à atos praticados pelo Estado ou por particulares sob instigação, auxílio ou inação do aparelho estatal. Pode envolver escravidão, desaparecimentos, deportações de parte da população e prisões arbitrárias, entre outras formas de violência contra o ser humano. MANDAL, *Protections...*, p. 16. No mesmo sentido, FORTIN, *op. cit.*, p. 294. Lista o referido autor alguns eventos passados que ilustram a “violação massiva de direitos humanos” como, por exemplo, a ditadura militar no Chile na década de 1970, o regime do *apartheid* na África do Sul, os acontecimentos no Irã depois de 1979, a repressão aos curdos no Iraque e o regime do Khmer Vermelho no Camboja, entre outros exemplos terríveis. (*Ibidem*, p. 294-295).

O regime subsidiário toma espaço da Convenção de Genebra³⁹⁶ e, ao mesmo tempo e de forma contraditória, não alcança categorias de seres humanos deslocados que deveria atingir. Ryszard Piotrowicz e Carina Van Eck definem bem a situação ao citarem que o raciocínio, quase torpe, que subjaz na justificação da Proteção Subsidiária encerra-se na seguinte afirmação: as pessoas que recebem Proteção Subsidiária não possuem nenhum outro tipo de proteção, mas, a “peculiaridade” da situação que se defrontam no país de origem exige que sejam recebidas na União Européia.³⁹⁷

§ 3º O regime de Proteção Temporária

A Proteção Temporária, enquanto conceito e prática, não é medida inovadora, pois já foi utilizada, ainda que de forma bastante desigual, nas crises centro-americanas e asiáticas das décadas de 1970 e 1980.³⁹⁸ Baseia-se o citado regime na impossibilidade do Estado lidar, satisfatoriamente, com o problema dos refugiados em razão de uma súbita chegada de um elevado número de seres humanos deslocados. Dessa forma, por razões práticas, o Estado recebe essas pessoas sob uma base precária, até que seja possível realizar a análise individual dos pedidos de asilo ou, então, até que se normalize a situação no país de origem, permitindo o retorno seguro dos deslocados.

No contexto europeu, foi medida amplamente utilizada em relação às pessoas vindas da antiga Iugoslávia, aplicada, porém, de maneira discricionária e sob distintas bases, contando, inclusive, com o apoio do ACNUR.³⁹⁹ A característica principal foi a ênfase na transitoriedade (limitação temporal) e no retorno, tão breve quanto possível, ao país de origem.

³⁹⁶ Em 2001, apenas quatro Estados-Membros tiveram um maior número de refugiados reconhecidos segundo o *status* genebrino em relação à formas de “*status B*”. Demonstra-se, assim, que a imensa maioria dos pedidos de proteção internacional recebe, hoje, tratamento na forma de Proteção Subsidiária. McADAM, Jane. *The European Union qualification directive: the creation of a subsidiary protection regime*, p. 464.

³⁹⁷ PIOTROWICZ; VAN ECK, *Subsidiary...*, p.132.

³⁹⁸ Conforme FITZPATRICK, Joan. Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime. *American Journal of International Law*, v. 94, n. 2, apr. 2000, p. 279.

³⁹⁹ Foi o ACNUR, em 1992, que propôs o estabelecimento do regime temporário para o caso da Iugoslávia. Conforme HELTON, *Legal...*, p. 536.

No que tange ao direito comunitário, a Diretiva 55/2001⁴⁰⁰ regula a concessão da Proteção Temporária.⁴⁰¹ Concomitantemente à harmonização legislativa, o regime temporário busca, também, propiciar um sistema de *burden-sharing* nos casos de êxodos massivos dirigidos ao espaço comunitário. Essa Diretiva proclama o caráter excepcional de suas disposições afirmando, assim, que o regime temporário restringe-se a condições específicas e de curto prazo, com o objetivo de possibilitar uma “sobrevida” ao sistema de asilo em situações de extrema dificuldade.⁴⁰² Limita-se a situações em que os Estados-Membros já enfrentam uma condição de êxodo massivo ou, ainda, e isso é importante dizer, na iminência da chegada de grande número de pessoas, denotando, assim, um certo caráter preventivo.

O ponto principal é que, uma vez vigente o regime de Proteção Temporária e, determinado o seu alcance, permanecem “inertes” os demais regimes de proteção em relação a uma determinada população deslocada. Cabe frisar, por outro lado, que não há o impedimento ao reconhecimento da condição de refugiado ou de beneficiário de Proteção Subsidiária para pessoas que possuem uma origem distinta daqueles que estão submetidos ao regime temporário.

A definição de “pessoas deslocadas”⁴⁰³, isto é, **quem** vai se beneficiar do regime temporário engloba, tanto refugiados segundo a Convenção de Genebra, como, também, pessoas submetidas a outros regimes, nacionais ou regionais, de proteção internacional. Os protegidos serão, portanto, “pessoas que tenham fugido de zonas de conflito armado e de violência endêmica” e, ainda, “pessoas que tenham estado sujeitas a um risco grave ou tenham sido vítimas de violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos”.⁴⁰⁴ Preliminarmente, nos chama a atenção o fato de o regime temporário contemplar, de forma tão ampla, essas categorias de seres humanos. Essa “generosidade” não está presente na

⁴⁰⁰ Directiva 2001/55/CE de 20 de Julho de 2001 relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as conseqüências decorrentes desse acolhimento. *JO*, L 212/12 de 7 ago. 2001.

⁴⁰¹ Prevista no artigo 63(2)(a) do Tratado da Comunidade Européia: “Normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária a pessoas deslocadas de países terceiros que não possam regressar ao seu país de origem [...]”.

⁴⁰² Conforme o artigo 2(a) da Diretiva 55/2001.

⁴⁰³ O artigo 2(c) da Diretiva 55/2001 traz a seguinte definição: “ ‘pessoas deslocadas’, cidadãos de países terceiros ou apátridas que tiveram de deixar o seu país ou região de origem, ou tenham sido evacuadas, nomeadamente em resposta a um apelo de organizações internacionais, e cujo regresso seguro e duradouro seja impossível devido a situação nesse país, e que possam eventualmente estar abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 1º A da Convenção de Genebra ou outros instrumentos internacionais ou nacionais de proteção internacional [...]”.

⁴⁰⁴ Artigo 2(c), (i) e (ii), da Diretiva 55/2001.

proteção de cunho subsidiário, o que acaba por desvirtuar, em certa medida, esse último regime.

É de ressaltar, de outra forma, que a ampliação propiciada pela Proteção Temporária, alcançando pessoas não contempladas pela Convenção de Genebra, é sumamente positiva e possui um profundo sentido de humanismo e valorização da vida. Lamentavelmente, a definição não contempla pessoas que abandonam seu país por questões ambientais (com intervenção humana) ou por desastres naturais (forças da natureza), ignorando, solenemente, uma realidade do século XXI, cujos efeitos tendem a ampliarem-se no transcorrer dos próximos decênios, especialmente em razão do aquecimento global.⁴⁰⁵ Não é despiciendo lembrar que, mesmo em meio às fugas causadas por problemas ambientais, podem existir elementos que denotem perseguição, propiciando, assim, o reconhecimento da condição de refugiado.⁴⁰⁶ Além dessas questões ambientais, podem existir, ainda, situações extraordinárias que impeçam a permanência das pessoas em seu país de origem, como, por exemplo, no caso de erupção de epidemias.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Embora os estreitos limites deste trabalho, cabem, algumas considerações sobre essa relevantíssima temática. Cita David Keane que, em 1998, no primeiro ano que os dados relativos à êxodos ambientais foram computados, estabeleceu-se, de plano, que os desastres naturais deslocaram mais pessoas do qualquer outra causa ao redor do mundo no mencionado período. Destaca, ainda, que em países menos desenvolvidos as respostas que podem ser dadas em casos de emergências são bastante limitadas, além de ser bastante difícil existir um sistema de prevenção e minoração dos efeitos causados pelos acontecimentos (conquanto, ao nosso sentir, nenhum país desenvolvido esteja imune, como demonstrou a passagem do furacão Katrina pela cidade de *New Orleans*, nos Estados Unidos, no ano de 2005). KEANE, David. The environmental causes and consequences of migration: a search for the meaning of “environmental refugees”. *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 16, n. 2, Winter 2004, p. 211-212. Para Antônio Cançado Trindade os desastres naturais podem ser “puros”, como no caso de erupções vulcânicas, terremotos e maremotos, entre outros. Uma segunda categoria comporta os “desastres ambientais”, que vão desde vazamentos de material radioativo, derramamento de óleo ou incêndios florestais, entre outros, cujo componente característico é a participação do homem. No entanto, o citado autor avança ainda mais nessa problemática, ao incluir secas, inundações ou outros acontecimentos oriundos do processo de aquecimento do planeta, pois, seriam esses derivados das mudanças climáticas causados pela intervenção humana. Todas essas pessoas deslocadas, conseqüentemente, necessitam de proteção e poderiam ser incluídas na definição de “refugiados ambientais”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção do meio-ambiente e o direito internacional dos refugiados. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 133-137).

⁴⁰⁶ Uma parcela da população pode ser privada, intencionalmente, do auxílio do governo em meio a um acontecimento ligado à causas ambientais/naturais ou, ainda, discriminada na distribuição dos víveres enviados pela comunidade internacional. De outra maneira, lembra David Keane que a degradação do meio ambiente pode ser utilizada como uma arma de guerra, sem contar que a disputa por recursos naturais pode ser a própria origem de conflitos internacionais ou internos. (KEANE, op. cit., p. 213).

⁴⁰⁷ Conforme, KERBER, Karoline. The temporary protection directive. *European Journal of Migration and Law*, v. 4, 2002, p. 458. O próprio objetivo da Diretiva 55/2001 é proteger pessoas deslocadas “impossibilitadas de regressar ao seu país de origem”, conforme o artigo 1º, o que, nos parece ser, contraditoriamente, demonstrativo de um desejo de maior abrangência do regime de Proteção Temporária.

A definição de “pessoas deslocadas” liga-se, na legislação comunitária, com o conceito de “afluxo maciço”, pois, este último é um requisito *sine qua non* do regime temporário.⁴⁰⁸ Aponta Karoline Kerber que existem três requisitos para a configuração dessa situação de “afluxo maciço”. Primeiro, direciona-se para pessoas vinda de um país ou área geográfica determinada. Segundo, deve haver um grande número de pessoas deslocando-se. E, terceiro, o afluxo deve ter uma característica repentina.⁴⁰⁹ Cabe, porém, observar com mais vagar essa norma.

No que tange à primeira condição, embora esteja claro que pode abranger pessoas oriundas de países diferentes, desde que próximos à zona conflituosa, permite limitar a proteção a pessoas vindas de área específica de determinado país. A questão é problemática, pois, não resta claro se as pessoas vindas de áreas adjacentes podem solicitar asilo ou se há, desde logo, uma presunção de segurança em relação às demais zonas de origem. Quanto ao segundo requisito, a expressão “número importante de pessoas deslocadas” comporta enorme carga de subjetividade, permitindo sua ampla manipulação “política”. Nos parece que essa expressão só pode ser vista de uma perspectiva relativa, nunca focada exclusivamente no número absoluto de pessoas deslocadas, e sim, na capacidade dos Estados hospedeiros em receber essas pessoas. O mesmo se pode dizer do terceiro elemento, a temporalidade, pois, é profundamente vago e impreciso definir quão “súbito” é um afluxo de seres humanos.⁴¹⁰ Cabe então perguntar: ficará a Proteção Temporária, efetivamente, restrita às situações de êxodo massivo? Infelizmente, em razão do que vimos, a resposta tende a ser incerta.⁴¹¹

A Proteção Temporária está, também, inserida em um contexto de questionamento em relação às obrigações relativas à Convenção de Genebra, especialmente por Estados que a consideram muito rígida⁴¹² e distanciada da conjuntura mundial atual, bem menos generosa

⁴⁰⁸ O artigo 2(d) da Diretiva 55/2001 define afluxo maciço como a “chegada à Comunidade de um número importante de pessoas deslocadas, provenientes de um país ou zona geográfica determinados, quer tenham chegado à Comunidade por sua espontânea vontade, quer tenham sido, por exemplo, assistidas por um programa de evacuação”.

⁴⁰⁹ KERBER, *The temporary...*, p. 196.

⁴¹⁰ Cita Joan Fitzpatrick que, durante a crise iugoslava, de todos os Estados da Comunidade, apenas Alemanha e Áustria enfrentaram, realmente, um êxodo massivo. FITZPATRICK, *Temporary...* p. 286.

⁴¹¹ No mesmo sentido, *Ibidem*, p. 289.

⁴¹² Sobre o conflito entre os interesses dos Estados e a Convenção de Genebra, ver, BOSWELL, Christina. *The conflict between refugee rights and national interests: background and policy strategies. Refugee Survey Quarterly*, v. 18, n 2, 1999. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 mar. 2005, p. 68-73.

em relação aos refugiados do que na situação do pós-guerra.⁴¹³ Muito imperfeitamente, poderíamos afirmar que com a Proteção Temporária cria-se um regime de “ganhadores” e de “perdedores”.

Os “ganhadores” são, efetivamente, as pessoas não cobertas por nenhum regime específico de proteção internacional, seja universal ou sub-regional. Os “perdedores” são os refugiados que vêem seus direitos diluírem-se em meio à Proteção Temporária, já que essa não garante o mesmo padrão de tratamento da Convenção de Genebra. Contudo, uma análise mais profunda revela que, mesmo essa distinção entre “ganhadores” e “perdedores”, resta prejudicada, tendo em vista que a imensa maioria das pessoas que abandona seu país em meio a uma situação de conflito ou de caos sofre, invariavelmente, algum tipo de perseguição e, portanto, poderiam ser reconhecidos como refugiados, ainda que tal se desse através de um procedimento de reconhecimento *prima facie*,⁴¹⁴ se não possível analisar, de imediato, todos os pedidos de asilo. Da mesma maneira, não se pode afirmar que a Proteção Temporária atue como valorizadora das obrigações em torno ao *non-refoulement*, pois, este princípio é plenamente aplicável mesmo em situações massivas.⁴¹⁵

Embora a regulação normativa comunitária garanta o acesso ao procedimento de asilo, mesmo para aqueles que estão sob a égide da Proteção Temporária, a análise pode,

⁴¹³ James Hathaway e Alexander Neve elaboraram uma proposta de reformulação do direito internacional dos refugiados que, em apertado e imperfeito resumo, pode ser definida como baseada na transitoriedade da proteção internacional e, portanto, focada em criar condições para o rápido retorno ao país de origem, tornando a integração no país de asilo uma medida de exceção. Defendem, assim, além do uso de um regime temporário, a regionalização do acesso ao asilo (proximidade com o país de origem como determinante) e respostas coletivas para os problemas envolvendo refugiados. Segundo os autores, tais medidas revitalizariam o sistema internacional de proteção dos refugiados e criariam uma atmosfera de respeito e cumprimento às obrigações da Convenção de Genebra. HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. The causal connection (“nexus”) to a convention ground. *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n 3, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004. Outra proposta, essa defendida por Jane McAdam e Jean-François Durieux, entende que deve ser criada uma cláusula de derrogação de obrigações na Convenção de Genebra para casos massivos, sob pena da referida Convenção ser descumprida na sua totalidade. DURIEUX, Jean-François; MACADAM, Jane. Non-refoulement through the time: the case for a derogation clause to the refugee convention in mass influx emergencies. *International Journal of Refugee Law*, v. 16, n. 1, 2004. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 mar. 2005, p. 23.

⁴¹⁴ O reconhecimento *prima facie* da condição de refugiado baseia-se numa avaliação objetiva da situação no país de origem e na impossibilidade, técnica e financeira, de realizar por completo o procedimento “normal”. É uma presunção de que todos os que chegam são refugiados. Posteriormente, podem ser excluídos aqueles que não mereçam a proteção internacional. Conforme RUTINWA, Bonaventure. *Prima facie status and refugee protection*. New issues in refugee research. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3db9636c4.pdf>> Acesso em: 05 . 2004, p. 1-2.

⁴¹⁵ Seria ilógico afirmar que o *non-refoulement* não cobre casos de êxodos massivos. É importante lembrar que o artigo 33 da Convenção de Genebra sequer permite reservas quando da acessão à Convenção de Genebra. Da mesma maneira, o simples fato de refugiados chegarem “em grupo” não muda a essência desses, tendo em

diversamente, ser suspensa durante esse período e só finalizada quando decretado o fim do regime temporário.⁴¹⁶ Entretanto, o ponto mais criticável é a não existência de norma garantindo o acesso ao procedimento de asilo para os pedidos realizados após o término da Proteção Temporária, situação essa que ignora a existência de pessoas que podem, ainda, estar sob risco de perseguição. É solapada, assim, a mais básica distinção entre refugiados e “outros” migrantes.

Quanto ao objetivo de criar um regime de *burden-sharing*, é pouco provável que a Diretiva 55/2001 modifique, de forma realmente profunda, a visão individualista que permeia a prática comunitária em relação aos refugiados.⁴¹⁷ Embora isso, é importante que duas formas de repartição de esforços e solidariedade tenham sido reconhecidas na regulação. A primeira delas é o acesso ao financiamento do Fundo Europeu para Refugiados; enquanto, a segunda permite realizar transferências de beneficiários da Proteção Temporária em caso de um dos Estados-Membros exceder sua capacidade de absorção.⁴¹⁸ Alerta Astri Suhrke que, o outro lado da moeda é a diminuição dos direitos até o nível “mínimo” para garantir que os Estados-Membros aceitem as transferências.⁴¹⁹

O ponto decisivo da Proteção Temporária é o seu afastamento do padrão formal da Convenção de Genebra, adentrando, assim, no terreno do discricionarismo, da politização do asilo e do mero “humanitarismo”.⁴²⁰ A Proteção Temporária deveria ser um regime de obrigações e não de conveniências estatais. Da maneira como está, o regime temporário acaba, inevitavelmente, por se chocar com a busca por soluções duradouras, impedindo a integração local, dificultando o reassentamento e nem sempre garantindo um retorno seguro

vista que a própria Convenção de Genebra é categorizada em grupos, tais como, nacionalidade, raça, religião, entre outros. DURIEUX; McADAM, *Non-refoulement...*, p. 9.

⁴¹⁶ Conforme artigo 17(2) da Diretiva 55/2001. Aplicam-se as normas de responsabilização de Dublin II caso exista um pedido de asilo realizado por beneficiário de Proteção Temporária, nos termos do artigo 18 da Diretiva 55/2001.

⁴¹⁷ Regulação presente nos artigos 24 a 26 da Diretiva 55/2001.

⁴¹⁸ Para se efetivar a transferência deve existir concordância tanto do beneficiário como, também, do Estado que irá receber a pessoa. Conforme o artigo 26(1) da Diretiva 55/2001.

⁴¹⁹ SUHRKE, Astri. *Burden-sharing during refugee emergencies: the logic of collective versus national action. Journal of Refugee Studies*, v. 11, n 4, 1998. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 09 nov. 2004, p. 398-399. Alerta Joan Fitzpatrick que, embora os benefícios da divisão de esforços, não pode ser este o centro do regime temporário, pois, há o risco de recusa dos Estados-Membros em cumprirem suas obrigações sempre que o *burden-sharing* não se efetivar. Assim, o cerne do regime deve ser a segurança e o respeito pelo *non-refoulement*. FITZPATRICK, *Temporary...*, p. 291.

⁴²⁰ No mesmo sentido, *Ibidem*, p. 281.

ao país de origem.⁴²¹ Outra incongruência reside no fato de a Proteção Temporária funcionar como “válvula de escape” nos casos de evacuação, quando, de um lado, há a imposição de vistos de entrada e, de outro, como “ato de graça”⁴²², permite-se a entrada dos deslocados no território comunitário.⁴²³

Seção II – A análise do pedido de proteção internacional segundo a normativa comunitária

No âmbito comunitário europeu, o exame dos pedidos de proteção internacional divide-se em duas vertentes. Na primeira, os pedidos são analisados individualmente com base no caráter não-emergencial da situação (§ 1º); a segunda, prima pela presunção de veracidade do pedido de proteção internacional, abreviando, via de consequência, o *iter* procedimental, embora em um processo mais político do que técnico (§ 2º).

Durante o procedimento de avaliação do pedido de proteção internacional pode surgir, de forma simultânea ou subsequente, a necessidade de examinar se uma pessoa, à primeira vista intitulada para algum dos regimes protetivos, não faz incidir, pelas peculiaridades de sua condição pessoal, normas que a excluem, mandatoriamente, do possível abrigo no espaço integrado (§ 3º). Tais os temas que passaremos a analisar.

§ 1º O procedimento de caráter individual

Dada a condição de vulnerabilidade da pessoa que abandona seu país e busca proteção internacional, necessário faz-se um extraordinário cuidado no procedimento que analisa um pedido de asilo. Como adverte Diego López Garrido, a pessoa que foge está em “ambiente

⁴²¹ Para essas críticas, ver, MARTIN, David A. Large-scale migrations of asylum seekers. *American Journal of International Law*, v. 76, n. 3, 1982, p. 605-606 e KOSER, Khalid; BLACK, Richard. Limits to harmonization: the “temporary protection” of refugees in the European Union. *International Migration*, v. 37, n. 3, 1999. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 jun. 2005, p. 533-535.

⁴²² A expressão é de FITZPATRICK, *Temporary...*, p. 284.

⁴²³ O artigo 8(3) da Diretiva 55/2001 estabelece que os Estados-Membros devem facilitar a obtenção dos vistos de entrada para os beneficiários de Proteção Temporária.

estranho”, com dificuldades de comunicação e frente a autoridades que a intimidam, por isso, não apenas seu pedido merece minucioso exame como, também, exige qualificação e profundo conhecimento por parte do corpo técnico-administrativo envolvido com a solicitação de proteção.⁴²⁴

Um pedido de proteção internacional, no direito comunitário europeu, é um pedido que engloba tanto, o reconhecimento da condição de refugiado como, também, uma solicitação afeta à Proteção Subsidiária.⁴²⁵ Porém, como o *status* de refugiado tem preponderância sobre a proteção de cunho subsidiário, há uma presunção, de caráter normativo, de que o pedido de proteção é uma solicitação nos termos da Convenção de Genebra.⁴²⁶ Por essa razão, um pedido de proteção deve, sempre, analisar e esgotar, em primeiro lugar, as implicações do *status* de refugiado, para, apenas, em um segundo momento, perquirir, se é possível, a concessão do “*status B*” comunitário.

Não há, no entanto, uma imposição aos Estados-Membros no sentido de criar um “Procedimento Único”, ou seja, um *iter* procedimental uno em que tanto um pedido de reconhecimento da condição de refugiado como, da mesma forma, um pedido que se enfeixa nos moldes da Proteção Subsidiária é analisado nos mesmos moldes procedimentais.⁴²⁷ Tendo em vista a natureza jurídica da Diretiva⁴²⁸ e, também, do próprio âmbito material da Diretiva 85/2005, fica ao alvitre do Estado-Membro decidir utilizar-se ou não dos procedimentos de análise estabelecidos nesse instrumento comunitário em relação aos casos envolvendo Proteção Subsidiária.⁴²⁹ Melhor teria sido, a nosso juízo, que o procedimento estabelecido na referida Diretiva abarcasse, conjuntamente, os pedidos de Proteção Subsidiária ou, então, que as normas recebessem tratamento na forma de um Regulamento comunitário que unificasse os procedimentos.⁴³⁰

⁴²⁴ LOPÉZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 58.

⁴²⁵ Conforme artigo 2(g) da Diretiva 83/2004.

⁴²⁶ Conforme o artigo 2(b) da Diretiva 85/2005.

⁴²⁷ Para o ECRE, o Procedimento Único é aquele em que, tanto em relação a um pedido de asilo nos moldes da Convenção de Genebra, como, também, em relação a um pedido que comporte a concessão de Proteção Subsidiária, é aplicado o mesmo procedimento. (ECRE. *Ecre information note on the council directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status*. European Council on Refugees and Exiles, 2006. Disponível em: <<http://www.ecre.org/files/infnotprocdir.pdf>> Acesso em: 02 jan. 2007, p. 6).

⁴²⁸ Cabe recordar que a Diretiva obriga apenas em relação ao resultado a ser atingido; não quanto aos meios que devem ser utilizados para tanto.

⁴²⁹ Conforme artigos 3(3) e 3(4) da Diretiva 85/2005.

⁴³⁰ Por essa razão, sempre que fizermos referência aos procedimentos da Diretiva 85/2005 não teremos, até o período final de transposição desta Diretiva para o direito nacional, (cuja data é 1º de Dezembro de 2007) a

Após um pedido de asilo ter sido feito, fica, em princípio, o Estado-Membro obrigado a realizar a análise do mérito da solicitação. Ao mesmo tempo, determinados direitos de caráter social/assistencial e, também, de cunho jurídico-procedimental, passam a ser exigíveis pelo solicitante de asilo. Uma vez que o pedido é realizado há um direito de permanência no território durante o exame da solicitação, limitado, entretanto, aos “procedimentos de primeira instância”, muito embora fosse bastante mais razoável uma garantia efetiva contra a remoção antes de proferida a decisão final.⁴³¹

A permanência do solicitante de asilo intitula o mesmo para um certo número de direitos, regulados pela Diretiva 9/2003, relativa às condições de acolhimento dos solicitantes de asilo.⁴³² Essa última Diretiva, embora não satisfaça todas as necessidades dos requerentes de proteção, pode ser considerada um avanço, pois, ao menos, garante um nível mínimo de condições de subsistência aos solicitantes de asilo.⁴³³

Cabe sinalar que o procedimento de determinação da condição de refugiado está inserido ferrenhamente no contexto de controle da migração irregular e, portanto, nele se chocam os interesses estatais de diminuir a entrada (e permanência) de estrangeiros frente aos deveres internacionais de proteção dos refugiados.⁴³⁴ De um lado, os Estados alegam que um procedimento com muitas garantias e direitos torna-se oneroso e lento, o que permite que pessoas que “abusam” do sistema de asilo permaneçam indefinidamente no território integrado europeu. De outro lado, estão os solicitantes que, sem garantias e sem salvaguardas, podem acabar devolvidos ao seu país de origem em razão de uma falha/inconsistência do procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado. Um outro fator que se soma a essas questões e que não pode jamais ser olvidado é a utilização, deliberada e consistente, do *iter* procedimental como uma espécie de “reductor” das taxas de reconhecimento da condição de refugiado e como instrumento de dissuasão da chegada de novos refugiados.⁴³⁵

certeza de que engloba conjuntamente os procedimentos relativos à Proteção Subsidiária, tendo em vista que essa é uma decisão a ser tomada por cada um dos Estados-Membros.

⁴³¹ Conforme artigo 7(1) da Diretiva 85/2005.

⁴³² Diretiva 2003/9 do Conselho que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros. JO L 31/18 de 6.2.2003.

⁴³³ A referida Diretiva 9/2003 garante direitos como o de informação, residência, escolaridade dos menores, direito de emprego (que pode ser adiado por até um ano), saúde, entre outros.

⁴³⁴ Para essa discussão ver, VEDSTED-HANSEN, Jens. Europe's response to the arrival of asylum-seekers: refugee protection and immigration control. 1999. Disponível em: <<http://www.jha.ac/articles/u0006.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2004, p. 7-15.

⁴³⁵ Nesse sentido, LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p. 56.

A Diretiva 85/2005 espelha bem a relação contraditória da União Européia com os refugiados. Possui o referido instrumento muitos méritos, pois, consagra diversos direitos e garantias que são muito importantes para uma justa análise do pedido de reconhecimento da condição de refugiado. Assim, direitos como permanência no território, assistência jurídica, proteção aos direitos dos menores, possibilidade de contactar o ACNUR, assistência de um intérprete qualificado, restrições à detenção, direito à entrevista pessoal, normas relativas à apreciação e emissão de uma decisão, direito de informação e garantia de confidencialidade, entre outros, estão elencados na normativa comunitária. Contudo, esses direitos e garantias definidos na Diretiva 85/2005 não atingem, de forma plena, sua potencialidade, pois, no mesmo instrumento jurídico em que estão inseridos, devem, obrigatoriamente, conviver com normas que criam ressalvas, quando não, a própria negação, puramente procedimental, de sua eficácia.⁴³⁶

Analisaremos, a seguir, as condições gerais para recebimento da proteção internacional de cunho individual (*status* de refugiado e Proteção Subsidiária) que, por mais ligadas ao mérito da questão, estão, conseqüentemente, reguladas na Diretiva 83/2004.

A – O exame das condições gerais

A Diretiva 83/2004 enfatiza que o procedimento a ser realizado deve priorizar a colaboração entre o requerente de proteção internacional e o examinador do pedido. O procedimento exige que a análise seja conduzida de forma individualizada e que a situação no país de origem, a documentação que porventura possua o solicitante e a condição pessoal do requerente sejam considerados, envolvendo fatores como, por exemplo, idade, sexo ou mesmo

⁴³⁶ Vale salientar que as garantias dos solicitantes de asilo limitam-se, perigosamente, aos procedimentos em primeira instância, conforme o artigo 10(1) da Diretiva 85/2005. Para citar apenas alguns exemplos das incongruências procedimentais podemos mencionar que o direito à informação sobre o procedimento menciona que as orientações devem ser prestadas “numa língua que seja presumível que compreendam” (conforme artigo 10(1)(a) da Diretiva 85/2005). Ora, ou o solicitante de asilo efetivamente entende e recebe as informações ou é inócua tal garantia. Da mesma maneira, no que tange à entrevista pessoal do solicitante, talvez a parte mais importante do procedimento, há uma grande variedade de exceções que, pura e simplesmente, suprimem a realização desta com base em simples presunções (conforme o artigo 12 (2) da Diretiva 85/2005). E, por fim, a assistência judiciária gratuita limita-se à fase recursal judicial, sem contar que pode ser restrita aos casos nos quais é provável “obter ganho de causa no recurso ou na revisão judicial”(artigos 15(2) e 15(3)(d) da Diretiva 85/2005), isto é, um exercício de “futurologia jurídica”.

a história pessoal deste.⁴³⁷ Essa abordagem parece, à primeira vista, comportar tanto a análise de caráter subjetivo⁴³⁸ da Convenção de Genebra como, também, a extrema objetividade presente na regulação da Proteção Subsidiária. No entanto, prevalece, em relação à Proteção Subsidiária, o aspecto objetivo, pois, como destaca Jane McAdam, a decisão fica ao inteiro alvitre do examinador, tendo em vista que a análise centra-se em “motivos significativos para acreditar”⁴³⁹ no perigo do retorno e não na subjetividade do “bem-fundado temor de perseguição” do conceito genebrino.⁴⁴⁰

Destaca a regulação comunitária que, caso o solicitante de asilo já tenha sofrido perseguição, é este um “indício sério” da credibilidade do testemunho, embora afirme que se não há perigo futuro de perseguição não existem condições para o reconhecimento da necessidade de proteção internacional.⁴⁴¹ Tal norma, no entanto, é despicienda. A análise de um pedido de asilo sempre será relacionada com o futuro do solicitante, isto é, se o mesmo poderá vir a sofrer perseguição em seu país.

Outro ponto importante refere-se aos “agentes da perseguição ou ofensa grave”.⁴⁴² Ao tempo do pós-guerra, as perseguições eram, majoritariamente, oriundas de agentes ligados ao Estado. Hoje, por outro lado, são os agentes não-estatais, definidos por Zygmunt Baumann como “guangues maldisfarçadas”,⁴⁴³ os responsáveis por significativa parte dos atos persecutórios que causam os deslocamentos, especialmente, em Estados menos desenvolvidos e cujas instituições são frágeis ou que estão debilitadas em função de conflitos armados internos ou externos. Em relação ao reconhecimento do pedido de proteção internacional e a atuação dos agentes não-estatais, formaram-se, na Europa, duas correntes opostas. A

⁴³⁷ Conforme o artigo 4(3)(b) da Diretiva 83/2004.

⁴³⁸ A imensa maioria da doutrina (citamos, a mero título de exemplo, Yukio Shimada, que entende que o temor – situação mental/psíquica - corrobora as evidências apresentadas pelo solicitante de asilo. SHIMADA, Yukio. *The concept of the political refugee in international law. The Japanese Annual of International Law*, n. 19, 1975, p.33-34) e, também, o próprio ACNUR, defendem a tese de que a avaliação do pedido de reconhecimento da condição de refugiado engloba tanto a análise objetiva da situação, como, também, a avaliação subjetiva da condição do solicitante de asilo. Conforme o Manual de Procedimentos a “avaliação do elemento subjetivo é inseparável de uma apreciação da personalidade do requerente, já que as reações psicológicas dos diferentes indivíduos podem não ser as mesmas em condições idênticas”. ACNUR, *Manual...*, parágrafo 40. Em sentido contrário, James Hathaway advoga a tese da avaliação objetiva na qual o requerente demonstra que existe a ameaça de perseguição sobre ele e, portanto, o estado anímico do perseguido tem menor relevância. HATHAWAY, *The law...*, p. 65-69.

⁴³⁹ Conforme o artigo 2(e) da Diretiva 83/2004.

⁴⁴⁰ McADAM, *The European...*, p. 471.

⁴⁴¹ Conforme o artigo 4(4) da Diretiva 83/2004.

⁴⁴² Artigo 6 da Diretiva 83/2004.

⁴⁴³ BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p.23.

“*protection theory*” permitia o reconhecimento do *status* de refugiado mesmo quando a perseguição advinha de agentes não-estatais e, de modo contrário, a “*accountability theory*” negava o *status* de refugiado nesses casos, embora, pudesse intitular para outras formas de proteção.⁴⁴⁴

Em verdade, a definição genebrina de refugiado apenas menciona a ausência de proteção por parte do Estado, sem considerar a origem da perseguição, inexistindo, portanto, ligação entre os atos persecutórios e a atuação dos agentes governamentais.⁴⁴⁵ A Diretiva 83/2004, a seu tempo, reconhece as duas vertentes de perseguição, tanto para os refugiados como, da mesma maneira, para os beneficiários de Proteção Subsidiária, o que significa um avanço em termos de política de asilo comunitária. A definição do *status* correspondente dar-se-á com base nas razões que motivaram a fuga e não na origem da perseguição. Porém, há uma exigência para ambos os estatutos de que a incapacidade ou a deliberada inação do Estado sejam **provadas**, o que coloca um grande peso sobre o solicitante de proteção internacional que, nem sempre, é capaz de evidenciar tal situação.⁴⁴⁶

A Diretiva 83/2004 regula a questão da proteção ofertada pelo Estado de origem, tanto em relação aos “agentes da proteção”, como, da mesma maneira, relaciona essa proteção, com o âmbito geográfico dos atos persecutórios. Quanto às normas referentes aos “agentes da proteção”, estabelece a normativa comunitária um escopo de grande abrangência, pois, a proteção pode ser ofertada pelo Estado como, também, por “partidos ou organizações internacionais” desde que “controlem o Estado ou uma parcela significativa do respectivo território”.⁴⁴⁷ Na opinião do ACNUR, o problema que se apresenta nessa norma é determinar até que ponto agentes não-estatais oferecem proteção adequada.⁴⁴⁸ Nos parece que essa regulação comunitária é claramente insuficiente, tendo em vista que exige para consubstanciar proteção adequada, apenas e tão somente, que os “agentes da proteção” tomem “medidas razoáveis” para impedir perseguições e que exista um sistema jurídico que puna os atos persecutórios ou de ofensa grave. Ora, o fator realmente importante é se a pessoa possui um motivo justo para buscar asilo e não se o Estado ou partido/organização toma as medidas para

⁴⁴⁴ MOORE, Jennifer. Whiter the accountability theory: second-class status for third-party refugees as a threat to international refugee protection. *International Journal of Refugee Law*, v. 13, n. 1/2, 2001. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 13 ago. 2005, p. 34.

⁴⁴⁵ GOODWIN-GILL, *The refugee...* p. 71-72.

⁴⁴⁶ Conforme o artigo 6(c) da Diretiva 83/2004.

⁴⁴⁷ Conforme alíneas (a) e (b) do artigo 7(1) da Diretiva 83/2004.

⁴⁴⁸ ACNUR, *UNHCR annotated...*, p.18. Destaca Geoff Gilbert que campos de refugiados administrados pelo ACNUR não podem ser vistos como “proteção adequada”. GILBERT, *Is Europe...*, p.976.

punir atos de perseguição que, podem, em muitos casos, serem desprovidos de qualquer eficácia.⁴⁴⁹ Além do exposto, como determinar que uma Organização ou partido realmente possui controle sobre uma “parte substancial do território”? Tais incertezas certamente contribuem para uma análise inadequada do pedido de proteção internacional.

O âmbito espacial da proteção, no entanto, é uma discussão que não se esgota aí. Cabe considerar que a limitação da área geográfica em que, presumivelmente, os seres humanos estão em perigo é uma questão, mais do que tudo, vinculada à existência de proteção estatal, ou seja, um dos componentes da própria definição de refugiado genebrina. Nesse sentido, ao longo das duas últimas décadas, tanto o incremento do número de solicitantes de asilo como, também, o reconhecimento de que os deslocamentos são causados por ação de agentes não-estatais, permitiu o surgimento da chamada “alternativa de fuga interna” (*internal flight alternative*) que, não por acaso, encontrou eco na legislação comunitária. Assim, caso existente uma área segura no país de origem não há o reconhecimento do pedido de proteção internacional.⁴⁵⁰

Cabe lembrar, no entanto, que não é um requisito da definição de refugiado estar a ameaça de perseguição em todo o território do Estado de origem.⁴⁵¹ Da mesma maneira, existem muitas exigências para que se possa definir, com plena segurança, que é possível a alternativa de fuga interna, segundo apontam James Hathaway e Michelle Foster. Destacam os autores que deve ser possível ao refugiado o acesso ao local, envolvendo, inclusive, a possibilidade física de atingir essa zona segura. Em segundo lugar, o abrigo, nessa parte do país de origem, precisa atuar como um “antídoto” verdadeiro ao bem-fundado temor. Depois, é importante que inexista perigo de retorno forçado a zonas de risco. E, ainda, devem existir padrões mínimos de vida digna no local.⁴⁵²

⁴⁴⁹ No mesmo sentido, ACNUR, op. cit, p.18.

⁴⁵⁰ Conforme o artigo 8 da Diretiva 83/2004.

⁴⁵¹ Conforme o Manual de Procedimentos, parágrafo 91, o qual afirma, categoricamente, que “não será recusado o estatuto de refugiado a uma pessoa pela simples razão de que poderia ter procurado refúgio noutra parte do mesmo país se, tendo em conta todas as circunstâncias não fosse razoável esperar que assim agisse”. ACNUR, *Manual...* No mesmo sentido aduz Antonio Fortin que o refugiado, sequer, necessita demonstrar o esgotamento dos recursos internos no país de origem para receber proteção, dado que essa é uma característica inerente ao direito internacional dos refugiados. (FORTIN, Antonio. The meaning of “protection” in the refugee definition. *International Journal of Refugee Law*, v. 12, n. 4, 2001. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 nov. 2005, p.570-572).

⁴⁵² HATHAWAY; FOSTER, *Internal...*, p. 389.

Há que ressaltar, finalmente, que se a perseguição emana de agentes estatais não é possível falar em alternativa de fuga interna.⁴⁵³ Da mesma maneira, se o Estado de origem impõe restrições ou existem dificuldades para o retorno do refugiado não é razoável aplicar essa cláusula, a despeito da Diretiva 83/2004, illogicamente, assim o permitir.⁴⁵⁴

B – O procedimento como meio de restrição à proteção internacional

Na regulação comunitária europeia existem algumas normas que obstruem, em determinados casos, o reconhecimento do pedido de proteção internacional.⁴⁵⁵ São disposições procedimentais que, supostamente, impedem o “abuso” do sistema de asilo e que terminam por abreviar, sensivelmente, o *iter* de análise da solicitação de asilo.

A primeira modificação e, excepcionalmente, ao trâmite normal de um pedido de proteção internacional, encontra-se na pura e simples “inadmissibilidade procedimental”, que consiste em considerar inaceitável o pedido de proteção, determinando, assim, de plano, a recusa ao exame do mérito do pedido.⁴⁵⁶ Dessa forma, se um país, não membro da União Europeia, for considerado um “primeiro país de asilo” ou, da mesma maneira, um “terceiro Estado seguro”, não haverá a apreciação do pedido de asilo, com todas as implicações já analisadas em outra parte desse trabalho.⁴⁵⁷

Outra forma de declarar um pedido como “inadmissível” baseia-se na concessão de algum tipo de *status* ao solicitante que outorgue direitos semelhantes àqueles conferidos aos refugiados pela Diretiva 83/2004. Caso a permanência tenha sido autorizada enquanto esse incerto *status* “alternativo” é examinado, pode haver, conseqüentemente, a declaração de inadmissibilidade da solicitação de asilo. Entretanto, ao nosso sentir, tais cláusulas sequer

⁴⁵³ Nesse sentido, KELLEY, Ninette. Internal flight/relocation/protection alternative: is it reasonable? *International Journal of Refugee Law*, v. 14, n 1, 2002. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 03 maio 2005, p. 43.

⁴⁵⁴ Conforme artigo 8(3) da Diretiva 83/2004.

⁴⁵⁵ Tendo em vista a inexistência de uma regulação comunitária dos procedimentos relativos à análise dos pedidos de Proteção Subsidiária só nos resta analisar os procedimentos relativos ao reconhecimento da condição de refugiado, lembrando sempre que os mesmos podem, por decisão do Estado-Membro, estenderem-se aos procedimentos internos que normatizam a concessão de Proteção Subsidiária.

⁴⁵⁶ O artigo 25 da Diretiva 85/2005 regula as questões relativas à “inadmissibilidade dos pedidos”.

⁴⁵⁷ Para essa temática, ver, Parte I, Capítulo II, Seção II deste estudo.

deveriam existir, pois se afastam, quando não solapam, a proteção ofertada pela Convenção de Genebra, instrumento cujos parâmetros de proteção devem ser seguidos quando em benefício do refugiado.⁴⁵⁸

Uma distinta maneira de realizar os procedimentos é a aceleração destes em casos de “pedidos manifestamente infundados”.⁴⁵⁹ A utilização de “procedimentos acelerados”, ou seja, ritos que de maneira célere rejeitam pedidos infundados é uma tendência já presente na década de 1980 no território europeu. Assim, não é surpresa alguma sua codificação comunitária.

Portanto, se o pedido, *prima facie*, aparentar não preencher os requisitos materiais fixados da Diretiva 83/2004 pode, então, ser utilizado o procedimento acelerado para, rapidamente, declarar o pedido “infundado”. Uma vez que o pedido é infundado pode ocorrer a remoção para o país de origem, a menos que existam outras razões que impeçam a devolução. Aqui é importante ressaltar que, em primeira instância, não se pode, simplesmente, afirmar que o pedido não se enquadra na Convenção de Genebra e “saltar”, diretamente, para a avaliação da proteção de caráter subsidiário, pois a decisão que não reconhece o *status* de refugiado possui caráter negativo e, portanto, deve (ou ao menos, **deveria**) estar sujeita a revisão.⁴⁶⁰

Em relação às demais formas de pedidos “manifestamente infundados” há, notoriamente, uma confusão entre requisitos processuais e conteúdos profundamente ligados ao mérito do pedido de asilo, colocados, indistintamente, sob o mesmo regime procedimental. Assim, questões como falsidade documental, destruição de documentos de identificação, demora na apresentação do pedido ou recusa de registro no sistema *Eurodac*, todas eminentemente procedimentais, mesclam-se a demandas de natureza substantiva, tais como, pedidos que envolvam “questões não pertinentes ou de relevância mínima” ou, ainda, “declarações incoerentes ou contraditórias” que, possivelmente, afetam a credibilidade do

⁴⁵⁸ No mesmo sentido, ECRE, *ECRE information...*, p. 22.

⁴⁵⁹ Não há um conceito definindo o que seja “manifestamente infundado”, mas, o artigo 28(2) da Diretiva 85/2005 assim designa várias hipóteses que fazem incidir essa norma. O ECRE entende que a aplicação do procedimento acelerado deve ser uma exceção, utilizada apenas em fase de apelação e, com amplas garantias de assistência jurídica gratuita, ofertamento de intérpretes, entrevista pessoal e, principalmente, possibilidade de se valer o requerente de proteção internacional de efeito suspensivo. (Ibidem, p. 9).

⁴⁶⁰ Caso existente um “Procedimento Único” seria bastante mais fácil e rápido para os Estados-Membros a realização dos afastamentos dos *failed asylum-seekers*. Nesse sentido, Ibidem, p. 26.

testemunho do solicitante. Da mesma maneira, se o solicitante for oriundo de “país de origem seguro” seu pedido carece de fundamento, nos termos da legislação comunitária.⁴⁶¹

Em relação a esta última questão, conhecida como cláusula de “*safe country of origin*”, prevê a disposição uma presunção de segurança no país de origem do solicitante de asilo e, via de consequência, inexistente a perseguição.⁴⁶² Dessa forma, faz-se muito conveniente para o Estado-Membro utilizar esse expediente como meio de evitar demoras e gastos com a análise completa do pedido de proteção. Com esse objetivo, após um procedimento envolvendo Comissão, Conselho da União Européia e Parlamento Europeu é elaborada uma lista comum de países considerados “seguros”. Para a elaboração dessa lista de países de origem seguros, em teoria, devem ser levados em consideração fatores relacionados à situação política e jurídica dos Estados terceiros, existência de disposições legislativas apropriadas, respeito aos direitos humanos e vias de recurso adequadas à proteção dos direitos e liberdades.⁴⁶³

Caso o requerente de asilo tenha a nacionalidade de um dos Estados presentes na lista de países seguros, ou, ainda, caso apátrida, resida em um desses Estados, a análise do pedido segue o rito acelerado. Uma vez que instaurado o procedimento abreviado deve o solicitante de asilo provar que o seu caso difere da situação “normal” vivida no seu Estado de origem, demonstrando que existe “motivo grave” para temer o retorno, tendo em conta as suas “circunstâncias pessoais”.⁴⁶⁴ Uma vez que determinado país é classificado como “país de origem seguro” devem todos os pedidos recebidos de solicitantes originários desse Estado receber o tratamento “acelerado”. Caso um dos Estados-Membros, depois de elaborada a lista comum, solicitar a retirada de um determinado país dessa classificação, fica suspensa, por um período de três meses, apenas em relação a esse Estado-Membro, a presunção de segurança.⁴⁶⁵ Se a Comissão apresentar proposta semelhante e o Conselho, por sua vez, não a rejeitar, deixa de existir a presunção de segurança em relação aos demais Estados-Membros.

⁴⁶¹ Todas as referidas hipóteses normativas estão reguladas nas disposições do artigo 23(4)(a) e 23(4), alíneas (c)-(o) da Diretiva 85/2005.

⁴⁶² A problemática em torno ao país de origem seguro liga-se com os comentários anteriores que realizamos sobre a Alternativa de Fuga Interna. No entanto, as normas relativas ao *safe country of origin* exigem que, de antemão, exista uma declaração, comunitária ou unilateral, da “segurança” no país de origem do solicitante de proteção internacional, enquanto na Alternativa de Fuga Interna, a presunção de segurança surge durante a análise material do pedido de asilo.

⁴⁶³ Conforme, Anexo II da Diretiva 85/2005.

⁴⁶⁴ Conforme o artigo 31(1), alíneas (a) e (b), da Diretiva 85/2005.

⁴⁶⁵ Conforme artigo 29(5) e 29(7) da Diretiva 85/2005. Pode, também, o próprio Conselho da União Européia fazer proposta para retirar um determinado país da lista comum.

Além da lista comum há, ainda, a possibilidade de cada Estado-Membro, por decisão exclusivamente sua, designar outros países, que não os da lista comum, na categoria de “*safe country of origin*”. Essa designação deve obedecer aos mesmos parâmetros da lista comum comunitária. Entretanto, essa exigência pode ser derogada se, no país de origem, há, “em geral”, proteção contra a perseguição ou contra a tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante.⁴⁶⁶ Essa temática da designação nacional não se esgota aí, tendo em vista que é possível nomear um “grupo determinado de pessoas” como detentores de condições de segurança, no país inteiro ou mesmo em parcela desse, numa flagrante violação dos deveres de não-discriminação da Convenção de Genebra.⁴⁶⁷

Outra consideração importante a ser feita diz respeito ao Protocolo relativo ao direito de asilo dos nacionais dos Estados-Membros da União Européia, inserido no Tratado de Amsterdam. Segundo este Protocolo, todo Estado-Membro da União Européia é, *prima facie*, um Estado de origem seguro e, portanto, solicitações de asilo de nacionais destes Estados não são analisadas. Somente poderá ser considerado plausível tal pedido se seguido todo um *iter* que verificará a veracidade desta alegação. Este Protocolo, nos parece, choca-se com a Convenção de Genebra, em especial, com o já citado direito de não-discriminação.

Em verdade, a concepção da política de *safe country of origin* é condenável, tanto em nível comunitário como, da mesma maneira, nas designações feitas por cada Estado-Membro. Segundo o ECRE, nomear países de origem como “seguros” colide, frontalmente, com o direito internacional dos refugiados que, como premissa, centra-se nas necessidades de proteção do ser humano e não em visões “gerais” sobre a realidade de um determinado país. Acrescenta, ainda, o ECRE que, para o solicitante de proteção internacional, a refutação da presunção de segurança em meio a um procedimento acelerado pode ser uma difícil tarefa.⁴⁶⁸ Além do que, a utilização das cláusulas de “segurança” pode significar que uma grande parcela de população ou, mesmo, a totalidade de um país, não merece a proteção da Convenção de Genebra e, tal discriminação viola tanto o regime de reservas da citada Convenção como, da mesma maneira, os deveres internacionais de não-discriminação.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Conforme artigo 30(1) e 30(2), alíneas (a) e (b), da Diretiva 85/2005.

⁴⁶⁷ Conforme artigo 30(3) da Diretiva 85/2005. Afirma o artigo 3º da Convenção de Genebra “Os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, religião ou **país de origem**”. (o grifo é nosso).

⁴⁶⁸ ECRE. *The application of the safe country of origin concept in Europe: an overview*. 2005. Disponível em: <<http://www.ecre.org/files/elenasco.pdf>> Acesso em: 05 mar. 2006, p. 8-9.

⁴⁶⁹ JOLY; NETTLETON; POULTON, *Refugees...*, p. 125.

Enfim, nos parece que o uso dos procedimentos acelerados conjuntamente à designação de país de origem seguro traz, insitadamente, um enorme risco de *refoulement* e este é um preço alto demais a ser pago exatamente por aqueles que confiam suas vidas aos países membros da União Européia.

§ 2º *O procedimento em caso de êxodos massivos*

Nos casos de afluxos massivos de deslocados, existem algumas dificuldades para realizar, de maneira completa, os procedimentos rotineiros de reconhecimento da condição de refugiado. Assim, por pragmatismo e, também, necessidade, pode ser utilizado o reconhecimento *prima facie* da condição de refugiado. Esse reconhecimento, na prática internacional, cindiu-se em duas vertentes. A primeira advoga a tese de que o reconhecimento *prima facie* possui caráter provisório e, portanto, a pessoa protegida não recebe, de plano, a condição de refugiado. Para a segunda escola, uma vez que há o reconhecimento *prima facie* está a pessoa, concomitantemente, de posse do *status* de refugiado.⁴⁷⁰ Essas duas formas procedimentais, no entanto, não são seguidas pela normatização comunitária. Em verdade, o regime temporário afasta-se da Convenção de Genebra e não garante, via de regra, o reconhecimento da condição de refugiado.

Na regulação comunitária o procedimento, segundo o qual se “deflagra”, um regime de Proteção Temporária funda-se em um critério e *iter* procedimental de caráter eminentemente político, cuja característica fundamental é a aplicação de um regime específico, de natureza temporal, em relação a determinado grupo de pessoas deslocadas. Essa decisão, por conseqüência, derroga as regras costumeiramente aplicadas aos procedimentos de reconhecimento da condição de refugiado.

Fica, aos auspícios do Conselho da União Européia, a decisão, por maioria qualificada, sobre a necessidade de ser adotado um regime temporário. A proposta inicial, porém, parte da Comissão que, a seu tempo, pode agir espontaneamente ou após o recebimento de sugestão

⁴⁷⁰ RUTINWA, *Prima facie...*, p. 3-4.

feita por Estado-Membro.⁴⁷¹ O Parlamento Europeu é apenas informado da decisão, diminuindo, exponencialmente, o controle democrático dessa medida.

Na proposta enviada pela Comissão, deve estar determinado a que grupos de seres humanos destina-se a medida, assim como uma estimativa do número de pessoas deslocadas e, por fim, a partir de que período passa a vigor o regime temporário. Os fundamentos da decisão do Conselho devem estar baseados na análise da situação fática e, também, na “dimensão dos movimentos de pessoas deslocadas”, ou seja, quão grande é o número de seres humanos desarraigados e que conseqüências desse movimento vem a sofrer os Estados-Membros. Nesse objetivo, informações enviadas pelo ACNUR ou outras organizações auxiliam nas deliberações. O critério, para essa decisão, é puramente discricionário, isto é, uma “apreciação da oportunidade” de fazer uso do regime, levando em conta a alternativa de levar auxílio às pessoas no seu país de origem ou, mesmo, de “empreender ações” no território do Estado ou região em que se desenrola os acontecimentos.⁴⁷² Essas ações, notadamente, são o envio de forças militares de pacificação ou de manutenção da segurança e, ainda, a criação dos chamados “*safe havens*”, locais em que, supostamente, as pessoas deslocadas estão a salvo.⁴⁷³

Os Estados-Membros têm a prerrogativa de ampliar, em parte, o escopo de pessoas abrangidas pelo regime temporário. Caso os deslocados provenham do mesmo país e, ainda, tenham sido desarraigados pelos mesmos motivos, podem vir a receber a Proteção Temporária. Porém, tal medida de direito interno não intitula o Estado-Membro para a totalidade das medidas de *burden-sharing*.⁴⁷⁴ Mas, ao nosso sentir, não é razoável que um dos Estados-Membros possa, *sponte sua*, ampliar o alcance da Proteção Temporária tendo em vista que os interesses “locais” podem divergir, em muito, das reais necessidades dos refugiados e demais pessoas que chegam à União Européia em um evento massivo. Isso sem

⁴⁷¹ Nos termos do artigo 5(1) da Diretiva 55/2001.

⁴⁷² Conforme artigo 5(4) da Diretiva 55/2001. Cornelis de Jong destaca algumas medidas que considera importantes, tanto para prevenir como, também, para lidar com situações massivas. Cita a relevância dos “alertas antecipados” que podem, inclusive, impedir o êxodo massivo de seres humanos. Depois, ressalta a “diplomacia preventiva” como forma de evitar que conflito armada se instale, quando, então, pouco mais pode ser feito. JONG, Cornelis D. de. Elements for a more effective European Union response to situations of mass influx. *International Journal of Refugee Law*, v. 8, n 12, 1996. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004, p.161-163.

⁴⁷³ A realidade, entretanto, demonstrou que a criação de “*safe havens*” na Bósnia não garantiu, de maneira efetiva, a segurança dos deslocados, que continuaram expostos à violência étnica nos conflitos passados na Iugoslávia.

⁴⁷⁴ Conforme artigos 7(1) e 7(2) da Diretiva 55/2001.

levar em consideração que tal medida destoa do esforço de comunitarização da política de asilo europeia.

Convém destacar que a despeito de toda a regulação do regime temporário há, também, na própria normativa comunitária relativa ao procedimento individual de reconhecimento da condição de refugiado uma disposição normativa que permite lidar com o afluxo massivo de refugiados, sem que para tal seja necessário estabelecer um regime temporário.⁴⁷⁵ Assim, é possível realizar os procedimentos após alojar as pessoas em áreas próximas à fronteira ou zona de trânsito do Estado-Membro. Nesses casos, a utilização do reconhecimento *prima facie* da condição de refugiado poderia ser uma alternativa viável, infelizmente não contemplada pela normativa comunitária. Nos parece mais provável, entretanto, que, em caso massivo, a opção pela Proteção Temporária sobreponha-se a qualquer outra medida tomada em território da Comunidade.

§ 3º A exclusão do status de proteção

A Convenção de Genebra possui diversas disposições cujo mote é, em maior ou menor grau, a **exclusão**. A definição de refugiado é, como vimos, uma forma de distinção entre refugiados *bona fide* e os demais migrantes. Da mesma maneira, o procedimento de expulsão e o princípio do *non-refoulement* são variáveis que permitem afastar determinadas pessoas. Afora essa estrutura normativa, de carácter geral, que visa a manter afastados os “indesejáveis”, há, ainda, a regulação de cunho específico da Convenção de Genebra, insculpida no artigo 1ºF.⁴⁷⁶ Essa norma impede a proteção internacional nos casos em que o bem-fundado temor não é, por si, suficiente para fazer manter a condição de refugiado.

Assim, as cláusulas de exclusão do *status* de refugiado da Convenção de Genebra possuem o duplo objetivo de, por um lado, impedir que algumas pessoas evadam-se à punição

⁴⁷⁵ Conforme artigo 35(5) da Diretiva 85/2005.

⁴⁷⁶ Artigo 1ºF da Convenção de Genebra: “As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas que a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.”

por atos praticados antes de requererem o *status* de refugiado e, por outro, garantir que a segurança do Estado de asilo não seja afetada com a chegada de refugiados com elevado potencial de periculosidade. Por essa razão, são casos tratados sob a forma de **não-mercamento** de proteção internacional cuja maior implicação, importa dizer, é a exclusão do *status* mesmo que existente o bem-fundado temor de perseguição. Dessa forma, uma vez que “aplicável uma das cláusulas de exclusão, o requerente não pode ser um refugiado convencional, por mais méritos que, porventura, fundem sua solicitação”.⁴⁷⁷

Conquanto não esteja expressamente estipulado na Convenção de Genebra é conveniente e mais adequado, por força das normas internacionais e da própria razoabilidade do procedimento, realizar, primeiramente, a análise do pedido de reconhecimento da condição de refugiado, para, então, em um segundo momento, proceder a exclusão da pessoa que não merece receber o *status* de refugiado, até porque, em poucas situações, a situação apresentar-se-á de forma tão clara que permita uma imediata exclusão.⁴⁷⁸ Esse procedimento de “inclusão depois exclusão” incorpora o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos nas últimas décadas e, de certa forma, reinsere o direito internacional dos refugiados nessa tendência, pois, existem muitas considerações humanitárias que orbitam em torno da exclusão.⁴⁷⁹ Não é despidendo lembrar que a pessoa excluída, por não mais contar com o *status* protetivo, perde, conseqüentemente, a proteção contra o *refoulement* e isso, por si só, justifica esse procedimento de caráter dúplice.

Na Convenção de Genebra as cláusulas de exclusão estão lavradas de forma a abranger a quase totalidade de atos que mereçam uma profunda reprovação da comunidade internacional e, via de conseqüência, não se coadunem com a proteção do asilo. Assim, tanto atos considerados “crimes comuns”⁴⁸⁰, como, da mesma maneira, crimes de guerra, crimes

⁴⁷⁷ GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 97. (tradução livre).

⁴⁷⁸ Conforme GILBERT, *Current...*, p.465. Como premissa de proteção aos deslocados, a exclusão deve surgir após a verificação dos méritos do pedido de asilo. Por essa razão, embora, a exclusão da proteção internacional seja, em essência, uma questão de direito substantivo, é tratada, em nosso estudo, conjuntamente com a análise dos procedimentos relativos à outorga de proteção internacional.

⁴⁷⁹ Nesse mesmo sentido, GILBERT, *op. cit.*, p.478.

⁴⁸⁰ O crime comum pode ser definido por exclusão, ou seja, é crime comum aquele cuja natureza não é política. Segundo Eduardo Jimenez de Aréchaga, os delitos políticos puros são aqueles que atentam contra “a organização política interna e o governo de um Estado”. Já os delitos políticos relativos são aqueles que, embora, inspirados por um objetivo político possuem algum elemento de crime comum, por isso são denominados delitos políticos complexos. JIMENEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho...*, p.31.

contra a paz ou crimes contra a humanidade⁴⁸¹ e, ainda, atos que contrariam os princípios das Nações Unidas,⁴⁸² implicam em peremptória exclusão do *status* de refugiado, embora, diga-se de passagem, exista um alto grau de discricionariedade no momento da aplicação das cláusulas.⁴⁸³

Na aplicação das cláusulas de exclusão não existe a necessidade de uma prova cabal de que o solicitante de asilo tenha cometido os atos enunciados na Convenção de Genebra. As “razões sérias para pensar” bastam para consubstanciar a exclusão e, sequer, faz-se necessária a existência de um procedimento judicial em andamento ou finalizado.⁴⁸⁴ No entanto, tal presunção não autoriza pensarmos que a exclusão se dê sem que, ao menos, existam provas razoáveis de que o solicitante, efetivamente, praticou os atos definidos no artigo 1º F, cujo ônus de prova, vale ressaltar, é do Estado de asilo.⁴⁸⁵

Colocadas essas necessárias premissas, é tempo de olharmos para a normativa comunitária relativa à exclusão dos refugiados que utilizou-se da expressão “suspeitas graves” para remeter à possível exclusão da proteção.⁴⁸⁶ Via de regra, as disposições comunitárias seguiram a formatação da Convenção de Genebra, embora com algumas particularidades.

A exclusão com base em crimes de cunho não-político⁴⁸⁷ acaba sendo aquela que, possivelmente, gera mais controvérsia, até porque seu âmbito de atuação é o mais próximo da realidade dos procedimentos de extradição e, assim, repercute diretamente nas relações entre os Estados. Segundo a disposição comunitária, o crime comum praticado deve ter ocorrido antes de o solicitante “ter sido admitido como refugiado”. Porém, exige a disposição,

⁴⁸¹ Define James Hathaway que crimes contra a paz caracterizam-se pela “participação ou planejamento em uma guerra ilegítima”. Já os crimes de guerra são expressão de violações às leis da guerra e, por fim, os crimes contra a humanidade são aqueles que denotam uma “conduta desumana”, como, por exemplo, “genocídio, escravidão, tortura e apartheid”. HATHAWAY, *The law...*, p. 217. (tradução livre).

⁴⁸² São os princípios estabelecidos nos artigos 1º e 2º da Carta das Nações Unidas. Visam, essencialmente, à manutenção da paz, proteção dos direitos humanos, desenvolvimento de relações amigáveis entre os Estados, direito de autodeterminação dos povos, entre outros. Para mais informações, ver, GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 108-114.

⁴⁸³ HATHAWAY, op. cit., p. 214-215.

⁴⁸⁴ Conforme ACNUR, *Manual...*, parágrafo 149.

⁴⁸⁵ GILBERT, *Current...*, p. 470-471.

⁴⁸⁶ Artigo 12(2) da Diretiva 83/2004: “O nacional de um país terceiro ou o apátrida é excluído da qualidade de refugiado quando existem suspeitas graves [...]”.

⁴⁸⁷ Nos termos do artigo 12(2)(b) da Diretiva 83/2004 será excluído o refugiado que “Praticou crime grave de direito comum fora do país de refúgio, antes de ter sido admitido como refugiado, ou seja, na data em que foi emitida uma autorização de residência com base na concessão do estatuto de refugiado; poderão ser classificados como crimes de direito comum graves os actos particularmente cruéis ou desumanos, mesmo que praticados com objectivos alegadamente políticos”.

subseqüentemente, que o crime tenha sido cometido antes de ter sido “emitida uma autorização de residência” para o refugiado. Ora, colocada como está, a norma termina por apresentar requisitos que se contradizem.

O artigo 1F da Convenção de Genebra dirige-se para crimes graves cometidos **fora** do país de refúgio⁴⁸⁸ e anteriormente ao reconhecimento da condição de refugiado. Já a aludida regulação comunitária acrescenta um hiato temporal entre o reconhecimento da condição de refugiado e a emissão de autorização de residência, atos esses que não são unos e implicam, assim, na possibilidade de um refugiado, já reconhecido, cometer um crime no país de asilo e ser, conseqüentemente, excluído administrativamente do *status* de refugiado em razão do ilícito praticado.⁴⁸⁹ Colocada dessa forma, a norma, além de tecnicamente equivocada, ainda amplia de maneira perigosa o discricionarismo estatal na aplicação da exclusão, que, frisamos, deve sempre ser aplicada de forma a não se sobrepor aos ditames de proteção do ser humano.⁴⁹⁰

Quanto ao próprio caráter não-político dos crimes cabem, também, algumas considerações. Para haver a exclusão do *status*, deve a natureza política do crime ficar em plano secundário. As motivações do refugiado, se não ligadas a um objetivo político, indicam que ele não merece a guarida da comunidade internacional.⁴⁹¹ No entanto, devemos reconhecer que é bastante difícil definir um crime como “político” ou como “crime comum”, em verdade, um problema que ronda, da mesma maneira, a esfera do direito de extradição. Vale dizer, porém, que os objetivos do direito extradicional e das cláusulas de exclusão são, em parte, distintos, pois, o primeiro é instrumento de cooperação internacional cujo fim maior é a punição dos delinquentes. Já as cláusulas de exclusão visam, de forma mais contundente, a defesa do Estado de asilo. Nos parece, então, que resta hoje em segundo plano o desejo de propiciar punição aos culpados.⁴⁹²

⁴⁸⁸ Crimes cometidos **no país de refúgio** regulam-se pelo artigos 32 e 33(2) da Convenção de Genebra.

⁴⁸⁹ Nesse mesmo sentido, ACNUR, *UNHCR...*, p. 27.

⁴⁹⁰ Para uma análise sobre algumas confusões entre o *non-refoulement* e a aplicação da cláusula de exclusão, ver, KAPFERER, Sybille. Exclusion clauses in Europe – a comparative overview of state practice in France, Belgium and the United Kingdom. *International Journal of Refugee Law*, v. 12, 2000. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004.

⁴⁹¹ Conforme ACNUR. Guidelines on international protection: an application of the exclusion clauses: article 1F of the 1951 Convention relating to the status of the refugees. *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 29 nov. 2005, p.496.

⁴⁹² Quando da feitura da Convenção de Genebra, na década de 1950, os objetivos das cláusulas de exclusão eram, contrariamente, diretamente relacionados à punição dos culpados, especialmente, dos envolvidos nos crimes de guerra perpetrados na Segunda Guerra Mundial.

O direito comunitário segue a tendência de mitigar a dicotomia entre crimes políticos e crimes comuns, pois, mesmo crimes de natureza eminentemente política, quando praticados com manifesta crueldade e através de meios insidiosos, devem ser vistos sob o olhar da **proporcionalidade**. Efetivamente, a disposição normativa comunitária prevê que “atos particularmente cruéis ou desumanos” deixam a esfera dos crimes políticos para se enquadrarem na conceituação de crimes comuns e, portanto, passíveis de exclusão do *status* de refugiado. Segundo o ACNUR, na determinação do aspecto “político” de um crime devem ser objeto de análise a natureza da infração e o nexo entre a finalidade política e o ato efetivamente perpetrado, prevalecendo, para os fins de proteção internacional, o caráter político sobre o espectro comum do crime. Mas, e isso é importante ressaltar, caso exista uma desproporção dos meios empregados e os objetivos do ato se impõe, obrigatoriamente, a aplicação da cláusula de exclusão.⁴⁹³

O outro lado dessa mesma proporcionalidade está em relativizar o ato criminoso praticado, tanto se político como, também, se crime comum, e a resposta que é dada pelo Estado de origem do solicitante de asilo. Ou seja, há um embate entre **persecução penal** e **perseguição**. A solicitação de asilo não pode ser sumariamente ignorada em todos os casos. Somente graves razões devem permitir a exclusão de uma pessoa que possa ter sua vida, segurança ou liberdade ameaçada. Necessário faz-se, portanto, um sopesamento entre o direito que o Estado de origem tem de punir criminosos, a adequação da aplicação da pena, incluindo natureza, duração e condições de cumprimento desta e, como não poderia deixar de ser, a possibilidade de sob uma aparente sanção legal estar, às ocultas, imantado um anseio de perseguição.⁴⁹⁴ Segundo James Hathaway, a decisão deve considerar a gravidade do temor que paira sobre o solicitante de asilo e, se tal temor se sobrepõe sobre o ato criminoso, não pode ocorrer a exclusão do *status* de refugiado.⁴⁹⁵ Outro ponto relevante é que somente crimes realmente graves podem implicar em exclusão do *status*, normalmente ligados à atos contrários à vida, liberdade ou a integridade física dos seres humanos. A cláusula de exclusão não deveria ser usada para crimes de menor relevo, pois, nesses casos, haveria uma manifesta

⁴⁹³ ACNUR, *Manual...*, parágrafo 152.

⁴⁹⁴ Afirma o ACNUR que “Se uma pessoa tem receio fundado de uma pena muito severa, por exemplo, uma pena que ponha em perigo sua vida ou liberdade, terá de ser um crime muito grave para que ela seja excluída. Se a pena receada é menos grave, será necessário ter em conta a natureza do crime ou crimes que, presumivelmente, tenham sido cometidos para determinar se o requerente não é na realidade um fugitivo da justiça ou se o seu caráter criminoso não se sobrepõe ao de refugiado *bona fide*.” (ACNUR, *Manual...*, parágrafo 156).

⁴⁹⁵ HATHAWAY, *The law...*, p. 225.

desproporção entre o ato praticado e as conseqüências advindas do seu retorno ao país de origem.

Quanto à cláusula comunitária relativa aos crimes contrários aos princípios e objetivos das Nações Unidas, traz ela algumas características que a afastam do regime genebrino.⁴⁹⁶ Embora seja de redação muito semelhante à da cláusula análoga da Convenção de Genebra, está a referida disposição comunitária sistemicamente ligada ao item 22 dos Considerandos da Diretiva 83/2004. Ocorre que o citado item 22 relaciona atos de cunho terrorista como sendo contrários aos princípios da ONU enunciados, tanto no Preâmbulo, como, também, nos artigos 1º e 2º da Carta das Nações Unidas. Essa posição contrária, em grande medida, a opinião do ACNUR que, de forma peremptória, afirma que para uma determinada pessoa adentrar o escopo dessa cláusula de exclusão deve ter ela “participado no exercício do poder num Estado-Membro e ter contribuído de forma instrumental para a violação desses princípios por esse Estado”.⁴⁹⁷ Ou seja, deve haver o exercício de alguma espécie de poder de mando cujos atos redundam em afronta à carta da ONU ou, alternativamente, uma atuação na execução dessas medidas.⁴⁹⁸ A norma comunitária, entretanto, não menciona nenhum tipo de exercício de mando ou de implementação de ordens superiores. Tal omissão pode ampliar, de forma excessiva, a abrangência dessa cláusula de exclusão além de criar uma sobreposição com as demais normas comunitárias relativas à exclusão do *status*.⁴⁹⁹

Cabe considerar, também, que não há, ainda, uma definição precisa do conceito de “terrorismo”, embora, sua tônica mais acentuada seja a crueldade e o potencial indistinto de assassinar e mutilar.⁵⁰⁰ Somente uma análise caso a caso pode determinar a real participação de uma pessoa em ato terrorista. O fato de uma determinada pessoa integrar uma organização cujos objetivos e ação incluem o terrorismo não autoriza, por si só, uma presunção absoluta de participação direta na execução ou planejamento de um ato de cunho terrorista.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Artigo 12(2)(c) da Diretiva 83/2004.

⁴⁹⁷ ACNUR, op. cit., parágrafo 163.

⁴⁹⁸ No mesmo sentido, HATHAWAY, *The law...*, p.229 e LOPÉZ GARRRIDO, *El derecho...*, p.80. Em sentido contrário, GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*, p. 114.

⁴⁹⁹ Posição semelhante é defendida por KWAKWA, Edward. Article 1(f)(c): acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. *International Journal of Refugee Law*, v. 12, 2000. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 11 set. 2005, p. 91.

⁵⁰⁰ Para mais informações, ver, SAUL, Ben. Attempts to define terrorism in international law. *Netherlands International Law Review*, 52, 2005.

⁵⁰¹ KAPFERER, *Exclusion...*, p. 204.

É importante refletir que a característica do terrorismo que mais intimida e amedronta é a sua imane **incerteza**. Não se sabe quando ou onde irá se dar o próximo ato de barbárie. Dessa forma, não surpreende que exista um enorme esforço em definir o “inimigo” e neutralizá-lo. E quem melhor pode representar uma “ameaça terrorista” do que o estrangeiro que bate espontaneamente às portas do Estado? Ao definir que o estrangeiro, muitas vezes, um solicitante de asilo, é a fonte do medo, o Estado contenta as massas e a mídia que está na esteira do temor coletivo. Essas circunstâncias tornam a aplicação da exclusão ainda mais problemática, especialmente se considerarmos o contexto da irrefletida e xenófoba “Islamofobia”⁵⁰² que atinge grande parte do mundo ocidental.⁵⁰³

Os atos perpetrados por terroristas muçulmanos no novo milênio serviram de pano de fundo, quando não de justificativa, para a continuidade da transformação do “Estado social” em “Estado de segurança”, na definição de Zygmunt Bauman. Segundo o autor, a tônica do Estado social centrava-se na capacidade de minorar o temor e de diluir as dificuldades individuais da vida em sociedade através da atuação do Estado, representante da coletividade. A retirada do Estado do papel de garantidor das necessidades mínimas dos seres humanos (escola, seguro-desemprego, auxílio-médico,...) somada aos efeitos da robotização da estrutura de produção, abalou o âmago das sociedades e criou uma atmosfera de insegurança. Para continuar legitimando sua atuação o Estado passa a agir como um provedor de segurança física. Assim, afirma o autor que os Estados

Trocaram a ansiedade alimentada pela progressiva desregulamentação das condições essenciais de vida, a privatização dos riscos e a retração do seguro comunal pelo problema da segurança pessoal: os medos provenientes das ameaças aos corpos, bens e habitats dos seres humanos e que emanam dos criminosos, da ‘subclasse’, das ‘pessoas em busca de asilo’, portadoras de doenças e prontas a se engajar no crime de rua e, mais recentemente, do terrorismo global ou das armas de destruição em massa, prontas a serem usadas nos próximos 45 minutos.⁵⁰⁴

⁵⁰² O termo é de uso corrente nos debates europeus a respeito da xenofobia e racismo.

⁵⁰³ Ali Mazrui faz uma ponderada comparação entre aquilo que chamamos de “valores ocidentais” e a visão “medieval” dos povos islâmicos. Relata o autor que, somente em 1870, as mulheres inglesas tiveram o direito de ser proprietárias, enquanto as mulheres muçulmanas sempre possuíram tal prerrogativa. Aduz, também, que o discurso ocidental de proteção das minorias é contraditório, pois, permitiu a existência do holocausto nazista. Já sob o islamismo as minorias sempre receberam uma especial proteção e, mais, participaram da vida pública, como atesta o exemplo do antigo Secretário Geral da ONU, Boutros Boutros-Ghali, um cristão cóptico a serviço do governo muçulmano do Egito. MAZRUI, Ali A. Islamic and western values. *Foreign Affairs*, sept./oct. 1997.

⁵⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 89.

Essas referências são em tudo aplicáveis aos demais regimes de proteção na União Européia. E, da mesma maneira, os comentários relativos à Convenção de Genebra podem ser estendidos à Proteção Subsidiária e à Proteção Temporária, com algumas pequenas diferenças.

Tanto a Proteção Subsidiária como a Proteção Temporária incorporam, na regulação da exclusão, além das disposições correspondentes da Convenção de Genebra, normas que permitem o *refoulement*, caso a pessoa sujeita à regra represente ameaça à comunidade ou a segurança do Estado-Membro.⁵⁰⁵ Como já salientamos, a exclusão difere do *non-refoulement* e deveria, por isso, receber tratamento individualizado. Dito isso, nos parece que há uma incorporação, às avessas, do princípio do *non-refoulement* nos estatutos alternativos comunitários, já que apenas sua faceta negativa, ou seja, de afastamento do território integrado, recebe tratamento expreso na normativa da União Européia.

O ato de exclusão para os beneficiários de Proteção Subsidiária comporta outra variante, pois, a exclusão pode, também, estar fundamentada na prática de “um ou mais crimes [...] que seriam puníveis com prisão caso tivessem sido praticados no Estado-Membro” e, a pessoa em questão, “tiver deixado seu país de origem unicamente com o objetivo de evitar sanções decorrentes desses crimes”.⁵⁰⁶ Ora, a exclusão deve, sempre, estar relacionada ao cometimento de crimes graves. E o fato de abandonar o país para evadir-se da persecução penal não é, de todo, contrário à proteção internacional, pois, como já frisamos, em casos de crimes de baixo potencial ofensivo seria contrário a razoabilidade retornar a pessoa ao país de origem.

Exatamente no retorno do excluído ao país de origem encontra-se outra das lacunas da Convenção de Genebra, porquanto esta não define se o excluído deve ser entregue ao país de origem ou, contrariamente, ser julgado no país hospedeiro. Tampouco o direito comunitário tratou da questão, deixando ao alvitre dos Estados-Membros a atitude a ser tomada. O problema, entretanto, apresenta diferentes facetas na sua aplicação prática.

⁵⁰⁵ Conforme artigos 17(1)(d) da Diretiva 83/2004 e artigo 28(1)(b) da Diretiva 55/2001. A única distinção entre as duas normas é a exigência de condenação final por crime “particularmente grave” para que se efetue a exclusão do *status* de beneficiário de Proteção Temporária, enquanto, por sua vez, a exclusão da Proteção Subsidiária é mais abrangente no seu alcance por não conter essa limitação.

⁵⁰⁶ Conforme artigo 17(3) da Diretiva 83/2004.

Caso exista um pedido de entrega do excluído feito por um Tribunal Internacional não existem maiores dificuldades, tendo em vista a presunção de lisura e de preservação dos direitos humanos dessas cortes. Se o pedido de extradição é feito pelo país de origem, ou mesmo por país terceiro, torna-se mais complexa a questão a ser enfrentada. O país de asilo, nesses casos, poderá entregar o excluído ao país de origem, seguindo o seu próprio rito extradicional e acreditando que ao confiar a pessoa à jurisdição do Estado que requer a extradição, estará, de forma automática, colocando esta sob os cuidados e guarda do país requerente. É de ressaltar que a análise do pedido de extradição indica, também, se não há um objetivo de perseguição no pedido extradicional, ou mesmo, uma aplicação de pena desumana ou degradante. Por essas razões, a simples deportação do excluído, sem que tenha havido pedido de extradição não deve, jamais, se efetivar, pois, não existe nenhuma garantia militando a favor do excluído.⁵⁰⁷

Embora o excluído não conte com a proteção da Convenção de Genebra, outras obrigações internacionais podem impedir o retorno ao país de origem.⁵⁰⁸ Nesse caso, vem à tona a questão da necessidade de punir os criminosos. Nas situações em que a extradição não se realizar por considerações de direitos humanos, impõe-se o julgamento do excluído, nos parâmetros do princípio *aut dedere aut judicare*. Da mesma maneira, pode inexistir pedido extradicional e o excluído permanecer num limbo jurídico. Em tais casos, o julgamento do crime no país de asilo é decorrência da Jurisdição Universal, tendo em vista o interesse de que todo Estado possui de sancionar crimes que ofendem o senso ético comum, desvinculando o julgamento e punição dos limitados aspectos da territorialidade.

CAPÍTULO II – OS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DO PEDIDO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL NA REGULAÇÃO COMUNITÁRIA

Uma vez que a pessoa tem reconhecida a veracidade de seu pedido de proteção internacional, surgem conseqüências relativas à permanência no país de asilo. Contudo, no

⁵⁰⁷ Nesse sentido, FITZPATRICK, Joan. The post-exclusion phase: extradition, prosecution and expulsion. *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, 2000. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 nov. 2005, p. 279.

⁵⁰⁸ Para essa análise ver, LARSAEUS, Nina. The relationship between safe-guarding internal security and complying with international obligations of protection. The unresolved issue of excluded asylum seekers. *Nordic Journal of International Law*, n. 73, 2004.

direito comunitário, existe grande disparidade de direitos, quando comparados os distintos regimes de proteção, o que cria condições diferenciadas de estada e integração para cada uma das categorias de protegidos (Seção I).

Levando em consideração que a estada no país hospedeiro envolve a criação de uma situação de estabilidade, não é possível que constantes revisões do *status* de proteção criem uma sensação de insegurança e incerteza para os deslocados. Embora a temporariedade seja, em maior ou menor grau, inerente a cada um dos regimes comunitários, é o surgimento de determinadas condições que possibilita encerrar o vínculo de proteção estabelecido com o Estado-Membro (Seção II).

Seção I – A assimetria dos direitos e benefícios no direito comunitário europeu

A Convenção de Genebra prevê uma série de direitos criados com o objetivo de possibilitar aos refugiados, tanto quanto possível, uma vida com caráter de normalidade no país de asilo. O respeito a esses direitos é uma obrigação do Estado hospedeiro e, mais do que isso, uma forma de criar auto-sustentabilidade para os refugiados, diminuindo, conseqüentemente, o papel do Estado como maior provedor das necessidades imediatas e de longo prazo dos protegidos.

Em um passado não distante, esses direitos genebrinos, formadores de um *standard* mínimo ofertado aos refugiados, eram vistos como meio de integrar, gradualmente, os protegidos a seu novo lar. Durante décadas a quase totalidade dos refugiados que chegou aos países desenvolvidos integrou-se à comunidade, o que conferia um caráter de continuidade e estabilidade à situação. Portanto, todos os direitos conferidos pela Convenção de Genebra tinham a conotação de adaptar progressivamente o refugiado à solução duradoura considerada, até então, mais eficaz, a **integração local**. No entanto, as mudanças que se processaram no mundo nas três últimas décadas alteraram profundamente essa realidade e da integração local passou-se ao retorno voluntário ao país de origem como solução duradoura preferencial.

Os reflexos dessa atitude não tardaram a repercutir nos direitos reconhecidos aos refugiados. A redução dos direitos dos deslocados obedeceu, principalmente, a dois imperativos. O primeiro foi a tentativa estatal de diminuir a “atratividade” do país – menos direitos e benefícios, menos solicitantes de asilo – e o segundo, consequência do primeiro, consubstanciou-se na adequação do *standard* mínimo ao novo paradigma de retorno ao país de origem, denotando a temporalidade do *status* de refugiado.

A normativa da União Européia bebeu nessa mesma fonte e as políticas que possibilitaram a integração dos refugiados foram, em parte, substituídas por normas de cunho mais restritivo e limitador. Certamente, há um não expresso temor de que a integração plena dos refugiados ao país de asilo torne o seu retorno futuro ao país de origem mais difícil. No entanto, a premissa desse raciocínio é incorreta, pois, em verdade, são as necessidades dos refugiados que durante sua estada devem ser atendidas satisfatoriamente.

Adentrando, especificamente, na temática comunitária é possível perceber que quanto aos refugiados genebrinos estão seus direitos em patamar bastante superior aos demais regimes protetivos. Assim, o **motivo** pelo qual a pessoa recebe proteção, no caso dos refugiados e “subsidiários”, ou, a **situação** na qual a pessoa está inserida, para os beneficiários de Proteção Temporária, determina, irremediavelmente, o nível de direitos ao qual têm acesso cada uma das categorias de protegidos, embora, é importante frisar, suas **necessidades** e o grau de sua **vulnerabilidade** sejam muitíssimo semelhantes.

Tendo em vista a impossibilidade de analisar completamente todos os direitos a que os deslocados têm direito, optamos por selecionar alguns considerados por nós como sendo os mais relevantes, com a intenção de estabelecermos uma breve comparação entre os diferentes regimes de proteção comunitários.

§1º *O núcleo básico dos direitos civis, econômicos e sociais dos protegidos no espaço comunitário*

Não há, como temos frisado, nenhuma obrigação internacional que sujeite um Estado a admitir estrangeiros no seu território na atual realidade da sociedade internacional.⁵⁰⁹ Porém, como sinala Hermann Mosler, uma vez que tenham os estrangeiros sido admitidos no território nacional, devem ser tratados de acordo com as normas do direito internacional, pois há um grupo de direitos essenciais que independe de nacionalidade.⁵¹⁰ Similarmente, com o reconhecimento da condição de refugiado permite-se ao protegido reivindicar o tratamento que lhe é devido nos moldes da Convenção de Genebra.⁵¹¹

Na normativa comunitária europeia, definiu-se, pela primeira vez, em nível internacional, o *status* de residência dos refugiados e também, dos beneficiários de Proteção Subsidiária.⁵¹² Assevera a disposição comunitária que “logo que possível após a concessão do respectivo estatuto” será emitida autorização de residência.⁵¹³ A expressão “logo que possível”, porém, traz alguma dubiedade desnecessária, pois, cria um limbo entre o reconhecimento da condição de refugiado e a autorização de residência. Destaca Jane McAdam que, embora a autorização de residência e o reconhecimento da condição de

⁵⁰⁹ O princípio do *non-refoulement*, no entanto, mitiga em relação à certo grupo de pessoas e sob certas condições, essa discricionariedade do Estado. Os movimentos sempre crescentes dos seres humanos tendem, inexoravelmente, a derrubar as fronteiras do Estado-Nação. As rígidas demarcações de territórios (e povos) do modelo Westphaliano, muito dificilmente, resistirão, como realidade concreta, às transformações às quais os Estados estarão submetidos nos próximos decênios. Guerras, alterações climáticas, intercâmbio cada vez maior de profissionais e estudantes, necessidade de mão-de-obra barata, integração dos mercados financeiros, redefinições do conceito de nacionalidade, entre outros fatores, funcionarão como poderosos vetores dessa transformação do conceito de Estado-Nação.

⁵¹⁰ MOSLER, Hermann. *The international society as legal community. Recueil des Cours*, Hague, v. 140, 1974, p. 71-72.

⁵¹¹ No mesmo sentido, EDWARDS, Alice. Human rights, refugees and the right “to enjoy” asylum. *International Journal of Refugee Law*, v. 17, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 nov. 2005, p. 302. No direito comunitário europeu, a Diretiva 83/2004, reconhece, inclusive, que há um direito do refugiado e, também, do beneficiário de Proteção Subsidiária, a receber informações sobre seus direitos e obrigações, uma vez que seu *status* tenha sido reconhecido, nos termos do artigo 22 da Diretiva 83/2004. Da mesma maneira, na Diretiva sobre Proteção Temporária há uma obrigação de informar os beneficiários do regime temporário de seus direitos e de sua condição jurídica, conforme artigo 9 da Diretiva 55/2001.

⁵¹² COSTA, Rosa da. *Rights of the refugees in the context of integration: legal standards and recommendations*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/44bb90882.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2006, p. 41.

⁵¹³ Conforme artigo 24(1) e 24(2) da Diretiva 83/2004.

refugiado sejam, juridicamente, atos distintos, na prática, costumam ser unos.⁵¹⁴ Não é o caso da legislação comunitária que prefere manter dissimilitude.

Existe, ainda, grande diferença entre a autorização de residência a ser concedida aos refugiados e àquela que cabe aos “subsidiários”. Os primeiros recebem uma autorização com prazo mínimo de três anos; já os últimos, contam com uma autorização de apenas um ano. Notoriamente, tal redução parte da premissa de que as razões pelas quais as pessoas recebem Proteção Subsidiária não são justificadoras de uma estada prolongada. Diferentemente dos refugiados, os “subsidiários” enfrentariam um fenômeno, supostamente, efêmero. Tal justificativa, conquanto, equivocada, dá base para essa absurda diferença de tratamento.⁵¹⁵

Em ambos os regimes individualizados, são renováveis as autorizações de residência desde que estas não estejam em contrariedade com a “segurança nacional ou ordem pública”. Esse discricionarismo que envolve a renovação da autorização de residência, aliás, muito próprio e inerente ao atual estágio do direito internacional, é exacerbado, ainda, pela estrutura da própria Diretiva 83/2004 que vincula diretamente à obtenção da autorização de residência o acesso a direitos fundamentais.⁵¹⁶ Especialmente em relação aos “subsidiários”, essa incerteza quanto à permanência torna bastante precária sua situação. Não contam com a proteção do *non-refoulement* e, assim, ao final do primeiro ano, numa simples decisão administrativa baseada na “proteção” do Estado-Membro, podem vir a perder sua autorização de residência e serem, então, retornados ao país de origem. Nos valemos novamente de Jane McAdam, que afirma, com muita acuidade, ser esse expediente, simplesmente, um meio de exclusão “pela porta dos fundos”.⁵¹⁷

Já no contexto da Proteção Temporária, não há a emissão de uma autorização de residência. O Estado-Membro emite somente uma “autorização de permanência” relativa ao período no qual vige a Proteção Temporária.⁵¹⁸ Aliás, não é surpresa constatar a inexistência

⁵¹⁴ McADAM, *The European...*, p. 506.

⁵¹⁵ Afirma o ACNUR que não há fundamento algum que permita concluir pela transitoriedade do regime subsidiário de proteção. ACNUR, *UNHCR...*, p. 40. No mesmo sentido, Jane McAdam afirma que não existem “evidências empíricas” de que a proteção subsidiária implique em um regime com características de breve duração. McADAM, op. cit., p. 499.

⁵¹⁶ Item 30 dos Considerandos da Diretiva 83/2004 “Dentro dos limites definidos pelas obrigações internacionais, os Estados-Membros poderão determinar que a concessão de benefícios em matéria de acesso ao emprego, à segurança social, aos cuidados de saúde e aos mecanismos de integração exige a emissão prévia de uma autorização de residência”.

⁵¹⁷ McADAM, op. cit., p. 504.

⁵¹⁸ Conforme artigo 8(1) da Diretiva 55/2001.

de uma autorização de residência no regime temporário. Em verdade, tendo em vista o caráter exceptivo da Proteção Temporária e, também, sua própria sistêmica de derrogação de grande parte da Convenção de Genebra, a permanência tem sempre um caráter de transitoriedade.

Um ponto positivo em relação à proteção de cunho temporário é a obrigação de emissão de documentos que comprovem o direito de permanência dos beneficiários desse regime. No entanto, afastando-se da Convenção de Genebra, não há nenhuma obrigação de emissão de documentos de identificação, assim como não há disposição relativa à emissão de documentos de viagem.⁵¹⁹ Analisando a Convenção de Genebra, afirma Atle Grahl-Madsen que a emissão de documentos de identidade é um meio do deslocado conformar-se às leis do país de asilo, sem qualquer conotação de permanência prolongada.⁵²⁰ Apesar disso, o exercício de muitos direitos no país hospedeiro pode ser condicionado à apresentação de um documento de identidade e isso basta para tornar mais difícil a vida dos beneficiários de Proteção Temporária. Já os documentos de viagem são ainda mais importantes. Suprem a falta de um documento de identificação e, mais do que isso, representam o direito inafastável do ser humano deixar o país de asilo.⁵²¹ A emissão de documentos de viagem, nos moldes da Convenção de Genebra⁵²², torna possível obrigar não apenas o Estado emissor mas, também, os demais Estados-Contratantes da Convenção que devem respeitar esse documento.⁵²³ Como os “temporários” não contam, em certos casos, com nenhuma espécie de documento de viagem, sua liberdade acaba por ser bastante restringida.

No que tange aos refugiados e aos “subsidiários”, há uma disposição específica que garante a emissão dos documentos de viagem.⁵²⁴ Porém, os beneficiários de Proteção Subsidiária enfrentam algumas dificuldades para obter o documento de viagem. Devem, inicialmente, provar que não lhes é possível obter um passaporte nacional e, além disso, somente recebem o documento de viagem quando “sobrevierem razões humanitárias graves que requeiram sua presença noutro Estado”. Duas consequências diretas advêm dessa restrição. A primeira é que o documento de viagem não é apenas identificador do ser humano, mas, conjuntamente, o liga a um certo Estado. Dessa maneira, o beneficiário de Proteção

⁵¹⁹ Artigo 27 da Convenção de Genebra: “Os Estados-Contratantes entregarão documentos de identidade a qualquer refugiado que se encontre no seu território e que não possua documento de viagem válido”.

⁵²⁰ GRAHL-MADSEN, *Commentary*...

⁵²¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu artigo XIII(2) preleciona que “Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar”.

⁵²² Conforme o artigo 28 da Convenção de Genebra.

⁵²³ GRAHL-MADSEN, *op. cit.*

⁵²⁴ Artigo 25(1) e 25(2) da Diretiva 83/2004.

Subsidiária pode ver aumentada sua dificuldade para adentrar outro país, visto ser incerta a “retornabilidade” deste ao país de proveniência, com o qual, afinal, o beneficiário de Proteção Subsidiária não possui um vínculo jurídico efetivo. O segundo efeito, que resulta da não expedição de documentos de viagem, encontra-se nas dificuldades logísticas que o “subsidiário” depara-se, pois, por óbvio, as companhias transportadoras temem os “indocumentados”.⁵²⁵

Convém ressaltar alguns direitos de cunho econômico e social que, ligados aos direitos civis e políticos, são a base para uma vida estável dos deslocados no país de asilo. Destacamos, inicialmente, o direito a um alojamento, um dos direitos chave para garantir uma vida digna no país de asilo.⁵²⁶ A possibilidade de ter uma habitação é um direito consagrado em diversos diplomas legais internacionais⁵²⁷ e, em relação aos deslocados, tem um significado ainda mais pungente em razão de tudo que estes deixaram para trás ao abandonar o país de origem. Todos os regimes comunitários de proteção garantem o acesso a um alojamento sem, no entanto, definirem como se dará essa acomodação. Cabem algumas ponderações sobre essa temática.

O direito de alojamento liga-se ao direito à liberdade de movimento, este um direito de cunho civil-político.⁵²⁸ O direito de livre circulação, a seu tempo, permite que o refugiado movimente-se dentro do país e escolha o lugar onde vai viver.⁵²⁹ No entanto, na prática, muitos países da Europa comunitária têm imposto restrições à escolha do local de habitação. Com efeito, ao permitir que o refugiado escolha um local para viver pode-se estar permitindo a formação de guetos dentro de uma cidade e isso, realmente, não é desejável. Por outro lado, ao instalar o deslocado junto a uma comunidade de migrantes ou mesmo de refugiados, há a possibilidade dos vínculos da comunidade facilitarem, em muito, a vida no país de asilo.⁵³⁰

⁵²⁵ McADAM, *The European...*, p. 506-507.

⁵²⁶ Artigo 21 da Convenção de Genebra: “No que concerne ao alojamento, os Estados-Contratantes darão, na medida em que esta questão seja regulada por leis ou regulamentos, ou seja, submetida ao controle das autoridades públicas, aos refugiados que residam regularmente no seu território, tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, tratamento não menos favorável do que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral”.

⁵²⁷ Como, por exemplo, o artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais.

⁵²⁸ No direito comunitário, a norma referente à liberdade de movimento está colocada no artigo 32 da Diretiva 83/2004. Já na Convenção de Genebra está alocada no artigo 26.

⁵²⁹ GRAHL-MADSEN, *Commentary...*

⁵³⁰ JOLY; NETTLETON; POULTON, *Refugees...*, p. 56-57.

O regime de Proteção Temporária, porém, à diferença dos regimes individualizados, não garantiu a liberdade de circulação no Estado-Membro. E tal lacuna denota, inegavelmente, uma disposição para, no futuro, alojar os deslocados temporários em locais determinados, ou seja, centros de internação coletiva, com profundas restrições à liberdade de movimento e a própria integração à vida da comunidade do país de asilo.

Outro fator vinculado ao direito à habitação e que atinge todos os regimes de proteção é a dificuldade de encontrar uma morada em local que possibilite o acesso ao mercado de trabalho. Normalmente, as vivendas mais acessíveis, em termos financeiros, encontram-se em áreas nas quais o desemprego é alto e, portanto, nessas zonas urbanas é mais penoso encontrar uma forma de auto-sustentação.⁵³¹ Da mesma maneira, em áreas em que a taxa de ocupação laboral é baixa existem mais chances de qualquer estrangeiro deparar-se com reações de desconfiança e animosidade.

Assim, de todos os direitos relativos aos deslocados, o direito ao trabalho, talvez, seja o mais relevante, pois, dele defluem outras condições que facilitam a vida e a integração no país de asilo. O antigo Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, Sadruddin Aga Khan, referindo-se aos refugiados, afirma que o direito de trabalho significa o “direito a uma existência independente”.⁵³²

Na normativa comunitária, houve uma hierarquização do acesso dos deslocados ao mercado de trabalho. É de ressaltar, sem nenhuma surpresa, que a nenhuma das categorias de protegidos foi estendido o direito à livre circulação dentro do espaço comunitário. Nem mesmo na Diretiva 109/2003, reguladora o *status* dos residentes de longa duração⁵³³, que sob reserva de certas condições, possuem o direito de residir e trabalhar em outro Estado-Membro, é contemplada a situação dos deslocados.⁵³⁴ Sem a possibilidade de circular no espaço integrado, diminuem as chances de encontrar um emprego compatível com as

⁵³¹ JOLY; NETTLETON; POULTON, *Refugees...*, p. 58.

⁵³² AGA KHAN, *Refugees...*, p. 323. Em verdade, a própria Convenção de Genebra dedicou quatro dispositivos diretamente à questão do trabalho dos refugiados, regulando, assim, o trabalho assalariado e não assalariado, o exercício de profissão liberal e própria legislação relativa aos direitos trabalhistas. Vale destacar, também, o artigo XXIII(1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”

⁵³³ Directiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. *JO*, L 16/44, 23 jan. 2004.

⁵³⁴ COSTA, *Rights...*, p. 52-53.

habilidades ou formação já trazida pelos deslocados de seu país de origem.⁵³⁵ Há que reconhecer, porém, que o direito a livre circulação exigiria uma extensa regulação e, ao menos, por enquanto, não é crível pensar nessa possibilidade.

Os refugiados tiveram seu direito de trabalho respeitado e, inclusive, com a possibilidade de acederem à formação profissional.⁵³⁶ Já a situação dos beneficiários de Proteção Subsidiária é menos generosa. Afora todas as dificuldades inerentes ao trabalho de um estrangeiro em outro país – língua, sub-emprego, não reconhecimento de diplomas, entre outros – deparam-se, ainda, com a possibilidade de ter o acesso ao exercício laboral restringido em razão da “situação do mercado de trabalho nos Estados-Membros”.⁵³⁷

Sobre essa temática, chama a atenção Jane McAdam para o fato de que não há uma definição do prazo para essa reserva do mercado laboral, o que permite uma grande margem de discricionariedade na implementação das medidas. Da mesma maneira, para a autora as limitações não devem ter uma aplicação geral e, sim, voltarem-se para setores específicos do mercado de trabalho.⁵³⁸ O ACNUR, de forma simplificada e direta, afirma que os beneficiários de Proteção Subsidiária devem receber o mesmo acesso ao trabalho que é ofertado aos refugiados genebrinos, sem nenhuma forma de distinção.⁵³⁹

No contexto da Proteção Temporária, as dificuldades são bastante semelhantes. A possibilidade de trabalho é limitada ao período de duração do regime temporário e, além disso, pode haver uma severa limitação do acesso ao mercado de trabalho por “razões de política laboral”. Os favorecidos por essa restrição são os “cidadãos da UE”, os “cidadãos de Estados vinculados pelo Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu” e, por fim, os

⁵³⁵ Toda a problemática envolvendo o emprego foi, e continua sendo, uma severa preocupação da União Européia (inclusive, dominou parte dos debates na criação do Tratado de Amsterdam). TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, *La Union...*, p. 424-425. Essa discussão se irradiou para a órbita da proteção internacional no espaço comunitário e afetou os direitos dos deslocados. Cabe considerar que a problemática do trabalho envolve questões estruturais mais complexas do que a mera chegada de estrangeiros. Em um mundo que prima pela competitividade, emprego de tecnologia em detrimento da mão de obra humana, consumo desenfreado, crescente desregulamentação do mercado e desmantelamento dos sistemas de auxílio social existe enorme pressão para que os níveis de emprego da população local sejam sempre mantidos em um teto máximo, embora, poucas vezes, isso seja possível. Destaca Zigmunt Bauman que na pós-modernidade “nenhum emprego é garantido, nenhuma posição é inteiramente segura, nenhuma perícia é de utilidade duradoura [...] carreiras sedutoras muito freqüentemente se revelam vias suicidas”. (BAUMAN, *O mal estar...*, p. 35).

⁵³⁶ Conforme artigos 26(1) e 26(2) da Diretiva 83/2004.

⁵³⁷ Conforme artigo 26(3) da Diretiva 83/2004.

⁵³⁸ McADAM, *The European...*, p. 509-510.

⁵³⁹ ACNUR, *UNHCR annotated...*, p. 42.

“residentes legais de países terceiros que recebam subsídios de desemprego”.⁵⁴⁰ A proposta original, entretanto, previa o acesso ao mercado de trabalho em igualdade de condições com os refugiados *stricto sensu* e sem quaisquer uma das referidas restrições.⁵⁴¹

Como o *status* migratório, na normativa comunitária, determina os direitos a que têm acesso os deslocados, é importante observar algumas referências fornecidas pela normativa internacional. Nesse sentido, sustenta Alice Edwards que o artigo 6(1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não distingue entre nacionais e estrangeiros e, dessa forma, é um *minimum* a ser respeitado pelos signatários.⁵⁴² Da mesma maneira, tendo em vista o padrão de desenvolvimento da imensa maioria dos países membros da União Européia sequer é possível alegar que os direitos do aludido Pacto não são extensíveis aos não-nacionais. Toda restrição, segundo o Pacto, deve estar fundada em proporcionalidade e com o objetivo de “favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.⁵⁴³ Faltam, até mesmo, dados empíricos que comprovem que a restrição ao trabalho dos deslocados resulte, efetivamente, em benefício aos nacionais dos Estados-Membros.

Talvez, o mais importante seja perceber que garantir o acesso ao mercado de trabalho é uma forma de diminuição gradativa dos gastos dos Estados com assistência social que fica, assim, limitada aos recém-chegados ou a aqueles que, por razões específicas, não conseguem encontrar meios para se manter sem que o Estado de asilo o auxilie.⁵⁴⁴ O artigo 28(1) da Diretiva 83/2004 garante o direito a assistência social, nos moldes da assistência prestada aos nacionais. Contudo, os beneficiários de Proteção Subsidiária podem ter a assistência limitada às “prestações sociais de base”.⁵⁴⁵ Tais “prestações sociais de base” devem, abranger, pelo menos, “rendimento mínimo de subsistência, a assistência em caso de doença, a gravidez e o auxílio parental”.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ Conforme artigo 12 da Diretiva 55/2001.

⁵⁴¹ KERBER, Karoline. Temporary protection an assessment of the harmonization policies of European Union member states. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n 3, 1997. Disponível em: <<http://ijrl.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 13 mar. 2005, p. 203.

⁵⁴² EDWARDS, *Human...*, p. 324. O artigo 6º(1) do citado Pacto está assim redigido: “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito”.

⁵⁴³ Conforme artigo 4º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁵⁴⁴ O direito ao trabalho garante a própria comutatividade do sistema de previdência social. Conforme o artigo 23 da Convenção de Genebra: “Os Estados-Contratantes darão aos refugiados que residam regularmente no seu território o mesmo tratamento em matéria de assistência e de socorros públicos que é dado aos seus nacionais”.

⁵⁴⁵ Conforme artigo 28(2) da Diretiva 83/2004.

⁵⁴⁶ Conforme item 34 dos Considerandos da Diretiva 83/2004.

Muitos alegam que esses direitos mínimos sequer são prestados à população local em grande parte do mundo e que, portanto, não há que questionar esses “atos de graça”. A nós, diferentemente, a premissa que fundamenta esse raciocínio parece ser incorreta. Em primeiro lugar, deve primar a valorização do ser humano sobre qualquer outra condicionante. E, em segundo lugar, qual a justificativa lógica e razoável para a diferenciação entre refugiados e beneficiários de Proteção Subsidiária? Faltam quaisquer argumentos que justifiquem esse tratamento normativo. Essa distinção “hierárquica” não apenas estimula uma indevida diferenciação, como, também, rompe os próprios objetivos de harmonização almejados pela Diretiva 83/2004.⁵⁴⁷ W. A. McKean, em erudito estudo, assevera que a discriminação é mais tenaz e profunda do que a mera “distinção”, mas, que a primeira surge sempre que as medidas comportam injustiça, impropriedade ou arbitrariedade.⁵⁴⁸ Esse aparenta ser o caso das disposições comunitárias.

Em qualquer debate sobre o direito de igualdade, parte-se do silogismo de que situações iguais devem ser igualmente tratadas. Nesse sentido, na Convenção Internacional Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, é garantido o direito do Estado de criar distinções entre **nacionais** e **estrangeiros**.⁵⁴⁹ *A contrario sensu*, podemos entender essa disposição como proibidora de distinções entre **não-nacionais**, sempre que estes estejam em **situação análoga** e das medidas defluam conseqüências que impeçam “o gozo ou exercício em um mesmo plano(em igualdade de condição) de direitos humanos”.⁵⁵⁰

Esses mesmos comentários são válidos para a Proteção Temporária. Num regime que prima pelo número reduzido de direitos e por dificuldades de toda sorte impostas à integração dos deslocados à comunidade local a assistência social surge como remédio necessário. No entanto, o caráter “assistencialista” da proteção de cunho temporário, estranhamente, não prevê plenos direitos de amparo aos “temporários”. Assim, por um lado o direito ao trabalho é limitado e, de outro, a assistência social só é prestada caso os deslocados “não disponham de recursos suficientes”.⁵⁵¹ Ora, se não há auto-sustentação das comunidades exiladas somente com a oferta de assistência social é possível a sobrevivência, minimamente digna, dos deslocados.

⁵⁴⁷ McADAM, *The European...*, p. 512.

⁵⁴⁸ McKEAN, W. A. The meaning of discrimination in international and municipal law. In: THE BRITISH Year Book of International Law, 1970. London: Oxford University, 1971, p. 178.

⁵⁴⁹ Artigo 1º(2) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

⁵⁵⁰ Artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

⁵⁵¹ Conforme artigo 13 da Diretiva 55/2001.

É importante, por fim, fazer menção ao direito à educação.⁵⁵² Na legislação comunitária, no que tange aos regimes individualizados, é garantido o acesso de todo menor ao sistema de ensino, desde que lhe tenha sido garantido o *status* de refugiado ou de “subsidiário”. Aos adultos, é garantido o acesso ao ensino e a programas de profissionalização, nas mesmas condições que os nacionais de países terceiros que possuam o *status* de residentes legais.⁵⁵³ No sistema de proteção temporário, a realidade é bastante semelhante, embora, em relação aos adultos, não exista uma obrigação dos Estados em garantir o acesso ao sistema de ensino.⁵⁵⁴ Em suma, de todos os direitos econômicos e sociais dos deslocados, o relativo à educação é aquele que mais se aproxima dos parâmetros exigidos pela normativa internacional dos direitos humanos.⁵⁵⁵

§2º *O direito a vida familiar como complemento necessário a estado no país de asilo*

Os deslocados, por sua especial condição de vulnerabilidade, estão entre as pessoas que mais carecem da reconstrução de uma vida familiar.⁵⁵⁶ Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a família é considerada “o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.⁵⁵⁷ Dessa premissa maior de “vida familiar”, decorrem dois princípios complementares. O direito à unidade familiar e o direito ao reagrupamento familiar.

⁵⁵² Na Convenção de Genebra esse direito tem um alcance bastante limitado e, como obrigação internacional, restringe-se ao ensino primário, conforme artigo 22 da Convenção de Genebra.

⁵⁵³ Nos termos do artigo 27(1) da Diretiva 83/2004. Aos adultos é garantido o acesso ao ensino e a programas de profissionalização, nas mesmas condições que os nacionais de países terceiros com o *status* de residentes legais.

⁵⁵⁴ Conforme artigos 14(1) e 14(2) da Diretiva 55/2001.

⁵⁵⁵ O direito à educação é garantido pelo artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XXVI (1), afirma-se que “Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais a instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito.”

⁵⁵⁶ Segundo Fustel de Coulanges “uma pátria não é apenas um domicílio para o homem. Se ele abandonar-lhe as sagradas muralhas, se atravessar os limites sagrados do território, não encontrará mais religião nem vínculo social de espécie alguma. A não ser na sua pátria, viverá à margem da vida regular e do direito; a não ser na sua pátria, estará sem deus e fora da vida moral. Só ali encontra a sua dignidade de homem e os seus deveres. Só ali pode ser um verdadeiro homem.” (COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 258).

⁵⁵⁷ Artigo XVI(3) da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No que tange à unidade familiar, há um reconhecimento, já bastante consolidado, de que os familiares que chegam ao país de asilo conjuntamente com o refugiado devem, também, receber proteção.⁵⁵⁸ Durante o processo de Consultas Globais sobre Proteção Internacional, em 2001, afirmou-se que o direito de unidade familiar “aplica-se a todos os seres humanos, a despeito do *status* pessoal. E, portanto, aplica-se, também, no contexto dos refugiados”.⁵⁵⁹

Na Diretiva 83/2004, a unidade é tratada como “preservação da unidade familiar”. Importa considerar, preliminarmente, que os membros da família que preencham os requisitos para receber o *status* de refugiado ou de beneficiário de Proteção Subsidiária devem, de forma efetiva, receber essa proteção. Outra situação configura-se quando um dos membros da família recebe a proteção de um dos citados regimes individualizados e, indiretamente, seus familiares beneficiam-se da proteção com vias a manter a unidade familiar.

Nesse sentido, a primeira fonte de controvérsias em relação à legislação comunitária é que esta não adotou o chamado *status* derivativo. A premissa deste é que os familiares recebam o mesmo *status* reconhecido ao requerente de asilo.⁵⁶⁰ As normas comunitárias, no entanto, optaram por determinar que os familiares “possam reivindicar” o mesmo tratamento ofertado ao familiar que recebeu o *status* protetivo.⁵⁶¹ Fica, assim, absolutamente indefinida qual é a condição jurídica dos familiares.

Já quanto ao escopo do conceito de “familiares” está ele definido no artigo 2(h) da Diretiva 83/2004.⁵⁶² Embora não exista uma definição de “família” no direito internacional dos refugiados o alcance do conceito de “membros da família” na legislação comunitária, ao nosso sentir, é insuficiente. Talvez seja um conceito, até efetivo, em relação às famílias do

⁵⁵⁸ Na Ata Final da Conferência que adotou a Convenção de Genebra recomenda-se aos Estados “Assegurar que a unidade da família do refugiado seja mantida especialmente nos casos em que o chefe de família tenha preenchido as condições necessárias para sua admissão num determinado país”.

⁵⁵⁹ ACNUR. Summary conclusions: family unity. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/tehis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p. 604.

⁵⁶⁰ ACNUR, *UNHCR annotated...*, p. 38.

⁵⁶¹ Conforme o artigo 23(2) da Diretiva 83/2004.

⁵⁶² Os “membros da família” são “o cônjuge do beneficiário do estatuto de refugiado ou do estatuto de proteção subsidiária ou o parceiro não casado vivendo numa relação estável, sempre que a legislação ou a prática desse Estado-Membro tratar, na sua lei sobre estrangeiros, as uniões de facto de modo comparável aos casais que tenham contraído matrimônio” e, ainda, “os filhos menores do casal referido no primeiro travessão ou do beneficiário do estatuto de refugiado ou do estatuto de proteção subsidiária, desde que sejam solteiros e

mundo ocidental desenvolvido, porém, a realidade em grande parte do resto do globo, é a família englobar um número maior e mais abrangente de familiares. Questões de índole cultural ou econômica determinam uma convivência mais próxima, quando não a coabitação dos entes familiares. A tônica é a ampla dependência dessas pessoas umas em relação às outras. Já no âmbito comunitário são os Estados-Membros quem decidem sobre uma possível ampliação desse conceito de “membros da família”, desde que os familiares sejam comprovadamente dependentes do membro da família que recebe o *status* de refugiado ou de “subsidiário”.⁵⁶³

Mesmo dentre aqueles que se enfeixam no conceito de família nuclear existem, ainda, condições a serem preenchidas para que se efetive a unidade da família. Os filhos devem ser menores de dezoito anos, solteiros e dependentes. E, no que tange às uniões estáveis, ficam essas vinculadas à lei sobre estrangeiros do país. No entanto, melhor seria se aplicáveis fossem as disposições normativas relativas aos nacionais do Estado-Membro, caso este reconheça, na sua lei civil, as uniões estáveis.⁵⁶⁴ O próprio artigo 12 da Convenção de Genebra, relativo ao estatuto pessoal do refugiado opera no sentido de respeitar disposições que favoreçam a unidade familiar.⁵⁶⁵

Para haver a “preservação da unidade familiar”, segundo a legislação comunitária, a família já deve estar constituída no país de origem e, além disso, estar presente, de forma conjunta, no mesmo Estado-Membro. Destaca Jane McAdam que, caso durante a trajetória ocorram nascimentos de filhos ou mesmo um casamento/união estável não poderá se dar a manutenção da unidade familiar, nos estritos termos das regras comunitárias.⁵⁶⁶

Foi deixado ao alvitre dos Estados-Membros, definir as regras procedimentais para comprovação dos vínculos familiares, embora, a nosso juízo essa seja uma questão bastante sensível e merecedora de uma maior atenção. Existem grandes dificuldades, tanto para refugiados como, também, para beneficiários de Proteção Subsidiária apresentarem provas documentais das ligações familiares. Por outro lado, há que reconhecer que os Estados-

dependentes, independentemente de terem nascido do casamento, fora do casamento ou terem sido adotados, nos termos do direito nacional”. Conforme o artigo 2(h) da Diretiva 83/2004.

⁵⁶³ Conforme artigo 23(5) da Diretiva 83/2004.

⁵⁶⁴ McADAM, *The European...*, p. 500

⁵⁶⁵ EDWARDS, *Human...*, p. 310. Para mais informações relativas ao *status* pessoal dos refugiados, ver, MINAMI, Toshifumi. The refugee convention and private international law. *The Japanese Annual of International Law*, n. 26, 1983.

⁵⁶⁶ McADAM, *op. cit.*, p. 500.

Membros possuem outras obrigações internacionais que exigem uma diligente avaliação da situação, pois, não é rara a existência de casos envolvendo tráfico internacional de seres humanos, especialmente crianças e mulheres que sofrem exploração sexual.

Em relação aos benefícios que recebem os familiares, existe uma grande possibilidade de restrições ou redução destes. Em situações que envolvam a “segurança nacional” ou a “ordem pública”, os benefícios podem ser negados, reduzidos ou retirados.⁵⁶⁷ Não fosse isso o bastante, em relação aos familiares dos “subsidiários” serão os Estados-Membros que definirão as “condições aplicáveis a esses benefícios” e, portanto, poderá haver uma sensível diminuição se o Estado-Membro assim o desejar.⁵⁶⁸

O direito de residência dos familiares de refugiados, também, depara-se com restrições tendo em vista que esta pode ter uma duração inferior aos três anos de validade da autorização de residência concedida aos refugiados. Ao nosso sentir, não existe nenhuma razão válida para essa restrição. E mais, ao criar uma distinção entre o prazo de permanência do refugiado em face ao prazo de seus familiares, surge uma grande insegurança para esses, de maneira que pode estar em curso uma violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que, justamente, sanciona ingerências indevidas na esfera privada e familiar. O mesmo vale para os familiares dos “subsidiários”, com uma marcada diferença. Não há, pura e simplesmente, direito ao recebimento de uma autorização de residência para os recém citados. Ou seja, o Estado-Membro autoriza, se assim o desejar, sua permanência, num mero ato de “benevolência” estatal⁵⁶⁹.

No regime temporário, ao contrário dos regimes individualizados não há, por princípio, a possibilidade de “preservação da unidade familiar”, em razão das características da Proteção Temporária. Os familiares que chegam ao Estado-Membro recebem o mesmo *status* de proteção e, assim, tornam-se desnecessários os esforços voltados para a manutenção da unidade familiar. Nos casos em que os familiares estejam em países diferentes aparece a

⁵⁶⁷ Conforme artigo 23(4) da Diretiva 83/2004.

⁵⁶⁸ O ACNUR, em posição diametralmente oposta, destaca que em casos envolvendo familiares de beneficiários de Proteção Subsidiária, tanto como no caso de familiares de refugiados genebrinos, devem ser oferecidos direitos similares. ACNUR, *UNHCR...*, p. 38-39.

⁵⁶⁹ Por essa razão é difícil compreender como um regime estruturado em tão profundas limitações é capaz de “completar e suplementar a proteção dos refugiados consagrada pela Convenção de Genebra”, como apregoado no Item 24 dos Considerandos da Diretiva 83/2004.

necessidade de realizar o reagrupamento familiar e essa é uma questão diferente, embora profundamente ligada à unidade da família.⁵⁷⁰

O contexto que envolve o abandono do país de origem implica, não raro, na separação dos familiares e, assim, o direito de unidade familiar somente completa-se com as medidas de reunificação familiar.⁵⁷¹ Com efeito, a impossibilidade de retornar ao país de origem e assim, implementar o sagrado direito a uma vida familiar é a base jurídica para a reunificação familiar.

No âmbito da Proteção Temporária, o conceito de família cinde-se em duas vertentes, sendo a primeira a família nuclear⁵⁷² e a segunda, de maior amplitude, constituída de “outros parentes próximos” que, caso dependentes do reagrupante, podem beneficiar-se da proteção no espaço integrado.⁵⁷³ Contudo, para os últimos beneficiarem-se da reunificação, além da exigência de prova da dependência, deve existir, também, coabitação durante o período em que se deu o desarraigamento. No caso de reagrupamentos que se processam entre pessoas deslocadas que já estão no território da União Européia, mas, em diferentes países, há uma obrigação dos Estados-Membros realizarem o reagrupamento, desde que os envolvidos concordem e que **todos sejam beneficiários de Proteção Temporária**. Nada é dito sobre os casos em que a estada no espaço integrado se deve a outras razões ou em que o *status* de “temporário” não é reconhecido. Já, em relação ao conceito ampliado de família, não existe uma imposição de reunificação familiar, pois, os Estados-Membros “**podem** reagrupar” se considerarem necessário. Ainda assim, fica limitado o reencontro a casos em que os familiares enfrentem “dificuldades extremas” se não realizado o reagrupamento.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ JASTRAM, Kate. NEWLAND, Kathleen. Family unity and refugee protection. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p. 578.

⁵⁷¹ ACNUR, *Summary conclusions: family unity*, p. 606. O Manual de Procedimentos afirma categoricamente que “O princípio da unidade familiar não opera apenas quando todos os membros da família se tornam refugiados simultaneamente. Aplica-se igualmente nos casos em que a unidade da família foi temporariamente quebrada pela fuga de um ou mais dos seus membros”. ACNUR, *Manual...*, parágrafo 186.

⁵⁷² Artigo 15(1)(a) da Diretiva 55/2001.

⁵⁷³ “Outros parentes próximos que vivessem juntos, como elementos da unidade familiar, no momento dos acontecimentos que conduziram ao afluxo maciço, e que, nesse momento, dependessem totalmente, ou em grande parte, do reagrupante”, conforme o artigo 15(1)(a) da Diretiva 55/2001.

⁵⁷⁴ Conforme artigo 15(2) da Diretiva 55/2001.

No que diz respeito aos casos em que o reagrupante, beneficiário de Proteção Temporária, estiver num Estado-Membro e familiares seus, integrantes do conceito de família nuclear, estiverem em Estado terceiro ou no país de origem, impõe-se o reagrupamento apenas e tão somente se os familiares estiverem sem proteção alguma. Para os “outros familiares”, a situação é ainda pior, tendo em vista que deve ser provada a necessidade de proteção internacional destes, num contexto de “dificuldades extremas com que se poderão defrontar se o reagrupamento não se realizar”. E, mesmo que preenchidos esses requisitos, fica ao alvitre do Estado-Membro decidir ou não pela reunificação familiar, pois não há nenhuma obrigação comunitária nesse sentido.⁵⁷⁵

Mas não é somente no regime temporário que existem empecilhos à reunificação familiar, pois, também, para os refugiados *stricto sensu* existem certas inconsistências. O reagrupamento familiar dos refugiados está regulado na Diretiva 86/2003 relativa ao direito de reagrupamento familiar⁵⁷⁶, sob a base de propiciar “condições mais favoráveis” para o exercício de reagrupamento familiar destes, embora, nem sempre isso seja verdade.⁵⁷⁷

Fica a cargo de cada Estado-Membro, segundo o artigo 9(2) da Diretiva 86/2003, decidir se a reunificação familiar destina-se somente a familiares cujos vínculos sejam anteriores à entrada do refugiado no espaço integrado ou se outras pessoas podem ser incluídas no escopo da norma. Da análise da citada norma, emerge uma outra consideração. Ao que parece, os vínculos não necessariamente devem remontar ao país de origem, pois a expressão utilizada pela legislação comunitária é “anteriores a sua entrada”, o que aparenta não distinguir entre relações surgidas durante o trajeto ao país de asilo e relações já existentes no Estado de origem.

O alcance do reagrupamento, para os refugiados, novamente cinge-se ao já citado e recitado conceito de família nuclear⁵⁷⁸ e, tendo em vista as dificuldades encontradas pelos refugiados para comprovação dos laços familiares, reconhece a legislação comunitária que não pode haver o indeferimento do pedido, apenas e simplesmente, por não ser possível ao requerente de reagrupamento apresentar documentos oficiais. Existem, por outro lado,

⁵⁷⁵ Para essa análise ver, KERBER, *The temporary...*, p. 204-205.

⁵⁷⁶ Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar. *JO*, L 251/12, 3 out. 2003.

⁵⁷⁷ Item 8 dos Considerandos da Diretiva 86/2003.

⁵⁷⁸ Ampliações ficam ao sabor da vontade de cada Estado-Membro, conforme o artigo 10(2) da Diretiva 86/2003.

algumas exigências para que se efetive o reagrupamento caso a solicitação tenha sido feita em prazo superior a três meses após o reconhecimento da condição de refugiado.⁵⁷⁹ Em tal caso, será bastante mais penoso para o refugiado cumprir com os requisitos da legislação comunitária. Deve o refugiado, nessas situações, contar com um alojamento “considerado normal para uma família comparável na mesma região”. Da mesma maneira, deve estar de posse de seguro-doença, para si e, também, para os familiares. E, por fim, tem o refugiado a obrigação de contar com “recursos estáveis e regulares” suficientes para prover a subsistência dos familiares.⁵⁸⁰

Essas exigências não se compatibilizam com a situação dos refugiados e, em verdade, são regras relativas ao ingresso de estrangeiros no Estado-Membro aplicadas, sem qualquer temperamento, ao contexto dos refugiados reagrupantes. Para Kate Jastram e Kathleen Newland, deve haver uma distinção entre o reagrupamento de refugiados e o de outros estrangeiros. Aduzem as autoras que as premissas são diferentes, pois, no caso dos refugiados, envolvem a reconstrução da vida familiar no país de asilo e o encontro de soluções duráveis para o problema do deslocamento forçado.⁵⁸¹

As mencionadas exigências de alojamento, seguro-doença e recursos financeiros são, também, meios para forçar o reagrupamento do refugiado com seus familiares em país terceiro, pois, sempre que um Estado-Membro considerar que o refugiado ou familiar possua “vínculos especiais” com Estado terceiro pode exigir do refugiado o cumprimento fiel dessas obrigações.⁵⁸²

No caso de o refugiado ser um menor desacompanhado, deve ser permitida a entrada de seus ascendentes de primeiro grau.⁵⁸³ Normativamente, possuem os menores os mais bem acabados argumentos jurídicos a seu favor, pois, as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança são extremamente protetivas e propiciam a melhor base para manutenção da unidade familiar e reagrupamento.⁵⁸⁴ Na prática, porém, o reagrupamento dos menores desacompanhados defronta-se com enormes dificuldades. Os Estados costumam legitimar o impedimento à reunificação familiar sob a justificativa de que isso estimula o envio das

⁵⁷⁹ Artigo 12(1), terceiro parágrafo, da Diretiva 86/2003.

⁵⁸⁰ Artigo 7(1), alíneas (a)-(c), da Diretiva 86/2003.

⁵⁸¹ JASTRAM; NEWLAND, *Family...*, p. 595.

⁵⁸² Artigo 12(1), segundo parágrafo, da Diretiva 86/2003.

⁵⁸³ Conforme artigo 10(3)(a) da Diretiva 86/2003.

⁵⁸⁴ Especialmente o artigo 10(1) e 10(2) da Convenção sobre os Direitos da Criança.

crianças ao exterior.⁵⁸⁵ Assim, embora exista uma obrigação internacional de reunificação familiar, o Estado-Membro, em determinados casos, exime-se dessa obrigação com base na, suposta ou verdadeira, má-fé dos pais ou tutores da criança.

Quanto aos beneficiários de Proteção Subsidiária, há um silêncio total e uma grande incerteza quanto aos seus direitos. Por não existirem disposições normativas específicas relativas ao reagrupamento familiar dos “subsidiários”, o recurso a normativa internacional é necessário. Exsurge, assim, o artigo 14 da Convenção Européia dos Direitos Humanos, relativo à não-discriminação. Segundo W. A. McKean, é proibida a discriminação que impeça o gozo dos direitos e liberdades protegidos na Convenção.⁵⁸⁶ Com base nessa análise e deixando de lado a restante normativa internacional,⁵⁸⁷ encontramos na própria Convenção Européia dos Direitos Humanos disposições que garantem o direito a vida familiar e que devem ser aplicadas indistintamente, sem, portanto, qualquer alusão à *status* migratório.⁵⁸⁸

Mas são Kate Jastram e Kathleen Newland que apresentam os melhores argumentos a favor do reagrupamento familiar dos beneficiários de Proteção Subsidiária. Segundo a cuidadosa reflexão das autoras, a justificativa para que se efetive o reagrupamento familiar não decorre, em absoluto, da Convenção de Genebra e, sim, da impossibilidade de retorno ao país de origem. Portanto, pessoas que se encontram em situações análogas, sejam elas refugiados ou detentoras de outro *status*, devem beneficiar-se, por igual, dos direitos relativos à reunificação familiar.⁵⁸⁹

Hersht Lauterpacht, em estudo que remonta a 1947, advertia que o direito internacional sempre teve uma característica formal, no sentido de apenas regular relações entre Estados. Portanto, o trato dos indivíduos, quando na condição de estrangeiro, era nada mais do que “rudimentar”. Porém, aduzia o citado autor que essa **foi** uma realidade. Para ele, a interdependência do mundo pós-Segunda Guerra requer uma regulação do relacionamento

⁵⁸⁵ JASTRAM; NEWLAND, *Family...*, p. 560.

⁵⁸⁶ McKEAN, *The meaning...*, p. 185.

⁵⁸⁷ Cabe recordar que o artigo 14 da Convenção Européia dos Direitos Humanos não está limitado aos direitos incluídos na referida Convenção.

⁵⁸⁸ Como, por exemplo, os artigos 8º (direito à vida familiar) e 12 (direito de contrair matrimônio) da Convenção Européia dos Direitos Humanos

⁵⁸⁹ JASTRAM; NEWLAND, *op. cit.*, p. 587.

dos indivíduos (seres humanos) com **toda** a sociedade internacional, sob pena de se criar um direito que é nada mais do que “artificial”.⁵⁹⁰

Seção II – As condições que determinam o fim da proteção internacional

A possibilidade de declarar finalizado o regime de proteção internacional é um direito soberano dos Estados. Por seus efeitos e conseqüências é um procedimento que deve estar balizado em profundo respeito por obrigações internacionais e pela própria valorização da dignidade do ser humano. Nesse sentido, somente quando certos requisitos estão claramente presentes é possível fazer cessar a proteção internacional (1º). De outra forma, certas pessoas, por sua peculiar condição pessoal, não se enfeixam na generalidade da cessação (2º). A análise não seria, entretanto, completa, sem que a questão do retorno compulsório ao país de origem fosse abordada (3º).

§1º As cláusulas de cessação nos distintos regimes de proteção comunitários

O *status* de refugiado, embora não fixado em bases temporais limitadas, não possui uma natureza *ad eternum*. Deve o regime jurídico, tanto quanto possível, evoluir para uma solução que melhor satisfaça as necessidades dos refugiados. Assim, como já vimos, para os refugiados é bastante importante que seu *status* permita uma crescente integração ao país hospedeiro, caso o retorno ao país de origem não seja possível. Da perspectiva dos Estados, por outro lado, é importante estabelecer claramente quais as pessoas e, sob que condições jurídicas, remanescem estas no território do país asilante.

Com o objetivo de compatibilizar esses interesses existem, na Convenção de Genebra, regras que permitem a cessação do *status* de refugiado. Possuem a dupla função de, por um lado, tornar a situação do refugiado estável e não sujeita a constantes modificações, e por

⁵⁹⁰ LAUTERPACHT, H. The international protection of human rights. *Recueil des Cours*, v. 70.1947, p. 8-9.

outro, permitir que o Estado finalize a proteção internacional assim que esta não mais for necessária.⁵⁹¹

No direito comunitário, as formas, segundo as quais ocorre a cessação do *status* de refugiado, estão reguladas na Diretiva 83/2004.⁵⁹² Há que salientar que em razão da cessação ser uma decisão com profundos reflexos na vida e segurança do refugiado não existe a possibilidade de ampliação das cláusulas estatuídas na Convenção de Genebra. Estão elas enunciadas taxativamente na Convenção e sequer a analogia legislativa ou administrativa é permitida.⁵⁹³

As disposições da Convenção de Genebra relativas à cessação do *status* de proteção estão elencadas no artigo 1º C e podem ser divididas em dois grupos de diferentes características.⁵⁹⁴ O primeiro é integrado por atos tomados de forma voluntária pelo refugiado.⁵⁹⁵ O determinante, em tais condições, é o comportamento do refugiado, que se coloca, *per se*, sob proteção do Estado de origem. Já o segundo grupo compõem-se de condições que saem do alcance do refugiado, vinculadas à mudança nas condições do país de origem, as quais denotam a inexistência, atual, do bem fundado temor de perseguição.⁵⁹⁶

Em relação à cessação por atos oriundos do próprio refugiado, cabem algumas referências iniciais em face à normativa comunitária. Exsurge a aplicação dessas cláusulas quando, presumivelmente, a relação entre o refugiado e o seu país de origem encontra-se

⁵⁹¹ LOPEZ GARRIDO, *El derecho...*, p.80.

⁵⁹² No artigo 11(1) e 11(2) da Diretiva 83/2004.

⁵⁹³ Conforme Manual de Procedimentos, parágrafo 116. ACNUR, *Manual...* As cláusulas de cessação não podem ser confundidas com as cláusulas de exclusão do *status* de refugiado, com as regras pertinentes ao *non-refoulement* e nem com medidas que impliquem em anulação, revogação ou cancelamento do *status* por motivos de falsidade ou prova material falseada. *Idem*, parágrafo 117. Relatam Joan Fitzpatrick e Rafael Noboan que diversos países ao incorporar as cláusulas de cessação confundiram estas com outras normas referentes ao direito internacional dos refugiados. FITZPATRICK, Joan. BONOAN, Rafael. Cessation of refugee protection. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University P; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p. 513.

⁵⁹⁴ Artigo 1º C da Convenção de Genebra: “Esta Convenção cessará nos casos abaixo, de ser aplicável a qualquer pessoa que compreendida nos termos da Seção A, acima: 1) se ela voltou a valer-se da proteção do país de que é nacional; ou 2) se havendo perdido a nacionalidade, ela a recuperou voluntariamente; ou 3) se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; ou 4) se estabeleceu de novo, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido; ou 5) se por terem deixado de existir as conseqüências das quais foi reconhecida como refugiada, ela não poder mais continuar a recusar valer-se da proteção do país de que é nacional; [...] 6) tratando-se de pessoa que não tem nacionalidade, se, por terem deixado de existir as circunstâncias em conseqüência das quais foi reconhecida como refugiada, ela está em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual [...]”.

⁵⁹⁵ Artigo 1º C (1) a (4) da Convenção de Genebra.

⁵⁹⁶ Artigo 1º C (5) e (6) da Convenção de Genebra.

estabilizada. Portanto, se o refugiado busca autoridades consulares no país de asilo e faz solicitações incompatíveis com a condição de refugiado surge a presunção de que este não mais necessita proteção internacional.⁵⁹⁷ Igualmente, se o refugiado, por ato seu, recuperar a nacionalidade originalmente perdida fará cessar o *status*.⁵⁹⁸

Contudo, sobre essa temática é de sinalar que a reaquisição da proteção do Estado de origem nem sempre pode ser aferida pela externalidade do ato. Assim, solicitar certidões perante uma autoridade diplomática pode ser nada mais do que uma necessidade burocrática com vistas a exercer um determinado direito. Sustenta Guy Goodwin-Gill que diversos fatores devem ser levados em consideração para determinar se a busca pelas autoridades do país de origem visa, efetivamente, readquirir a proteção nacional. Cita que “a idade do refugiado, o objeto almejado com o contato, o grau de sucesso atingido com a solicitação, a repetição da conduta e as vantagens efetivamente obtidas” devem nortear o exame da retirada da proteção.⁵⁹⁹ Da mesma maneira, a reaquisição da nacionalidade deve ser um ato absolutamente voluntário. Somente se a reaquisição da nacionalidade implicar em “normalização das relações entre o refugiado e seu estado de origem”⁶⁰⁰ cessará o *status*. Tanto a intenção do indivíduo como, também, o próprio resultado do ato devem ser sopesados.⁶⁰¹

Outra forma de fazer cessar o *status* de refugiado é a obtenção de uma nova nacionalidade⁶⁰², pois, assim, não mais estão preenchidos os requisitos da definição de refugiado que exige, como sabemos, a falta de proteção nacional. Esta cláusula é geralmente aplicável em casos de naturalização no país de refúgio e, uma vez que há a proteção por um Estado não mais existe a condição de refugiado. O ponto principal, no entanto, é a existência de uma proteção efetiva por parte do Estado de nova nacionalidade.⁶⁰³

Embora a voluntariedade do ato aparente ser um requisito de menor relevância para que se configure a aquisição de nova nacionalidade, alertam Joan Fitzpatrick e Rafael Bonoan

⁵⁹⁷ Regulação presente no direito comunitário no artigo 11(1)(a) da Diretiva 83/2004.

⁵⁹⁸ Artigo 11(1)(b) da Diretiva 83/2004.

⁵⁹⁹ GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 82. (tradução livre)

⁶⁰⁰ HATHAWAY, *The law...*, p. 197. (tradução livre)

⁶⁰¹ GOODWIN-GILL, op. cit., p. 83.

⁶⁰² Artigo 11(1)(c) da Diretiva 83/2004.

⁶⁰³ O Manual de Procedimentos destaca esse ponto ao mencionar que “cessa o estatuto de refugiado, desde que a nova nacionalidade implique também a proteção do país em causa. Esse requisito resulta da frase ‘e goza de proteção do país de que adquiriu a nacionalidade’”. ACNUR, *Manual...*, parágrafo 130.

para a existência de situações em que, do ponto de vista dos direitos humanos e, também, da segurança do refugiado, a voluntariedade acaba sendo a única salvaguarda. Exemplificam a referida situação mencionando o caso de aquisição de nova nacionalidade via casamento ou através de leis de caráter geral em situações de sucessão de Estados, condições essas que nem sempre garantem vínculos efetivos.⁶⁰⁴

No que concerne ao retorno do refugiado e estabelecimento voluntário no país de origem,⁶⁰⁵ diversos reparos à situação devem ser feitos. Se, por um lado, a pessoa que retorna deixa de preencher as condições para ser um refugiado, pois, por óbvio, não está fora do país de origem, por outro, não é legítimo dizer que o simples retorno implica em cessação da proteção. Deve haver um objetivo de criar uma residência de caráter contínuo no país de origem.⁶⁰⁶ No entanto, a disposição comunitária apenas menciona a expressão “regressar voluntariamente” o que, ao nosso sentir, é bastante diferente de “se estabeleceu de novo”, conforme estatuído pelo artigo 1º C(4) da Convenção de Genebra.

Nesse sentido, destaca James Hathaway que não basta a presença física de natureza efêmera no país de origem. Ressalta o autor que a Convenção de Genebra não se contenta com o mero “retorno”. Motivos como negócios, necessidades legais ou visitas a familiares podem ser razões que levaram o refugiado a novamente adentrar o território do antigo lar.⁶⁰⁷ Assim, o retorno temporário, *per se*, não pode ser uma condição absoluta para a retirada da proteção internacional. A perseguição que originou a condição de refugiado pode ainda estar presente e assim, restar plenamente vigente o regime de proteção da Convenção de Genebra. Em muitos casos, pode haver, inclusive, uma certa precipitação em retornar ao país de origem, retroalimentando, dessa forma, o ciclo de perseguições.⁶⁰⁸ Por tais motivos é conveniente um cuidadoso exame da aplicação dessa cláusula de cessação que, jamais, deve ser implementada em meros termos formalísticos.

Em todos os casos referentes à cessação devido à atuação pessoal do refugiado, devem ser observados os critérios de voluntariedade, intenção e efetiva proteção.⁶⁰⁹ Para tanto, a

⁶⁰⁴ FITZPATRICK; BONOAN, *Cessation...*, p. 527.

⁶⁰⁵ Artigo 11(1)(d) da Diretiva 83/2004 que utiliza-se da seguinte redação: “Regressar voluntariamente ao país que abandonou ou fora do qual permaneceu por receio de ser perseguido”.

⁶⁰⁶ ACNUR, *Manual...*, parágrafo 134.

⁶⁰⁷ HATHAWAY, *The law...*, p. 197-198.

⁶⁰⁸ Para mais informações sobre essa situação ver, FITZPATRICK; BONOAN, *op. cit.*, p. 528-529.

⁶⁰⁹ Conforme ACNUR. *Summary conclusions: cessation of refugee status*. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University;

existência de um procedimento de análise da aplicação das cláusulas é fundamental. Inclusive, a Conclusão do Comitê Executivo do ACNUR nº 69 demanda uma criteriosa aplicação das cláusulas de cessação “usando procedimentos claramente estabelecidos”.⁶¹⁰ A segurança do refugiado e, mesmo as obrigações dos Estados-Membros relativas ao *non-refoulement*, impõe a existência de um procedimento rigoroso e adequado para implementação das cláusulas de cessação. A oportunidade de o refugiado refutar a presunção de perda da proteção internacional é fundamental para uma aplicação da cessação condizente com os parâmetros de proteção do ser humano. Infelizmente, a legislação comunitária não regula os procedimentos para utilização das cláusulas de cessação deixando, assim, ao inteiro alvitre dos Estados-Membros escolher de que maneira se dará esse procedimento.

À diferença das regras de cessação de cunho pessoal, a cessação por “mudança das circunstâncias” insculpida nos artigos 11(1), alíneas (e) e (f) da Diretiva 83/2004⁶¹¹ deixa a esfera de controle do indivíduo. É uma prerrogativa totalmente a cabo do Estado-Membro verificar se as condições de segurança e respeito aos direitos humanos se alteraram de maneira suficiente para que seja retirada a proteção ofertada aos refugiados, isto tudo sob a base de não mais existir o bem-fundado temor de perseguição.⁶¹² A grande dificuldade é determinar, de maneira precisa, quão alterada está a situação no país de origem e, ainda, se as mudanças refletem-se, de forma efetiva, nas necessidades de proteção dos refugiados.⁶¹³

Segundo o ACNUR, três são os elementos fundamentais para aplicação da cláusula de cessação relativa à mudança das circunstâncias. O primeiro é o “caráter fundamental da mudança”. As causas que propiciaram o deslocamento devem ter sido eliminadas e, para tanto, todos os fatores que se inter-relacionam na dinâmica do desarraigamento devem estar presentes na avaliação feita pelo Estado.⁶¹⁴ O segundo elemento é a natureza duradoura das

UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005, p. 550.

⁶¹⁰ ACNUR. Comitê Executivo. *Conclusão nº 69 (XLIII)*. Cessação do Estatuto. 43ª Sessão. 1992, quarto parágrafo.

⁶¹¹ Análogos aos artigos 1C(5) e (6) da Convenção de Genebra.

⁶¹² Segundo o Manual de Procedimentos “As circunstâncias referem-se a mudanças fundamentais no país, que presumivelmente eliminam o fundado receio de perseguição”. ACNUR, *Manual...*, parágrafo 135.

⁶¹³ A regra comunitária exige que se faça uma avaliação de forma a verificar “se a alteração das circunstâncias é suficientemente **profunda e duradoura** para deixar de ser fundado o receio do refugiado de ser perseguido”. Artigo 11(2) da Diretiva 83/2004. (o grifo é nosso).

⁶¹⁴ A Conclusão nº 69, parágrafo (a), do Comitê Executivo do ACNUR, aponta que “os Estados devem proceder a uma avaliação cuidadosa sobre o caráter fundamental das mudanças no país de nacionalidade ou país de origem, incluindo a situação geral em matéria de direitos humanos, assim como da causa particular do receio

mudanças no país de origem. Uma valoração do processo de modificação em curso no país é fundamental. Eleições livres, governo comprometido com os direitos humanos e estabilidade são variáveis que permitem vislumbrar uma efetiva alteração. No entanto, com vistas a resguardar a segurança dos refugiados deve existir um prazo mínimo que permita constatar, factualmente, a remoção dos perigos à vida normal dos retornados, especialmente em casos de antigos conflitos étnicos. Por fim, o terceiro elemento, e que não foi contemplado na normativa comunitária, é a restauração da proteção pelo Estado de origem. Não só questões envolvendo a segurança física do refugiado são importantes, pois, um nível mínimo de estrutura que garanta direitos mínimos aos refugiados deve estar operacional, sem deixar de mencionar a necessária existência de um sistema legal de proteção ao ser humano. Nesse sentido, a situação geral dos direitos humanos no país de origem pode servir como um importante parâmetro para determinar a capacidade do Estado em oferecer proteção.⁶¹⁵

É importante ter em mente que a cessação da condição de refugiado na modalidade “alteração das circunstâncias” indica que o Estado-Membro realiza um exame profundo e criterioso das condições gerais do país de origem. Assim, o Estado faz uma declaração, normalmente de caráter geral,⁶¹⁶ de que o país de origem é, **agora**, um local seguro e, portanto, aplicável à situação a cláusula de cessação. É possível, inclusive, aplicar a cláusula de cessação a um grupo específico de refugiados de um determinado país, enquanto os demais protegidos, mesmo que oriundos da mesma área geográfica, continuam sob o regime de proteção genebrino. Por outro lado, aplicar a cláusula de cessação a uma área específica do país é completamente inadequado, pois, *per se*, demonstra a insegurança que vige no país de origem.⁶¹⁷

de perseguição, a fim de assegurar, de forma objectiva e verificável, que a situação que justificou a concessão do estatuto de refugiado deixou de existir”. ACNUR. Comitê Executivo. *Conclusão nº 69*.

⁶¹⁵ ACNUR. Guidelines on international protection: cessation of refugee status under article 1C(5) and (6) of the refugee convention relating to the status of refugees (the “ceased circumstances” clauses). *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 22 nov. 2005, parágrafos 9-16, p. 311-312. James Hathaway segue praticamente os mesmos delineamentos do ACNUR, com algumas mudanças. Para o autor, as alterações no país de origem devem concretizar uma regeneração política do país, acabando com a anterior estrutura persecutória. Destaca, em segundo lugar, que toda mudança deve ser realmente efetiva, sob pena de continuarem a existir riscos. E por fim, ressalta o caráter perene das modificações no país de origem, pois, o retorno não pode significar uma transitória proteção. HATHAWAY, *The law...*, p. 200-2003.

⁶¹⁶ A aplicação de uma cláusula de cessação pode ser feita individualmente, no entanto, esta não é uma prática comum.

⁶¹⁷ A cláusula de cessação jamais pode servir como meio de declarar a segurança de um país, precluindo futuros pedidos de asilo. Tal aplicação não se coaduna com a Convenção de Genebra e com o objetivo da cláusula de cessação do artigo 1C(5) e (6). ACNUR. *Summary Conclusions: cessation of refugee status*, p. 546.

O fundamental, no procedimento de cessação é a possibilidade de contra-argumentação por parte dos refugiados, tanto em relação à declaração de segurança como, também, em relação ao seu específico caso pessoal. Tanto quanto a concessão do *status* de refugiado implica em um *iter* procedimental, da mesma maneira, para se consubstanciar a cessação, deve existir um procedimento com oportunidade para oposição à aplicação da cessação. O ônus relativo à segurança é do Estado de asilo que, afinal, emite uma declaração geral de segurança. Na prática, porém, uma vez que feita uma declaração geral de “segurança” o ônus acaba concentrando-se no refugiado que necessita demonstrar que sua condição pessoal ainda denota um bem-fundado temor de perseguição.⁶¹⁸

É relevante, pois, destacar que a dificuldade maior em relação à cessação da condição de refugiado é perceber que o direito internacional dos refugiados é um direito fundado em **exceções**. Mesmo que exista um processo geral que consolide mudanças profundas no país de origem podem, ainda, remanescer casos isolados que não obedeçam a regra geral e, dessa forma, não podem ser tratados sob a égide do retorno ao país de origem. A não regulação dessas regras no direito comunitário significa deixar de lado uma chance de estabelecer parâmetros precisos para aplicação dessas cláusulas.⁶¹⁹

Se, em relação aos refugiados *stricto sensu* a temática da cessação padece de maior regulação, no que tange aos beneficiários de Proteção Subsidiária a situação é ainda mais obscura. A normativa comunitária informa que cessa a proteção sempre que as circunstâncias que conduziram anteriormente à concessão do benefício “tiverem cessado ou se tiverem alterado a tal ponto que a proteção já não seja necessária”.⁶²⁰ O direito comunitário, de forma sucinta, destaca, também, que para se consubstanciar a aplicação das cláusulas de cessação a mudança deve ter sido “significativa e duradoura para que a pessoa elegível para proteção subsidiária já não se encontre perante um risco real de ofensa grave”.⁶²¹ Dessa forma, como inexistem outras regras pertinentes à situação, julgamos nós ser indispensável seguir os parâmetros e garantias preconizados pelo direito internacional dos refugiados, até porque há

⁶¹⁸ Nesse sentido, FITZPATRICK; BONOAN, *Cessation...*, p. 539.

⁶¹⁹ Diversas questões relativas ao procedimento de cessação são relevantíssimas. Temas como as condições de avaliação do país de origem, a participação dos refugiados, a segurança dos retornados e a transparência dos procedimentos (que a nosso ver, deveria envolver o Parlamento Europeu) poderiam e deveriam ter sido regulados pela legislação comunitária. Para mais informações ver, ACNUR, *Guidelines...*, parágrafo 25, (i) a (vii).

⁶²⁰ Artigo 16(1) da Diretiva 83/2004.

⁶²¹ Artigo 16(2) da Diretiva 83/2004.

uma marcada tendência de crescimento do número de pessoas que recebe esse *status* em detrimento da Convenção de Genebra em solo europeu.

A falta de critérios para aplicação da cessação repete-se, também, no regime de Proteção Temporária, embora de maneira diferenciada. No regime temporário, a ênfase e a importância das regras relativas à cessação é exponencialmente maior tendo em vista a temporariedade da permanência e o relevo dado ao retorno ao país de origem. Portanto, poderíamos afirmar que, se no caso dos refugiados e beneficiários de Proteção Subsidiária, a cessação surge como **conseqüência** das mudanças operadas no país de origem, no regime temporário, diferentemente, a cessação da proteção é **premissa** da própria implementação do regime.

A Proteção Temporária é concedida, inicialmente, pelo período de um ano, podendo acontecer duas renovações de mais seis meses. Em casos excepcionais, o Conselho da União Europeia pode tomar a decisão, por maioria qualificada, de estender essa proteção por um ano a mais, perfazendo, portanto, um total máximo e improrrogável de três anos, embora, saibamos que tal período pode ser absolutamente insuficiente para normalizar a situação no país de origem.⁶²²

Assim, existem duas razões que podem levar o regime temporário ao seu final. A primeira é o decurso do prazo máximo de três anos. A segunda é a decisão do Conselho determinando a finalização da Proteção Temporária.⁶²³ Nesse último caso, a decisão pode ser tomada a qualquer tempo, sob a premissa de que as causas que levaram ao deslocamento massivo não mais existem e o retorno ao país de origem é possível ou, no dizer da norma comunitária “a situação no país de origem permite um regresso seguro e duradouro”.⁶²⁴

O que devemos questionar é se a declaração de finalização do regime realmente significa que existe segurança e dignidade para o retorno dos deslocados. Cabe lembrar que, dentre as pessoas deslocadas estão, embora sem reconhecimento, refugiados *stricto sensu*,

⁶²² Conforme artigos 4(1) e 4(2) da Diretiva 55/2001.

⁶²³ Artigo 6(1), alíneas (a) e (b), da Diretiva 55/2001.

⁶²⁴ A redação do artigo 6(2) da Diretiva 55/2001 é a seguinte: “A decisão do Conselho baseia-se na verificação de que a situação no país de origem permite um regresso seguro e duradouro dos beneficiários de proteção temporária, tendo devidamente em conta o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e as obrigações dos Estados-Membros em matéria de não-repulsão. O Parlamento Europeu deve ser informado da decisão.”

além de pessoas que, possivelmente, enfeixam-se na proteção de cunho subsidiário. Nesse sentido, se, porventura, “temporários” tenham realizado pedido de asilo **durante** a vigência da Proteção Temporária o exame da solicitação de reconhecimento da condição de refugiado deve ser finalizado, conquanto, nesse caso, a presunção de segurança do país de origem opere contra estes. Caso o pedido seja interposto **após** a declaração de finalização da Proteção Temporária, é bastante provável que, na hipótese de ser admitido, seja a solicitação tratada através de um procedimento acelerado, notoriamente, sob a rubrica de “país de origem seguro”

Pode, ainda, sequer existir oportunidade de solicitar asilo, pois, na legislação comunitária não existe obrigação de análise após ter sido decretado o encerramento do regime temporário. Essa negativa de um procedimento de avaliação é, por óbvio, contrária à Convenção de Genebra, tendo em vista que uma declaração de cessação do regime de Proteção Temporária não pode ser impeditiva do acesso ao procedimento de asilo.⁶²⁵ A vulnerabilidade continuada da pessoa só pode ser aferida em um procedimento que possa declarar, cabalmente, a existência ou não da necessidade de proteção internacional.

Da mesma maneira, não existem formas de contestar, individual ou coletivamente, a decretação da finalização do regime temporário. Por essa razão, ainda mais importantes tornam-se as cláusulas de cessação da Convenção de Genebra que, por exigirem um método procedimental para que se consubstancie sua aplicação, oferecem garantias mais seguras contra o *refoulement*. O ponto principal, a nosso juízo, é a possibilidade de demonstrar que, mesmo dentro de um quadro de alteração da situação no país de origem, ainda podem restar perigos ou ameaças. Levando em consideração que, supostamente, o regime temporário foi erigido de forma a não substituir a Convenção de Genebra é mais do que relevante “importar” para esse sistema as cláusulas de cessação do instrumento universal.⁶²⁶

⁶²⁵ Conforme ACNUR, *Guidelines...*, parágrafo 25, (ix).

⁶²⁶ Nesse sentido, *Summary Conclusions: cessation of refugee status*, p. 549. É importante destacar que a passagem do regime temporário para o *status* de refugiado ou de beneficiário de Proteção Subsidiária não significa um direito de permanência ilimitado, pois, aplicam-se à esses regimes as cláusulas de cessação que podem implicar em terminação da permanência no território do Estado-Membro.

§ 2º *As exceções à finalização da proteção internacional*

Embora a Convenção de Genebra seja bastante clara, não é demais repetir que a mudança de circunstâncias no país de origem pode não abranger toda uma população de refugiados que está no exílio. Certas pessoas podem continuar com o bem-fundado temor de perseguição e, portanto, seu retorno não é possível. Da mesma maneira, pode pesar sobre um refugiado cláusula de cessação e, não obstante essa realidade, sua permanência no país de asilo ser, ainda, impositiva, pois de refugiado passou este ser humano a beneficiário de Proteção Subsidiária. Nesse caso, mudado está o fundamento da permanência, mas, por outro lado, inalterada continua a obrigação de não-devolução ao país de origem.

Afora essas pessoas que estão protegidas pelo *non-refoulement* ou por outras obrigações internacionais que impedem o retorno ao Estado de origem existem, ainda, outros seres humanos cujo regresso não deve se concretizar, ainda que sob uma base jurídica diversa. Na estrutura da Convenção de Genebra, convivem paralelamente às cláusulas de cessação relativas às mudanças no país de origem disposições que excepcionam a terminação do *status* de refugiado.⁶²⁷ Assim, segundo essa normatização, caso o refugiado demonstre que possui “razões imperiosas resultantes de perseguições anteriores” não perde seu *status* de proteção e, portanto, não pode ser retornado ao país de origem. Essa cláusula surge na Convenção de Genebra para impedir o retorno de pessoas severamente traumatizadas pelas perseguições nazista e fascista e, por essa razão, é denominada também de “cláusula do Holocausto”.⁶²⁸

No direito comunitário, em relação aos regimes de proteção de caráter individualizado, não há menção alguma à “cláusula do Holocausto”. Além disso, com base nos próprios Considerandos da Diretiva 83/2004 fica bastante claro que uma virtual exceção à cessação constitui-se sob uma base discricionária e humanitária e, portanto, sem qualquer caráter vinculativo para os Estados-Membros.⁶²⁹

⁶²⁷ As referidas ressalvas estão presentes nos artigos 1C(5) e (6) da Convenção de Genebra.

⁶²⁸ VEDSTED-HANSEN, Jens. An analysis of the requirements for voluntary repatriation. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n. 4, 1997. Disponível em: <http://ijrl.oxford.journals.org/> Acesso em: 28 nov. 2005, p.561.

⁶²⁹ “O nacional de um país terceiro ou o apátrida, autorizado a permanecer em território dos Estados-Membros, não por motivo de necessidade de proteção internacional, mas, discricionariamente, por compaixão ou

Em linha contrária ao direito comunitário, nos parece que o alcance da “cláusula do Holocausto” da Convenção de Genebra não está, ainda, esgotado. Conquanto a norma genebrina mencione na sua redação o artigo 1ºA(1) da própria Convenção de Genebra (refugiados pré-1951)⁶³⁰ a exceção, a nosso juízo, continua plenamente aplicável, desde que o refugiado demonstre, cabalmente, “razões imperiosas” para não ser retornado.⁶³¹

Se bem observarmos, a Convenção de Genebra é possível perceber que a aplicação da exceção aos refugiados pós-1951 é uma imposição do próprio instrumento internacional. Cabe sinalar que a definição de refugiado genebrina limitava o *status* a “acontecimentos ocorridos antes de 1º de Janeiro de 1951”, restrição essa levantada com o surgimento do Protocolo de Nova Iorque em 1967. Portanto, se a definição de refugiado era, também, **pré-1951**, não seria razoável criar uma exceção **pós-1951** no momento em que foi negociada a Convenção de Genebra. O ACNUR manifesta-se no mesmo sentido. Segundo o Manual de Procedimentos, essa exceção à cessação “reflete um princípio humanitário mais geral, o qual poderia também aplicar-se a outros que não os refugiados estatutários”.⁶³²

Por tais razões, melhor teria sido se a legislação comunitária houvesse tratado da matéria. Até mesmo porque, paradoxalmente e de forma completamente oposta aos regimes individualizados, a Proteção Temporária reconhece expressamente que determinadas pessoas não podem ser retornadas ao país de origem. Segunda a disposição comunitária, os Estados-Membros “**devem** examinar as razões humanitárias imperiosas que possam tornar **impossível ou pouco razoável** o regresso em determinadas situações”.⁶³³ As palavras grifadas por nós são bastante claras e denotam uma clara imposição ao Estado-Membro que, porventura, deseja implementar o retorno dos deslocados.

motivos humanitários, não fica abrangido pela presente directiva.”. Item 9 dos Considerandos da Diretiva 83/2004.

⁶³⁰ Os refugiados pré-1951 (ou estatutários) são todos aqueles que receberam algum tipo de proteção segundo acordos internacionais anteriores à Convenção de Genebra.

⁶³¹ Em sentido contrário, James Hathaway afirma que o texto da Convenção de Genebra é suficientemente claro para demonstrar sua inaplicabilidade para outros refugiados que não os pré-1951 HATHAWAY, James C. The right of states to repatriate former refugees. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 20, n. 1, 2005, p. 203-204.

⁶³² ACNUR, *Manual...*, parágrafo 136. Para uma análise dos casos de pessoas que enfrentam a chamada Síndrome do Estresse Pós-Traumático e que por essa razão merecem ser protegidas ver, BRUIN, René. Compelling grounds: a residence permit for severely traumatised persons? *European Journal of Migration and Law*, v. 8, n. 1, 2006.

⁶³³ Conforme artigo 23(1) da Diretiva 55/2001. (o grifo é nosso).

A Diretiva 55/2001, relativa à Proteção Temporária, avançou ainda mais na temática do não retorno, pois, criou, também, uma outra forma de exceção, essa, porém, de duração limitada. Assim, pessoas que estejam recebendo tratamento médico podem finalizar este no território da União, ou, ainda, aguardar até que sua condição permita efetuar uma viagem. Da mesma maneira, os filhos de deslocados têm direito a permanência, extensiva a toda família, até que seja finalizado o ano escolar.⁶³⁴

Tendo em vista o fragmentado e contraditório trato da questão no direito comunitário, da Conclusão n° 69 do Comitê Executivo do Acnur podem ser retirados subsídios para uma futura normatização no ambiente comunitário mais acorde com a proteção dos direitos humanos e que perpassa de forma integral os regimes de proteção internacional comunitários.⁶³⁵ A primeira exceção citada pela referida Conclusão deriva de atos já acontecidos e vinculados de maneira direta ao país de origem. Esta é, por excelência, a “cláusula do Holocausto” que, a nosso juízo, cinde-se em dois pólos protetivos, pois, protege tanto as pessoas submetidas a um trauma de grande intensidade como, também, refugiados que, além de terem sofrido perseguição podem deparar-se com discriminação e desconfiança da população local quando efetivado seu retorno.⁶³⁶

Já a segunda exceção ao retorno na mencionada na Conclusão 69, tem um olhar posto no presente e, portanto, liga-se à relação do refugiado com o país de asilo.⁶³⁷ A longa estada no exílio e a constituição de profundos vínculos sociais, econômicos e familiares são razões que tornam o retorno bastante traumático para os refugiados. Nesse último caso, o *status* de permanência da pessoa no país hospedeiro pode ser distinto da Convenção de Genebra desde que propicie direitos compatíveis com a atual situação vivida por essas pessoas.⁶³⁸

⁶³⁴ Conforme artigo 23(1) e (2) da Diretiva 55/2001.

⁶³⁵ “Recomenda aos Estados, a fim de evitar casos difíceis, que considerem ponderadamente um estatuto adequado, preservando os direitos previamente adquiridos, nos casos de pessoas que têm razões imperiosas relacionadas com perseguições anteriores para recusarem pedir a proteção do seu país e, recomenda também as autoridades competentes, que sejam tomadas medidas apropriadas que permitam não por em perigo as situações estabelecidas de pessoas das quais não se pode esperar que deixem o país de asilo devido a uma longa estada nesse país de que resultaram fortes laços familiares, sociais e econômicos.” ACNUR. Comitê Executivo. *Conclusão n° 69*, parágrafo (e).

⁶³⁶ James Hathaway tem a mesma opinião, embora, como já frisamos entenda que a exceção da Convenção de Genebra não seja aplicável hodiernamente. HATHAWAY, *The law...*, p. 203-204.

⁶³⁷ COMITÊ EXECUTIVO DO ACNUR. Idem, nota 131. Para mais informações ver, MILNER, David. Exemption from cessation of refugee status in the second sentence of article 1C(5)/(6) of the refugee convention. *International Journal of Refugee Law*, v. 16, n. 1, 2004. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 10 ago. 2005, p. 106.

⁶³⁸ Posição reafirmada em, ACNUR, *Guidelines...* parágrafo 22.

No entanto, a permanência no país de asilo em razão de fortes ligações estabelecidas com o novo lar parece se distanciar, em parte, do regime de exceção Convenção de Genebra.⁶³⁹ Aproxima-se, por outro lado, da questão da naturalização no país de asilo e da integração local enquanto solução duradoura.⁶⁴⁰ Ocorre que a naturalização no exílio, embora tenha sido largamente praticada não se traduz em imposição legal. Como adverte Atle Grahl-Madsen, é um procedimento que está sob a tutela discricionária do Estado, cuja obrigação é apenas de **facilitar** a naturalização.⁶⁴¹ Portanto, nos casos de permanência continuada cabe ao Estado-Membro determinar, sob sua vontade, qual *status* ou autorização de residência é concedido a pessoa, especialmente porque a Diretiva 109/2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração⁶⁴² exclui do seu escopo de abrangência as pessoas que estão no território da União Européia em razão de questões vinculadas à proteção internacional.⁶⁴³

Quando não existem razões para a permanência do deslocado no espaço integrado, torna-se aplicável ao caso a cessação da proteção e, portanto, a pessoa anteriormente protegida adentra o regime geral de estrangeiros. Tal fato vai implicar no provável retorno ao país de origem que, por sua vez, pode ser efetivado de duas maneiras. A primeira é a repatriação voluntária. A segunda é o retorno forçado ao país de origem. Essa relação de contrariedade nos leva a analisar, na seqüência, seus efeitos na regulação comunitária.

§3º *O regresso forçado ao país de origem*

Na própria história da Europa e sua relação com os refugiados, encontramos as raízes da atual oposição entre o retorno voluntário e retorno forçado ao país de origem. Ao longo dos decênios, profundas transformações operaram-se em relação à permanência dos refugiados no país de asilo, modificando algumas já bem assentadas bases em relação ao tratamento dos

⁶³⁹ Nesse sentido, HATHAWAY, *The law...*, p. 204.

⁶⁴⁰ Artigo 34 da Convenção de Genebra; “Os Estados-Contratantes facilitarão, na medida do possível, a assimilação e a naturalização dos refugiados. Esforçar-se-ão notadamente para acelerar o processo de naturalização e reduzir, na medida do possível, as taxas e despesas desse processo”.

⁶⁴¹ GRAHL-MADSEN, *Commentary...*

⁶⁴² Directiva 2003/109/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003 relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. *JO*, L16/44 de 23 jan. 2004.

⁶⁴³ Artigo 3 da Diretiva 109/2003.

deslocados. Inevitavelmente, os reflexos dessas mudanças se fazem sentir na legislação comunitária já posta e naquela que ainda está por vir.

Como já exposto, durante algumas décadas a integração dos refugiados ao país de asilo não encontrou obstáculo, tornando as cláusulas de cessação quase que “letra morta”. Da mesma maneira, após o fim da Segunda Guerra Mundial, o reassentamento dos refugiados era uma opção bastante viável e que contava com a simpatia e participação dos Estados ocidentais. Países confrontados com grande contingente de refugiados eram auxiliados pelos programas de reassentamento que, a bem dizer, funcionavam como uma válvula de escape e permitiam a continuidade da vida dos refugiados em países da Europa Ocidental, bem como, também, na Austrália e América do Norte. Registra B. S. Chimni que esse período de favorecimento ao reassentamento durou de 1945 a 1985. Já a partir de 1985 até 1993, a repatriação voluntária ao país de origem passou a ser a solução preferida, para, logo após, no período iniciado em 1993 até os dias atuais o discurso ter se alterado em direção ao denominado “retorno seguro” (*safe return*).⁶⁴⁴

À diferença dos anteriores, o *safe return* não se insere em nenhuma noção de voluntariedade no retorno dos refugiados. Por essa razão, a questão do retorno forçado dos refugiados aos quais foi aplicada uma cláusula de cessação dirige-se mais diretamente para os casos ligados à mudança das circunstâncias no país de origem, tendo em vista que as demais cláusulas de cessação relacionam-se a atos espontâneos do protegido.

No direito comunitário, o único instrumento a “oficializar” essa distinção entre voluntariedade e compulsoriedade no retorno é a Diretiva 55/2001, não por acaso relativa à Proteção Temporária. A própria ênfase colocada no retorno ao país de origem torna a discussão sobre o regresso inerente a esse regime.⁶⁴⁵ Contudo, cabe questionar, antes de tudo, a premissa maior dessa discussão, ou seja, a própria validade do retorno não-voluntário ao país de origem.

⁶⁴⁴ CHIMNI, B. S. From resettlement to involuntary repatriation: towards a critical history of durable solutions to refugee problems. 1999. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3ae6a0c50.pdf>> Acesso em: 08 set. 2004, p. 1.

⁶⁴⁵ Atualmente, para os regimes de cunho individual, existe total liberdade para os Estados-Membros estabelecerem os procedimentos que julgarem necessários na implementação do regresso dos deslocados.

Há que ser estabelecido, de início, que o fato de os países da Europa, no passado, privilegiarem o retorno voluntário dos refugiados ao país de origem não significa que exista uma obrigação convencional de assim proceder. Destaca Michael Barutciski, que o retorno de caráter voluntário não é uma obrigação decorrente da Convenção de Genebra. Trata-se, sim, de uma recomendação que os Estados podem levar em consideração.⁶⁴⁶

James Hathaway, em linha semelhante, enfatiza e destaca a faculdade de cada Estado de asilo retornar os refugiados aos quais é aplicada cláusula de cessação. Sustenta que o consenso em torno a Convenção de Genebra só foi atingido em razão desta não exigir a fixação permanente no país de asilo. No entender do autor, a não-aplicação do retorno obrigatório ao país de origem, uma vez que consubstanciadas as cláusulas de cessação deve-se, muito mais, à anterior convergência de interesses entre Estados e refugiados. Aduz, ainda, que sustentar a voluntariedade do retorno acaba por contrariar a lógica do *status* de refugiado que, com base nas cláusulas de cessação, é temporário.⁶⁴⁷ A denominada repatriação voluntária seria, assim, fruto de um tempo mais favorável à integração dos refugiados e, também, da atuação do ACNUR que sempre defendeu a livre decisão de retorno ao país de origem.⁶⁴⁸

Contrário ao retorno impositivo argumenta Guy Goodwin-Gill que a simples avaliação objetiva da situação em casos de *safe return* confronta-se com o requisito subjetivo da definição de refugiado – o temor.⁶⁴⁹ No mesmo sentido, argumenta B. S. Chimni que essa objetividade, assim aplicada, acaba por afetar a própria definição de refugiado.⁶⁵⁰ Porém, nos parece que não estão corretas as premissas dos referidos autores. Tendo em vista que o conceito de refugiado é formado tanto por elementos objetivos como, também, subjetivos, faltando um ou outro, via de regra, não mais existe a condição de refugiado.

Reconhecemos plenamente que a solução mais **desejável** é, sempre, a repatriação voluntária, pois atende os interesses dos Estados e, também, dos refugiados. Remanesce, contudo, o direito dos Estados procederem o repatriamento, pois, conveniência e obrigação

⁶⁴⁶ BARUTCISKI, Michael. Involuntary repatriation when refugee protection is no longer necessary: moving forward the 48th session of the Executive Comitee. *International Journal of Refugee Law*, v. 10, n. 1/2, 1998. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 dez. 2004, p. 247.

⁶⁴⁷ HATHAWAY, James C. The meaning of repatriation. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n. 4, 1997. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 10 abr. 2005, p. 551-554.

⁶⁴⁸ HATHAWAY, *The right...*, p. 181.

⁶⁴⁹ GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 276.

⁶⁵⁰ CHIMNI, *From resettlement...*, p. 7.

internacional não se confundem e, portanto, o retorno pode acontecer com a concordância ou não dos envolvidos.⁶⁵¹

Voltando novamente o olhar para o regime comunitário, encontramos norma que insta os Estados-Membros a, logo após a decretação da finalização da Proteção Temporária, facilitar, tanto quanto possível, o regresso voluntário dos deslocados.⁶⁵² Subseqüentemente, porém, determina a legislação comunitária que o retorno forçado dos antigos beneficiários de Proteção Temporária deve ser “conduzido com respeito pela dignidade humana”.⁶⁵³ Nesse caso, por óbvio, não existe nenhuma menção normativa à qualquer voluntariedade no regresso dos deslocados.

Não está regulado no direito comunitário como se dá o processo de regresso. Certamente, algumas dificuldades são inerentes a esse procedimento e certas medidas são importantes para garantir o sucesso do retorno, especialmente, quando compulsório. Nesse sentido, a participação do ACNUR e de membros da comunidade no exílio é fundamental na execução do regresso.⁶⁵⁴ Da mesma maneira, o Estado de origem e as comunidades locais que permaneceram ou estavam deslocadas dentro do próprio país devem envolver-se no retorno, até como forma de garantir condições de segurança para os retornados.

Essa temática sobre a implementação do retorno é relevante, também, em relação aos regimes individualizados, pois, nesses, a opção pelo retorno forçado também parece preponderar, especialmente se levarmos em consideração a proposta feita pela Comissão Européia para criação de uma Diretiva sobre normas de procedimento para retorno de pessoas em situação irregular na União Européia.⁶⁵⁵ Com base nessa proposta, uma vez que tenha sido aplicada cláusula de cessação o retorno ao país de origem é impositivo pois, a pessoa deixa de

⁶⁵¹ Existem opiniões contrárias importantes. Destaca Jens Vedsted-Hansen que a compulsoriedade do retorno se choca com muitas das políticas de regresso que, em grande parte, se desenvolveram sob a égide da voluntariedade. VEDSTED-HANSEN, *An analysis...*, p.562. Aponta B. S. Chimni que o retorno forçado, por sua característica rigidez e objetividade acaba se confrontando com particularidades do ser humano e a riqueza das experiências, que são sempre únicas. Cita o mesmo autor que nos casos de voluntariedade no retorno há uma valorização dessa decisão, que é de cunho subjetiva. Porém, essa mesma subjetividade é desvalorada se há uma vontade de permanência. CHIMNI, *From resettlement...*, p. 7- 8.

⁶⁵² Há uma obrigação, aliás, muito positiva, de informar aos deslocados sobre o procedimento de retorno voluntário. Em relação aos benefícios concedidos aos deslocados enquanto aguardam o seu retorno, no entanto, não há uma obrigação cabal de garantir os direitos relativos ao *status* temporário, o que cria a possibilidade de permanência no Estado-Membro hospedeiro, sem qualquer assistência adequada durante o lapso de tempo até a concretização final do regresso. Conforme artigo 21(1) e 21(3) da Diretiva 55/2001.

⁶⁵³ Conforme o artigo 22(1) da Diretiva 55/2001.

⁶⁵⁴ GOODWIN-GILL, *The refugee...*, p. 276

⁶⁵⁵ COMISSÃO EUROPÉIA. *Proposta de Directiva...*

ter um *status* de permanência e torna-se “irregular”. Após a passagem de um breve período de tempo para que se efetive a partida “voluntária”⁶⁵⁶ é emitida uma decisão de afastamento que pode, inclusive, ser conjugada com prisão preventiva para garantir o retorno forçado.⁶⁵⁷ Não sabemos, ainda, se esse instrumento será aprovado, mas, em linhas gerais deve ser pouco modificado.

Ao nosso sentir, no entanto, o debate sobre retorno voluntário ou forçado acaba nem sendo a questão mais relevante. O que, em realidade, deve estar plenamente assegurado são condições dignas de segurança e de infra-estrutura que permitam a retomada da vida normal dos retornados. Conforme o ACNUR, o procedimento de retorno envolve a denominada política dos “4R”, quais sejam, repatriação, reintegração, reabilitação e reconstrução que, se corretamente implementada, permite a necessária vinculação entre o auxílio de caráter humanitário e o desenvolvimento da região de origem.⁶⁵⁸

Para James Hathaway, o retorno só pode acontecer se as mudanças no país de origem são, realmente, de caráter essencial. Devem ser duradouras e capazes de acabar com perseguições, assim como o Estado de origem precisa demonstrar ter se reestruturado a ponto de ofertar proteção aos retornados.⁶⁵⁹ Joan Fitzpatrick enumera, nesse sentido, algumas condições para que se efetive o retorno. Cita que, inicialmente, a garantia de que os retornados terão seu direito de regressar respeitado pelo país de origem representa um primeiro passo. Lembra a autora que, numa etapa posterior, a existência de condições estruturais mínimas - acesso a água, alimento ou tratamento médico - e a implementação de defesas contra a discriminação são indispensáveis para um retorno que propicie segurança e dignidade para os antigos protegidos.⁶⁶⁰

Portanto, ao lado do direito soberano dos Estados-Membros retornarem os deslocados ao seu país de origem convive a obrigação de exame cuidadoso das condições de regresso.

⁶⁵⁶ O prazo máximo para efetivação da partida deverá ser de quatro semanas. Artigo 6(2). COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva...* Aqui, é bastante discutível a utilização do termo “voluntário” em um típico caso de retorno forçado.

⁶⁵⁷ Conforme artigos 7 e 14 da Proposta de Diretiva. (Ibidem).

⁶⁵⁸ ACNUR. *The state of worlds refugees: human displacement in new millennium*, 2006. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/template?page=publ&src=static/sowr2006/toceng.htm>> Acesso em: 16 set. 2006, p. 131.

⁶⁵⁹ HATHAWAY, *The right...*, p. 184.

⁶⁶⁰ FITZPATRICK, *Temporary...*, p. 301.

Como já frisamos anteriormente, qualquer precipitação nesse sentido pode significar um novo e indesejado êxodo de seres humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do direito de asilo na União Européia revela o grande fosso existente entre o discurso europeu relativo à proteção e à valorização dos direitos humanos ao redor do mundo e a realidade segundo a qual estrutura-se a proteção dos deslocados em território integrado. Levando em consideração a potencialidade de recursos humanos, técnicos e financeiros que a União Européia tem a sua disposição, é de estranhar o esforço, totalmente desproporcional, feito pela Comunidade para diminuir a taxas mínimas, o número de pessoas que recebe proteção e permanece em algum dos Estados-Membros.

Nossa análise demonstra que o princípio do *non-refoulement*, embora, plenamente integrado à legislação comunitária, dista muito de ser um eixo central para o sistema de proteção. Observamos que nem sempre é suficientemente clara a relação desse princípio com outros institutos de direito que ressoam na segurança dos refugiados. Quanto aos submetidos ao regime de Proteção Subsidiária, não há que se falar em proteção via *non-refoulement* e, por conseguinte, cria-se todo um desgaste causado pelo necessário recurso a outras normas e instituições internacionais. Já, no que tange à Proteção Temporária, é possível dizer que, de início, há um respeito pelo princípio genebrino. Submissão e deferência essas que, no entanto, ao final, podem transformar-se em um absoluto nada, se impedido acesso ao procedimento de reconhecimento da condição de refugiado.

O esboço do direito de asilo na União Européia não poderia ter sido traçado sem que tivéssemos feito referência à criação de amplos obstáculos à chegada dos deslocados forçados ao espaço comunitário. De fato, o temor de que grande número de refugiados chegue ao território da Comunidade impulsiona a criação de barreiras administrativas e da própria externalização dos controles de entrada. Contudo, ainda mais importante nessa temática, é a absoluta falta de discernimento entre as necessidades imediatas dos refugiados e o ímpeto dos migrantes de índole econômica.

Nesse sentido, a política de vistos e as sanções aos transportadores colocam a espada de Dâmocles sobre a cabeça dos refugiados que, não podendo esperar, socorrem-se dos contrabandistas ou acabam vítimas dos traficantes de seres humanos. Somente o total respeito pelo direito a buscar asilo no exterior e a criação de rotinas administrativas voltadas à concessão de vistos protetivos de entrada pode diminuir os impactos negativos dos controles à circulação internacional de pessoas.

Já, o complexo sistema de atribuição de responsabilidades pelo exame de um pedido de asilo, caminha *pari passu* com a ineficiência. Até mesmo o seu maior mérito, qual seja, a exigência de que um dos Estados-Membros tome para si a responsabilidade pela análise do mérito da solicitação de proteção acaba, ao final, voltando-se contra os refugiados. Primeiro, porque a estrutura quase “kafkiana” das regras de responsabilização sugere, quase sempre, que o encargo é de outro membro do espaço integrado, estimulando, não mais do que, minimamente, a assunção de responsabilidade. E, segundo, o Estado-Membro, para não deixar cair sobre si a obrigação, aumenta a vigilância sobre as fronteiras, sanciona transportadores e pugna, sempre, por uma restritiva política de vistos de entrada.

Imerso no mesmo contexto, está o sistema de reenvios a Estados terceiros, outra regulação que forma uma intrincada e quase, sub-reptícia, rede de transferência de responsabilidades. Aqui, é de lamentar o incerto futuro que aguarda os solicitantes de asilo que são reenviados. Podem, efetivamente, receber proteção adequada. Podem, também, não receber proteção alguma ou, em não rara hipótese, serem retornados ao país de origem. Nesse último caso, não há como mesurar as conseqüências que daí advêm.

Obedecendo aos ditames da política comunitária, é reduzido, a um mínimo, o âmbito da definição de refugiado da Convenção de Genebra. Legitimando esse estreitamento, surge a proteção de cunho subsidiário que, conquanto, não possa, jamais, ser qualificada de generosa, por vezes, sobrepõe-se ao regime genebrino. A conseqüência do debilitamento da Convenção de Genebra e da fragilidade do conceito de beneficiário de Proteção Subsidiária é a diminuição do número de reconhecimentos no espaço integrado. Se, no entanto, apresenta-se uma situação excepcional que, por sua magnitude e transparência, impeça o normal funcionamento do sistema de contenção comunitário, mudam-se, sem pudor, as regras do jogo. Aparece, então, a Proteção Temporária, sempre pronta a ser deflagrada ao menor sinal de êxodo significativo dirigido ao território da Comunidade.

Não podem ser desprezados os elementos procedimentais, pois, possuem esses, um importante papel na redução das taxas de reconhecimento dos pedidos de proteção. Provas, exigências, ônus a cargo do solicitante ou cláusulas como *safe country of origin* são instrumentos inerentes a um processo que busca menos encontrar a verdade e mais desconstituir a essência das petições. De diversa maneira pode, também, simplesmente, ser mais oportuno não legislar comunitariamente, como no caso dos marcos procedimentais da Proteção Subsidiária e da aplicação das cláusulas de exclusão.

De outra forma, é possível rastrear, nos direitos reconhecidos aos deslocados, as razões para a fragmentação dos regimes de proteção comunitários. Com efeito, são os refugiados *stricto sensu* aqueles que, na ótica comunitária, tendem a permanecer por mais tempo. Contam eles, também, com direitos melhor estruturados, o que implica, a seu tempo, em maiores custos. Portanto, não é desejável a estada de um refugiado genebrino.

Descendo à Proteção Subsidiária, encontramos lógica diversa, já que vinculada a critérios quantitativos e não qualitativos. A restrição, para esse regime, funda-se na “perfeita” sintonia deste com as realidades contemporâneas do deslocamento forçado. Assim, cria-se a ilusão de que grandes levas de seres humanos possam apresentar-se às portas da União Européia e, por sua específica condição, colocarem-se sob a égide do regime subsidiário, esgotando, assim, os restantes recursos do outrora Estado Social europeu. Logo, cabe à legislação comunitária reduzir os direitos destes e limitar, conjuntamente, a possibilidade de concessão do *status* subsidiário. O mesmo poderia ser dito em relação à Proteção Temporária, não fosse já da própria essência desta ofertar direitos em escala mínima.

Ou seja, essa estrutura de “castas” obedece a um objetivo de apartar os Estados-Membros do regime da Convenção de Genebra. Já que impossível afastar a incidência desta, em todos os casos, resta, como solução alternativa, cindir a proteção em diferentes formatos e, dessa forma, minorar as responsabilidades dos membros do espaço comunitário.

Qualquer que seja a opinião que se tenha sobre o real significado da União Européia, é impossível negar sua importância econômica e, muito especialmente, o seu caráter de herdeira do processo de pacificação e renovação da Europa. No entanto, em se tratando da atuação da União Européia frente ao direito de asilo, a situação é oposta. A falta de um regime

cooperativo entre os Estados-Membros cria um padrão comunitário cuja tônica é a contenção, o afastamento e a redução de direitos.

De certo modo, a União Européia reflete, no mais desenvolvido e próspero espaço do planeta, as realidades relativas à circulação internacional de pessoas. Há uma parcela, ainda que diminuta da população do globo, para a qual não existem fronteiras. Para os demais, resta a relação de tensão entre ilicitude, medo e esperança. Não era nossa intenção, nesse trabalho, perquirir quais as razões que levam a Europa integrada a resistir, de forma tão tenaz, à chegada de estrangeiros. Mas, reconhecemos, só talvez aí encontrássemos as verdadeiras raízes do atual tratamento dispensado aos refugiados e demais deslocados.

O direito de asilo é uma temática universal cujas origens e fundamentos são europeus. Porém, ao que parece, as novas e necessárias respostas relativas ao direito de asilo não estão na Europa comunitária.

REFERÊNCIAS

ABELL, Nazaré Albuquerque. The compatibility of readmission agreements with the 1951 Convention relating to the status of refugees. *International Journal of Refugee Law*, v. 11, n. 1, 1999. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 09 nov. 2004.

ACNUR. *Annotated comments on the EC council directive 2004/83/EC of 29 april 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who need international protection and the content of the protection granted*. 2005.

_____. Guidelines on international protection: an application of the exclusion clauses: article 1F of the 1951 Convention relating to the status of the refugees. *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 29 nov. 2005.

_____. Guidelines on international protection: cessation of refugee status under article 1C(5) and (6) of the refugee convention relating to the status of refugees (the “ceased circumstances” clauses). *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 22 nov. 2005.

_____. *Implementation of the Dublin convention: some UNHCR observations*.

_____. *Manual de procedimentos e critérios para determinar a condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*. 2004. Disponível em <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3391.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2005.

_____. *Refugee protection: a guide to international refugee law*. New york: United Nations High Comissioner for Refugees/Inter-Parliamentary Union, 2001.

_____. *Summary conclusions: cessation of refugee status*. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

_____. *Summary conclusions: family unity*. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

_____. *The Dublin II Regulation: a UNHCR discussion paper*. 2006. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/news/opedoc.htm?tbl=NEWS&page=home&id=446c83b52>> Acesso em 15 abr. 2006.

_____. *The state of worlds refugees: human displacement in new millennium*, 2006. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/template?page=publ&src=static/sowr2006/toceng.htm>> Acesso em: 16 set. 2006.

_____. *UNHCR: annotated comments on the EC council directive 2004/83 EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who need international protection and the content of protection granted*.

_____. *UNHCR's observations on the European Commission's proposal for a Council regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third country national (COM (2001) 447 final)*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home?id=search>> Acesso em: 12 maio 2005.

ACNUR. Comitê Executivo. Complementary forms of protection: their nature and relationship to the international refugee protection regime. *Refugee Survey Quarterly*, v. 19, n. 4, 2000. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 ago. 2005.

_____. *Conclusão n° 22 (XXXII)*. A proteção dos requerentes de asilo em situações de influxo em larga escala. 32. Sessão. 1981.

_____. *Conclusão n° 58 (XL)*. O problema dos refugiados e requerentes de asilo que deixam de modo irregular um país onde já tinham obtido proteção. 40ª Sessão. 1989.

_____. *Conclusão n° 69 (XLIII)*. Cessação do Estatuto. 43ª Sessão. 1992.

_____. International solidarity and burden-sharing in all its aspects: national, regional and international responsibilities for refugees. *Refugee Survey Quarterly*, v. 17, n 4, 1998. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 ago. 2005.

_____. Mechanisms of international cooperation to share responsibilities and burdens in mass influx situations. *Refugee Survey Quarterly*, v. 22, n. 2/3, 2003. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 mar. 2005.

ACNUR, OIM. Refugee protection and migration control: perspectives from UNHCR and IOM. *Refugee Survey Quarterly*, v. 22, n. 2/3, 2003. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 26 jul. 2006.

ADDO, Michael K.; GRIEF, Nicholas. Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights? *European Journal of International Law*, v. 9, n. 3, 1998. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vo19/No3/090510.pdf>> Acesso em: 2 ago. 2004.

AGA KHAN, Sadruddin. Legal problems relating to refugees and displaced persons. *Recueil des Cours*, Hague, v. 149, 1977.

ALLAN, Jean. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, v. 13, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 dez. 2004.

ALLEVELDT, Ralf. Protection against expulsion under article 3 of the European Convention on Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 4, 1993. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/vol4/No3/art3.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2004.

ANTUNES, Luís Pais. A liberdade de circulação e a segurança interna. In: VASCONCELOS, Alvaro de (Coord.). *Portugal no centro da Europa: propostas para uma reforma democrática do Tratado da União Européia*. Lisboa: Quetzal, 1995.

ARBUET-VIGNALLI, Heber. Asilo y refugio: concepto, naturaleza y vínculos con la soberanía. In: ARBUET-VIGNALLI, Heber; URIOSTE BRAGA, Fernando. FERNÁNDEZ LUZURIAGA, Wilson; PASTORINO, Ana María. *Estúdios sobre los institutos de asilo y refugio*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2005.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AUS, Jonathan P. *Eurodac: a solution looking for a problem*. Disponível em: <<http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2006/papers/wp0609.xml>> Acesso em 12 jul. 2006.

BALLOGH, Elémer. World peace and the refugee problem. *Recueil des Cours*, Hague, v. 75, 1949.

BARUTCISKI, Michael. Involuntary repatriation when refugee protection is no longer necessary: moving forward the 48th session of the Executive Comitee. *International Journal of Refugee Law*, v. 10, n. 1/2, 1998. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 dez. 2004.

BATISTA, Vanessa Oliveira. *União européia: livre circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BAUMAN, Zigmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BETTS, Alexander. *International cooperation between north and south to enhance refugee protection in regions of origin*. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/PDFs/RSCworkingpaper25.pdf>> Acesso em: 18 dez. 2005.

BOSWELL, Christina. The conflict between refugee rights and national interests: background and policy strategies. *Refugee Survey Quarterly*, v. 18, n 2, 1999. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 mar. 2005.

BOUETILLET-PAQUET, Daphné. Passing the buck: a critical analysis of the readmission policy implemented by the European Union and its Member States. *European Journal of Migration and Law*, v. 5, 2003.

BRINKMANN, Gisbert. The immigration and asylum agenda. *European Law Journal*, v. 10, n. 2, 2004.

BROLAN, Claire. An analysis of the human smuggling trade and the protocol against the smuggling of migrants by land, air and sea (2000) from a refugee protection perspective. *International Journal of Refugee Law*, v. 14, n. 4, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 mar. 2005.

BRUIN, René. Compelling grounds: a residence permit for severely traumatised persons? *European Journal of Migration and Law*, v. 8, n. 1, 2006.

BYRNE, Rosemary. Harmonization and burden redistribution in the two Europe's. *Journal of Refugee Studies*, v. 16, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 09 ago. 2005.

BYRNE, Rosemary; NOLL, Gregor; VEDSTED-HANSEN, Jens. Understanding refugee law in an enlarged European Union. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 mar. 2005.

BYRNE, Rosemary; SHACKNOVE, Andrew. The safe country notion in European asylum law. *Harvard Human Rights Journal*, Spring, 1996. Disponível em: <<http://www.refugeelawreader.org/index.d2?target=getpdf&id=474>> Acesso em: 11 jan. 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção do meio-ambiente e o direito internacional dos refugiados. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

CHIMNI, B. S. From resettlement to involuntary repatriation: towards a critical history of durable solutions to refugee problems. 1999. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3ae6a0c50.pdf>> Acesso em: 08 set. 2004.

CHOLEWINSKI, Ryszard. Borders and discrimination in the European Union. *Immigration Law Practitioner's Association*, 2002. Disponível em: <<http://www.ilpa.org.uk/publications/borders>> Acesso em: 15 dez. 2004.

COMISSÃO EUROPÉIA. Nuevo exame del convenio de dublin. *JO*, C 254 de 19 ago. 1997.

_____. *Proposta de Directiva do Conselho que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros e apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como normas mínimas relativas ao respectivo estatuto*: COM (2001) 510 Final. Bruxelas, 12 set. 2001.

_____. *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a normas de procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular*. COM (2005) 391 Final. Bruxelas, 1 set; 2005.

_____. *Proposta de Regulamento do Conselho Europeu que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro*. COM (2001) 447 Final. JO n° 304 E de 30/12/2001.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE AS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS. *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*. Informe de la Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales. 2004. Disponível em: <<http://www.gcim.org/mm/File/Spanish.pdf>> Acesso em: 23 abr. 2006.

CORCUERA CABEZUT, Santiago. Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado. In: ACNUR. Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados. San Jose, C. R.: Editorama, 2005.

COSTA, Rosa da. *Rights of the refugees in the context of integration: legal standards and recommendations*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/44bb90882.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2006.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEMUTH, Andreas. Some conceptual thoughts on migration. In: THEORETICAL and methodological issues in migration research. [s.l.]: Ashgate, 2000.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2005.

DOERFEL, Jan. The convention against torture and the protection of refugees. *Refugee Survey Quarterly*, v. 24, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 14 maio 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DURIEUX, Jean-François; MACADAM, Jane. Non-refoulement through the time: the case for a derogation clause to the refugee convention in mass influx emergencies. *International Journal of Refugee Law*, v. 16, n. 1, 2004. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 mar. 2005.

ECRE. *Ecre information note on the council directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status*. European Council on Refugees and Exiles, 2006. Disponível em: <<http://www.ecre.org/files/infnotprocdir.pdf>> Acesso em: 02 jan. 2007.

_____. *The application of the safe country of origin concept in Europe: an overview*. 2005. Disponível em: <<http://www.ecre.org/files/elenasco.pdf>> Acesso em: 05 mar. 2006.

_____. *The way forward: towards fair and efficient asylum systems in Europe*. 2005. Disponível em: <<http://www.ecre.org/positions/Wfssystemssum.pdf>> Acesso em: 09 jan. 2006.

EDWARDS, Alice. Human rights, refugees and the right “to enjoy” asylum. *International Journal of Refugee Law*, v. 17, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 nov. 2005.

ESTRANGEIRO. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualização Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIA, José Ângelo Estrella. *O Mercosul: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Subsecretaria geral de assuntos de integração, econômicos e comércio exterior. Núcleo de assessoramento técnico, 1993.

FELLER, Erika. Refugees are not migrants. *Refugee Survey Quarterly*, v. 24, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 8 fev. 2006.

FERNANDES, Carlos. *El asilo diplomatico*. México: Editorial Jus, 1970.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

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

_____. Regionalização e harmonização da definição de refugiado e dos procedimentos para a determinação da condição de refugiado no âmbito do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (org.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

FITZPATRICK, Joan. The post-exclusion phase: extradition, prosecution and expulsion. *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, 2000. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 nov. 2005.

_____. Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime. *American Journal of International Law*, v. 94, n. 2, apr. 2000.

FITZPATRICK, Joan. BONOAN, Rafael. Cessation of refugee protection. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University P; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

FORTIN, Antonio. Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration. In: ACNUR. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados*. San Jose, C. R.: Editorama, 2005.

_____. The meaning of "protection" in the refugee definition. *International Journal of Refugee Law*, v. 12, n. 4, 2001. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 15 nov. 2005.

GARLICK, Madeline. The EU discussions on extraterritorial processing: solution or conundrum? *International Journal of Refugee Law*, v. 18, n. 3/4, 2006. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 14 out. 2006.

GEDDES, Andrew. Asylum in Europe: states, the European Union and the international system. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 dez. 2005.

GIBNEY, Mark; TOMASEVSKI, Katarina; VESTED-HANSEN, Jens. Transnational state responsibility for violations of human rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 12, 1999.

GIL-BAZO, María-Teresa. The practice of Mediterranean states in the context of European's Union justice and home affairs external dimension. *International Journal of Refugee Law*, v. 18, n. 3/4, 2006. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2006.

GILBERT, Geoff. *Current issues in the application of the exclusion clauses*. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

_____. Is Europe living up to its obligations to refugees? *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, 2004. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol15/N05/5.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2004.

GOEDHART, G. J. Van Heuven. The problem of refugees. *Recueil des Cours*, Hague, v. 82, 1953.

GOODWIN-GILL, GUY S. Article 31 of the 1951 convention relating to the status of refugees: non-penalization, detention and protection. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University Press; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

_____. The international protection of refugees: what future? *International Journal of Refugee Law*, v. 12, n. 1, 2000. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004.

_____. *The refugee in international law*. 2. ed. New York: Claredon, 1996.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAHL-MADSEN, Atle. *Commentary on the refugee convention 1951*. New York: United Nations High Commissioner for Refugees. 1997. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/publ/opendoc.pdf?tbl=PUBL&id=3d4ab5fb9>> Acesso em: 22 maio 2005.

GRAHL-MADSEN, Atle. *Territorial asylum*. Estocolmo: Almqvist, Wiksel International, 1980.

GRAMEGNA, Marco. Human trafficking in Europe. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 dez. 2005.

GROENENDIJK, Kees. Reinstatement of controls at the internal borders of Europe: why and against whom? *European Law Journal*, v. 10, n. 2, 2004.

GROTIUS. Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 2.

_____. _____. Tradução Ciro Mioranza. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. v.1.

GUILD, Elspeth. Moving the borders of Europe. *Inaugural lecture at University of Nijmegen*, 30 may 2001. Disponível em: <<http://www.refugeelawreader.org/index.d2?target=getpdf&id=389>> Acesso em: 3 maio 2006.

GUIRAUDON, Virginie. Before the EU border: remote control of the “huddled masses”. In: *IN SEARCH of Europe’s borders*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Canadá: Butterworths, 1991.

_____. The meaning of repatriation. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n. 4, 1997. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 10 abr. 2005.

_____. The right of states to repatriate former refugees. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 20, n. 1, 2005.

HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. International protection/relocation/flight alternative as an aspect of refugee status determination. In: *REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection*. Cambridge Cambridge University, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. The causal connection (“nexus”) to a convention ground. *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n 3, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004.

HATHAWAY, James C.; NEVE, R. Alexander. Making international refugee law relevant again: a proposal for collectivized and solution-oriented protection. *Harvard Human Rights Journal*, v. 10, Spring 1997.

HAYDEN, Bridget. What's in a name? the nature of the individual in refugee studies. *Journal of Refugee Studies*, v. 19, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 9 out. 2006.

HEAR, Nicholas Van; CRISP, Jeff. Refugee protection and immigration control: addressing the asylum dilemma. *Refugee Survey Quarterly*, v. 17, n. 3, 1998. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 08 nov. 2004.

HELTON, Arthur C. Legal dimensions of responses to complex humanitarian emergencies. *International Journal of Refugee Law*, v. 10, n. 3, 1998. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. 2. ed. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLBORN, Louise W. The legal status of political refugees (1921-1938). *American Journal of International Law*, v. 32, n. 4, 1938.

HUMAN rights watch acusa a Espanha de no permitir que los inmigrantes ilegales soliciten asilo político. Disponível em: <<http://www.elpais.com/>> Acesso em: 12 jan. 2007.

HURVITZ, Agnes. The 1990 Dublin Convention: a comprehensive assessment. *International Journal of Refugee Law*, v. 11, n 4, 1999. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004.

JAEGER JUNIOR. Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000.

JASSON, Chiara. The challenge of european identity. *Refugee Survey Quarterly*, v. 20, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://rsq.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 8 nov. 2004.

JASTRAM, Kate. NEWLAND, Kathleen. Family unity and refugee protection. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr's global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo (Coord.). *Derecho internacional público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1989.

JOLY, Daniele; NETTLETON, Clive; POULTON, Hugh. *Refugees: asylum in Europe?* [s.l.]: Minority Rights, 1992.

JONG, Cornelis D. de. Elements for a more effective European Union response to situations of mass influx. *International Journal of Refugee Law*, v. 8, n 12, 1996. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004.

KAPFERER, Sybille. Exclusion clauses in Europe – a comparative overview of state practice in France, Belgium and the United Kingdom. *International Journal of Refugee Law*, v. 12, 2000. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 18 out. 2004.

KEANE, David. The environmental causes and consequences of migration: a search for the meaning of “environmental refugees”. *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 16, n. 2, Winter 2004.

KELLEY, Ninette. Internal flight/relocation/protection alternative: is it reasonable? *International Journal of Refugee Law*, v. 14, n 1, 2002. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 03 maio 2005.

KENIA cierra sus fronteras con Somália para evitar la entrada de los islamistas derrocados. *El País*, 04 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.elpais.com/>>. Acesso em 04.01.2007.

KERBER, Karoline. Temporary protection an assessment of the harmonization policies of European Union member states. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n 3, 1997. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 13 mar. 2005.

KERBER, Karoline. The temporary protection directive. *European Journal of Migration and Law*, v. 4, 2002.

KOCK, Mark de. O direito de asilo em direito positivo belga. In: MANIFESTO de Bruxelas: asilo político e extradição. Guanabara: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, 1974.

KOSER, Khalid. Asylum policies, trafficking and vulnerability. *International Migration*, Special Issue 1, 2000. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 jun. 2005

_____. New approaches to asylum? *International Migration*, v. 39, n 6, 2001. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 jun. 2005.

KOSER, Khalid; BLACK, Richard. Limits to harmonization: the “temporary protection” of refugees in the European Union. *International Migration*, v. 37, n. 3, 1999. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 jun. 2005.

KOSER, Khalid; WALSH, Martha; BLACK, Richard. Temporary protection and the assisted return of refugees from the European Union. *International Journal of Refugee Law*, v. 10, n. 3, 1998. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 17 set. 2005.

KOULICHER, Georges. *La no devolución dos los refugiados: fuerza y fragilidad de un principio vital*. Décimo Curso de Direito Internacional: Comitê Jurídico Interamericano. Rio de Janeiro, 1984.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1987.

KUIJPER, Pieter Jan. The evolution of the third pillar from Maastricht to the European constitution: institutional aspects. *Common Market Law Review*, v. 41, 2004.

KWAKWA, Edward. Article 1(f)(c): acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. *International Journal of Refugee Law*, v. 12, 2000. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 11 set. 2005.

LAMBÉRT, Héléne. Building a European asylum policy under the “first pillar” of the consolidated treaty establishing the European Community. *International Journal of Refugee Law*, v. 11, n. 2, 1999. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 10 ago. 2005.

LARSAEUS, Nina. The relationship between safe-guarding internal security and complying with international obligations of protection. The unresolved issue of excluded asylum seekers. *Nordic Journal of International Law*, n. 73, 2004.

LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel. The scope and content of the principle of non-refoulement. In: REFUGEE protection in international law: Unhcr’s global consultations on international protection. Cambridge: Cambridge University; UNHCR, 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cgi-bin/texis/vtx/publ?id=41a1b51c6>> Acesso em: 15 set. 2005.

LAUTERPACHT, H. The international protection of human rights. *Recueil des Cours*, v. 70.1947.

LEGOMSKY, Stephen. Secondary refugee movements and the return of asylum seekers to third countries: the meaning of effective protection. *International Journal of Refugee Law*, v. 15, n. 4, 2003. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 11 dez. 2005.

LEITE, Jorge de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, Maria Teresa de Carcomo. *Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Européia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

LOHRMANN, Richard. Migrants, refugees and insecurity. Currents threats to peace? *International Migration*, v. 38, n. 4, 2000. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 . 2005

LOPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. Madrid: Trotta, 1991.

LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Non- refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória de estrangeiros. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MANDAL, Ruma. *Protection mechanisms outside of the 1951 Convention (“complementary protection”)*. United Nations of High Comissioner for Refugees, 2005. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protect>> Acesso em: 09 jan. 2006.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la union europea*. 4. ed. Espanha: Tecnos, 2004.

MARIÑO MENENDEZ, Fernando M. *Derecho internacional público*. 2 ed. Madrid: Trotta, 1995.

MARTIN, André Roberto. *Fronteiras e nações*. São Paulo: Contexto, 1992.

MARTIN, David A. Large-scale migrations of asylum seekers. *American Journal of International Law*, v. 76, n. 3, 1982.

MARTÍNEZ VIADEMONTÉ, José Agustín. *El derecho de asilo y el regimen internacional de refugiados*. Mexico: Ediciones Botas, 1961.

MATHEW, Penélope. Legal issues concerning interception. *Georgetown Immigration Law Journal*, v. 17, 2003.

MAZRUI, Ali A. Islamic and western values. *Foreign Affairs*, sept./oct. 1997.

McADAM, Jane. The European Union qualification directive: the creation of a subsidiary protection regime. *International Journal of Refugee Law*, v. 17, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 11 out. 2005.

McKEAN, W. A. The meaning of discrimination in international and municipal law. In: THE BRITISH Year Book of International Law, 1970. London: Oxford University, 1971.

MELONI, Annalisa. The development of a common visa policy under the Treaty of Amsterdam. *Common Market Law Review*, n. 42, 2005.

MILLBANK, Adrienne. *The problem with the 1951 Refugee Convention*. Research Paper 5, 2000-2001. Disponível em: <<http://www.aph.gov.au/LIBRARY/pubs/rp/2000-01/01rp05.htm>>. Acesso em 22.09.2005.

MILNER, David. Exemption from cessation of refugee status in the second sentence of article 1C(5)/(6) of the refugee convention. *International Journal of Refugee Law*, v. 16, n. 1, 2004. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 10 ago. 2005.

MINAMI, Toshifumi. The refugee convention and private international law. *The Japanese Annual of International Law*, n. 26, 1983.

MOORE, Jennifer. Whiter the accountability theory: second-class status for third-party refugees as a threat to international refugee protection. *International Journal of Refugee Law*, v. 13, n. 1/2, 2001. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 13 ago. 2005.

MORGENSTERN, Felice. The right of asylum. In: THE BRITISH year book of international law. London: Oxford University, 1949.

MOSLER, Hermann. The international society as legal community. *Recueil des Cours*, Hague, v. 140, 1974.

NASCIMENTO e SILVA. Geraldo Eulálio do; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEUMAYER, Eric. Asylum destination choice: what makes some west European countries more attractive than others. *European Union Politics*, v. 5, n. 2, 2004.

NOLL, Gregor. *From protective passports to protected entry procedures? The legacy of Raoul Wallenberg in the contemporary asylum debate.* 2003. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3fd731964.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2005.

_____. Rejected asylum seekers: the problem of return. *International Migration*, v. 37, n. 1, 1999. Disponível em: <<http://www.blackwell.synergy.com/loi/imig?cookieset=1>> Acesso em: 27 jun. 2005.

_____. Seeking asylum at embassies: a right to entry under international law? *International Journal of Refugee Law*, v. 17, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 28 nov. 2005.

_____. The non-admission and return of protection seekers in Germany. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 17 mar. 2005.

NOLL, Gregor; FAGERLUND, Jessica. Safe avenues to asylum? The actual and potential role of EU diplomatic representations in processing asylum requests. Final Report. Dinamarca: Danish Centre for Human rights, 2002.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el cono sur. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PAPADIMITRIOU, Panayotis N. The new “dubliners”: implementation of European Council regulation 343/2003 (Dublin II) by the greek authorities. *Journal of Refugee Studies*, v. 18, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 09 dez. 2005.

PERAL, Luís. Limites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la region de origen y cierre de fronteras europeas. *Revista Eletronica de Estudios Internacionales*, n. 11, 2006. Disponível em: <<http://www.reei.org>> Acesso em: 26 ago. 2006.

PIOTROWICZ, Ryszard; VAN ECK, Carina. Subsidiary protection and primary rights. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PODKUL, Jennifer. Domestic violence in the United States and its effect on U.S. asylum law. *Human Rights Brief*, v. 12, n. 2, winter 2005.

QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público.* 2. ed. Tradução Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

RANKIN, Micah Bond. *Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OUA refugee definition thirty years on*. Disponível em: <<http://www.unchr.org/research/RESEARCH/425f71a42.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2006.

REALE, Égídio. *Le droit d'asile. Recueil des Cours*, Hague, v. 63, 1938.

REFOULEMENT. In: FARIA E SOUSA, Manuel; MAGALHÃES, Calvet de. *Dicionário trilingue*. Lisboa: Confluência, [s.d.]

REFOULEMENT. In: UNION ACADEMIQUE INTERNATIONALE. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*. Paris: Sirey, 1960.

REFOULER. In: AZEVEDO, Domingos de. *Grande dicionário francês-português*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1952.

REUT-NICOLUSSI, E. Displaced persons and international law. *Recueil des Cours*, Hague, v. 73, 1948.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Patrícia Henrique. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e as normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROBINSON, Nehemiah. Convention relating to the status of stateless persons: its history and interpretation. *Institute of Jewish Affairs*, 1997. Disponível em: <<http://www.unchr.org/cgibin/texis/vtx/publ/opendoc.pdf?tbl=PUBL&id=3d4ab67f4>> Acesso em: 07 set. 2005.

ROJO, Raul. *A ficção jurídica do refúgio*. Versão escrita da palestra proferida pelo autor no evento organizado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul “O papel da ONU na defesa dos direitos humanos: a proteção dos refugiados” no dia 31 de Maio de 2006, nas dependências da Faculdade de Direito da UFRGS.

RUTINWA, Bonaventure. *Prima facie status and refugee protection*. New issues in refugee research. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3db9636c4.pdf>> Acesso em: 05 . 2004.

SAN JUAN, Cesar Walter; MANLY, Mark. El asilo y la protección internacional de los refugiados en America Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. In: ACNUR. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en américa latina*. San José, C. R.: Editorama, 2004.

SAUL, Ben. Attempts to define terrorism in international law. *Netherlands International Law Review*, 52, 2005.

SHACKNOVE, Andrew E. Who is a refugee? *Ethics*, v. 95, n. 2, jan. 1985.

SHIMADA, Yukio. The concept of the political refugee in international law. *The Japanese Annual of International Law*, n. 19, 1975.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualização Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2004.

SUHRKE, Astri. Burden-sharing during refugee emergencies: the logic of collective versus national action. *Journal of Refugee Studies*, v. 11, n 4, 1998. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 09 nov. 2004.

TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mônica. *La union europea*, 5. ed. Madrid: Alianza, 2002.

TAYLOR, Savitry. Protection Elsewhere/Nowhere. *International Journal of Refugee Law*, v. 18, 2006. Disponível em: <<http://ijrl.oxford.journals.org/>> Acesso em: 28 jun. 2006.

THE DUBLIN convention: study on its implementation in the 15 members states of the European Union. Comissão Europeia; Danish Refugee Council, 2001. Disponível em: <<http://www.drc.dk/>> Acesso em: 3 set. 2004.

THIELEMANN, Eiko R. Between interests and norms: explaining burden-sharing in the European Union. *Journal of Refugee Studies*, v. 16, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 09 nov. 2004.

THIELEMANN, Eiko R. *Burden-sharing: the international politics of refugee protection*. 2006. Disponível em: <<http://www.ccis-ucsd.org/PUBLICATIONS/wrkg134.pdf>> Acesso em: 14 set. 2006.

TORRES GIGENA, Carlos. *Asilo diplomático*. Buenos Aires: La ley, 1960.

TROELLER, Gary G. *Refugees in contemporary international relations: reconciling state and individual sovereignty*. 2003. Disponível em: <www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/research/opendoc.pdf?tbl=RESEARCH&ID=3E71F1B64> Acesso em: 29 out. 2004.

TUEPKER, Anais. On the threshold of África: OUA and UN definitions in South África asylum practice. *Journal of Refugee Studies*, v. 15, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://jrs.oxfordjournals.org/>> Acesso em: 10 nov. 2004.

TURTON, David. *Conceptualizing forced migration*. Oxford: Refugee Studies Centre, University of Oxford. 2003. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/PDFs/workingpaper12.pdf>> Acesso: 12 ago. 2004.

UÇARER, Emek M. Managing asylum and european integration: expanding spheres of exclusion? *International Studies Perspective*, v. 2, n. 3, 2001.

URIOSTE BRAGA, Fernando. PASTORINO, Ana María. La protección de los refugiados. estudio del caso: Haiti-Estados Unidos. In: ARBUET-VIGNALLI, Heber; URIOSTE BRAGA, Fernando. FERNÁNDEZ LUZURIAGA, Wilson; PASTORINO, Ana María.

Estúdios sobre los institutos de asilo y refugio. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2005.

VEDSTED-HANSEN, Jens. An analysis of the requirements for voluntary repatriation. *International Journal of Refugee Law*, v. 9, n. 4, 1997. Disponível em: <http://ijrl.oxford.journals.org/> Acesso em: 28 nov. 2005.

VEDSTED-HANSEN, Jens. Europe's response to the arrival of asylum-seekers: refugee protection and immigration control. 1999. Disponível em: <http://www.jha.ac/articles/u0006.pdf> Acesso em: 27 jun. 2004.

VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri: Manole, 2003.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Traducción Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1982.

VIEIRA, Manuel Adolfo. *Derecho de asilo diplomatico (asilo politico)*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1961.