

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA

Liliana Lyra Jubilut
Fernanda de Magalhães Dias Frinhani
Rachel de Oliveira Lopes
Organizadoras

Migrantes Forçad@s: Conceitos e Contextos

Alex Barcelos Monaiar
Andrew Flávio Zanelato Ferreira
Aryadne Bittencourt Waldely
Bernardo Adame Abrahão
Cainã Domit Vieira
Christiana Galvão Ferreira de Freitas
Daniela Florêncio da Silva
Danielle Annoni
Dina Araújo
Duval Magalhães Fernandes
Eliana Miura Zucchi
Emmanuel Brasil
Estela Cristina Vieira de Siqueira
Fabiano Lourenço de Menezes
Fabício Toledo de Souza
Fernanda de Salles Cavedon Capdeville
Gabriela Mezzanotti
Giuliana Redin
Gustavo Simões
Isabelle Dias Carneiro Santos
João Carlos Jarochinski Silva
Jonathan Percivalle de Andrade
José Antonio Peres Gediél
José Blanes Sala
José Carlos Loureiro da Silva
Julia Bertino Moreira

Laura Madrid Sartoretto
Leonardo Cavalcanti
Lilian Yamamoto
Lucia Bógus
Luis Felipe Aires Magalhães
Luís Renato Vedovato
Melissa Martins Casagrande
Mônica Duarte
Patrícia Rodrigues Costa de Sá
Patrícia Nabuco Martuscelli
Paula Zambelli Salgado Brasil
Paula Pimenta Maçoso Nunes
Raul Felix Barbosa
Ricardo Burrattino Felix
Roberta Camineiro Baggio
Rosana Baeninger
Rosilandy Carina Cândido Lapa
Silvia Régina Viodres Inoue
Tainan Henrique Siqueira
Tatiana Chang Waldman
Vanessa Celano Tarantini
Vanessa Vasques Assis
Victor Augusto Mendes
Vítor Lopes Andrade
Viviane Mazine Rodrigues



EDUFRR

Boa Vista - RR

2018

Copyright © 2018
Editora da Universidade Federal de Roraima

Todos os direitos reservados ao autor, na forma da Lei.

A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais (Lei n. 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Revisão Ortográfica

Autores

Projeto Gráfico

Derick Lucas B. Figueiredo

Diagramação

Derick Lucas B. Figueiredo

Capa

Derick Lucas B. Figueiredo

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
Biblioteca Central da Universidade Federal de Roraima

M634 Migrantes forçados: conceitos e contextos / Liliana Lyra Jubilut, Fernanda de Magalhães Dias Frinhani, Rachel de Oliveira Lopes, organizadoras. – Boa Vista, RR : Editora da UFRR, 2018.

890 p. : il.

ISBN 978-85-8288-161-3

1 – Migrações. I – Título. II – Jubilut, Liliana Lyra (organizadora). III – Frinhani, Fernanda de Magalhães Dias (organizadora). III – Lopes, Rachel de Oliveira (organizadora).

CDU – 325.14/.2

Ficha Catalográfica elaborada pela: Bibliotecária/Documentalista:

Marcilene Feio Lima - CRB-11/507-AM

A exatidão das informações, conceitos e opiniões é de exclusiva responsabilidade dos autores

A Definição de Refugiado na Convenção de 1951: limites e avanços na proteção internacional

Roberta Camineiro Baggio*
Laura Madrid Sartoretto**

Introdução

A expressão “refugiado”, é um termo de arte, isso é, seu conteúdo é estabelecido de acordo com princípios do direito internacional, pelo consenso dos países negociadores da Convenção de 1951 Relativa ao *Status* dos Refugiados (Convenção de 1951)¹⁵⁷ e não fruto de ontologia. Esse termo tem origens nos princípios que inspiraram a Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade¹⁵⁸, pois todo o indivíduo,

* Professora Adjunta da Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foi conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça de 24 maio de 2007 até 31 de agosto de 2016. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFRGS.

** Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Internacional Público pela University College London (UCL). Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFRGS, Fórum de Mobilidade Humana-RS. Advogada do Grupo de Assessoria Jurídica a Migrantes e Refugiados - GAIRE/UFRGS. Especialista em direito internacional público e direitos humanos. Professora na Faculdade Porto Alegre (FAPA).

¹⁵⁷ UNHCR. *World at War: UNHCR Global Trends Forced Displacement in 2014*. Disponível em: <<http://unhcr.org/556725e69.html>> Acesso em: 18 mar. 2015.

¹⁵⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 113-4.

para ter uma vida plena, deveria gozar da proteção de Estados que respeitassem esses três princípios, para que seus direitos fundamentais básicos fossem respeitados.

A construção de um arcabouço jurídico que protegesse o direito dos refugiados foi uma necessidade imposta ao continente europeu, já que o limbo no qual os migrantes forçados se encontravam, após a 2ª Guerra Mundial, prejudicava a ordem desejada pelos Estados. O caos gerado por migrantes não assistidos pelos próprios Estados, em razão da falta de proteção diplomática e da falta de acordos bilaterais de recepção, impulsionou o continente europeu no engajamento da discussão acerca da construção de um sistema de proteção, àquela época, destinado apenas a refugiados provenientes de países europeus, através da atuação da comunidade internacional e da Organização das Nações Unidas (ONU), recém criada para suceder a Liga das Nações.

A própria criação de um sistema legal que contivesse uma definição limitada do conceito de refugiado daria aos Estados a possibilidade de negar a entrada, em seus territórios, de pessoas que não se enquadrassem nessa definição. O discurso da comunidade internacional era de mais proteção às pessoas em situação de migração forçada, mas a intenção dos Estados, desde o início, foi a de limitar e escolher, através de uma definição estrita, quem poderia ou não se estabelecer dentro das fronteiras de seus territórios¹⁵⁹.

¹⁵⁹ HATHAWAY, James. A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law. In: Helene Lambert (ed.). *International Refugee Law*, London: Ashgate Publishing, 2010, 2005, p. 85.

Nesse contexto, a definição de refúgio prevista na Convenção de 1951 representa o *mínimo denominador comum* sobre o qual os Estados puderam pactuar para proteger refugiados europeus, produzidos antes da 2ª Guerra Mundial. A definição clássica de refúgio foi atualizada em 1967, com a adoção do Protocolo Adicional de Nova York, que levantou as cláusulas temporal e geográfica contida em seu texto, ainda assim, essa definição é restrita e deixa de fora a proteção de pessoas que sofrem novas formas de deslocamento forçado no mundo.

Esse trabalho, a partir de uma análise dos *travaux préparatoires* da Convenção de 1951, procura fazer uma análise do restrito conteúdo da definição de refugiado nela apresentada, principalmente no que se refere às categorias protegidas pela definição, e demonstrar que existe espaço, em decisões recentes de admissibilidade de solicitações de refúgio, para uma interpretação ampliada das categorias protegidas pela Convenção.

1. Os Trabalhos Preparatórios e a Construção do Refugiado na Normativa Internacional

De acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, os trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*) têm um papel subsidiário na interpretação dos tratados e convenções internacionais¹⁶⁰, eles contam a his-

¹⁶⁰ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Artigo 32 “Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”.

tória e evidenciam contexto político das conferências que antecedem a adoção desses instrumentos. O direito internacional é construído através da negociação por parte de delegações e plenipotenciários de países que representam valores e culturas muito diversas. Esses agentes devem chegar a um consenso mínimo para que a norma negociada possa vigorar em instrumentos que se pretendem universais. Em razão disso, o estudo da história da elaboração de uma convenção ou tratado internacional, através de seus trabalhos preparatórios, oferece uma rica imagem da intenção dos negociadores à época da formulação do instrumento em questão, ou seja, da Convenção de 1951¹⁶¹.

A iniciativa de criar um órgão sob o auspício da ONU, para cuidar das questões relacionadas ao fluxo forçado de pessoas, especificamente de refugiados, trouxe a necessidade da elaboração de um instrumento que pudesse conter definições, garantias, procedimentos e outras normas relativas à concessão de proteção internacional às pessoas em fuga.

Com essa incumbência, o Conselho Econômico e Social, instado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, solicitou que o Secretário Geral da Organização produzisse estudos relacionados à proteção de pessoas apátridas, através da formação de um comitê *ad hoc*¹⁶².

¹⁶¹ Trabalhos preparatórios podem ser representados por documentos, procedimentos em conferências, grupos de trabalho, comitês, relatórios de enviados especiais, projetos de normas com comentários, dentre outros documentos. (RAISCH, Marylin. *Travaux Preparatoires and United Nations Treaties or Conventions: Using the Web Wisely. International Law Journal*, v. 30, 2002, p. 326-7).

¹⁶² WALKER, Kirsten. *Defending the 1951 Convention Definition on Refugee. Georgetown Immigration Law Journal*, v. 17, 2002-3, p. 591.

Nesse estudo, o Secretário Geral pediu que se construísse, a partir de um levantamento de observações feitas pelos Estados, uma convenção que contivesse a definição do termo refugiado.

Assim, o Comitê *ad hoc* para Apátridas e Problemas Relacionados foi criado, com a presença de 13 Estados-membros: Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, França, Itália, Polônia, Turquia, União Soviética, Reino Unido, Estados Unidos e Venezuela. Esse Comitê se reuniu de 16 de janeiro a 16 de fevereiro de 1950. Desses encontros, nasceu o primeiro projeto de convenção relativa ao *status* dos refugiados. Esse projeto foi analisado pelas conferências de plenipotenciários que, no final de 1951, chegaram a um texto final de convenção. Essa convenção substituiria todos os acordos existentes anteriormente sobre o assunto e teria, portanto, caráter universal.

A definição de refugiado, ainda no período anterior à assinatura da Convenção de 1951, era a questão que mais preocupava os membros do Comitê *ad hoc*; tanto é assim que o órgão recomendou expressamente aos governos participantes da Conferência de Plenipotenciários que, ao analisarem o projeto da Convenção, levassem em conta, “em particular, o texto da definição de refugiado” produzida no âmbito do Comitê. A conferência de plenipotenciários realizada em Genebra, de 2 a 25 de julho de 1951, contou com a presença de 26 representantes de Estados¹⁶³.

¹⁶³ São eles: Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colômbia, Dinamarca, Egito, França, Alemanha, Grécia, Santa Sé, Iraque, Israel, Itália, Luxemburgo, Mônaco, Holanda, Noruega, Suécia, Suíça (que também representou Liechtenstein), Turquia, Reino Unido, EUA, Venezuela, Iugoslávia. Cuba e Irã participaram como observadores.

Em 25 de julho de 1951, a Conferencia adotou a Convenção de Genebra Relativa ao *Status* dos Refugiados¹⁶⁴.

Os trabalhos preparatórios da Convenção de 1951 revelam que grande parte das discussões ocorridas nas conferências que precederam sua adoção se deu em torno da definição de refugiado, sobretudo no que se refere às limitações temporais e geográficas previstas no texto. Isso antecipou a discussão que o continente africano faria mais tarde, em meados da década de 1960, em relação à elaboração de um instrumento de proteção a refugiados que abarcasse a realidade de deslocamento forçado daquela região. Na América Latina essa discussão não foi necessária, já que em 1984, quando foi adotada a Declaração de Cartagena, o Protocolo de 1967, instrumento que levantou as limitações geográficas e temporais da Convenção de 1951, já havia entrado em vigor há mais de uma década¹⁶⁵.

O Comitê *ad hoc*, já no início do processo de discussão sobre a definição de refugiados, entendeu que os Estados não estavam dispostos a adotar um conceito amplo de refúgio. Em relatos dos encontros do Comitê, é possível encontrar evidências claras dessa preocupação. Apesar de a delegação italiana ter proposto uma definição mais ampla do conceito de refugiado, delegações como a do Egito e da França não estavam dispostas a assumir um compromisso vinculante no

¹⁶⁴ UNHCR. *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, 1990, p. 5. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>>. Acesso em: 3 set. 2016.

¹⁶⁵ Aspectos particulares referentes aos instrumentos regionais de proteção acima mencionados, a Convenção dos Refugiados da OUA e a Declaração de Cartagena, serão discutidos no Capítulo II deste trabalho.

plano internacional que estabelecesse uma definição que lhes parecia um cheque em branco no que se refere às categorias de pessoas abrangidas pela Convenção¹⁶⁶.

Os representantes dos Estados tinham preocupações com a capacidade de *absorção* dos refugiados em seus territórios e com possíveis problemas de integração. Isso fica claro nas intervenções do delegado sueco, que ressaltou que “a Suécia era um país de refúgio [...] mas o fato de que sua capacidade de absorção de refugiados em grandes números era limitada, deveria ser lavado em consideração”¹⁶⁷. Já o representante italiano referiu que “as intenções, ainda que boas e humanitárias, deveriam respeitar os limites das possibilidades políticas”¹⁶⁸. A delegação da Turquia afirmou que “se a definição de refugiado fosse muito ampla, isso envolveria uma obrigação por parte dos Estados firmatários de admitir nos seus territórios refugiados os quais eles não estavam em posição de receber naquela época”¹⁶⁹.

¹⁶⁶ UNHCR. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR.19 (1951). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cda4.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015. Cf. também *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees And Stateless Persons*, U.N. GAOR, 22nd mtg., at II, U.N. Doc. A/Conf.2/SR.22 (1951). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cde10.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁶⁷ UNHCR. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR.19 (1951). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cda4.html>> Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ UNHCR. *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*, U.N. ESCOR, 3d mtg., at 7, U.N. Doc. E/AC.32/SR.3 (1950). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cdc8.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

O Líbano também defendeu a definição limitada de refúgio, principalmente em função da crescente migração de refugiados palestinos para aquele país, depois da criação do Estado de Israel, em 1948. O delegado aduziu que o país embora densamente povoado, sempre havia sido um país hospitaleiro, mas que estava com dificuldades nas condições de recepção em razão da migração palestina¹⁷⁰. Interessante mencionar, porém, que passados mais de 60 anos da data dessa declaração, o Líbano, apesar do território reduzido, da densa população e das condições econômicas precárias, segue recebendo, de forma generosa, um grande número de refugiados, principalmente palestinos e cidadãos oriundos da Síria colapsada. Cerca de vinte por cento da população residente no Líbano é imigrante, e esse número tende a crescer em função do deslocamento contínuo de sírios para o país¹⁷¹.

Indo ao encontro do pensamento da esmagadora maioria dos Estados, o presidente do Comitê *ad hoc*, sustentou que:

The Convention drawn up by the Committee shall prove to be acceptable to the majority of States. The current conditions of the world must therefore be taken into account and a sense of realism must be adopted in the choice of the most appropriate proposal among those [proposals] submitted. It does not appear that the world,

¹⁷⁰ Em 2014, o Líbano passou a ser o terceiro país em número de refugiados recebidos, cerca de 1.15 milhões, praticamente um quarto de sua população corresponde a migrantes (UNHCR. *World at War: UNHCR Global Trends Forced Displacement in 2014*, p. 3. Disponível em: <<http://unhcr.org/556725e69.html>> Acesso em: 18 mar. 2015).

¹⁷¹ Ibid.

*as it now stands, is in a position to accept the proposals submitted by the United Kingdom, despite the highly humanitarian spirit that motivated them*¹⁷².

França e Reino Unido propugnaram por uma definição mais abrangente do termo refugiado. O representante do Reino Unido na conferência de plenipotenciários alegou que seu país era a favor de uma definição mais ampla possível, não por uma razão egoísta, já que o Reino Unido é um território insular, [por isso de difícil acesso a imigrantes], mas porque acreditava que todas as pessoas perseguidas deveriam ser protegidas¹⁷³.

Entretanto, Organizações Não Governamentais (ONGs) que participaram do processo alegaram que a impressão que tinham é de que a Conferência estava sendo realizada com a intenção de proteger “a soberania dos pobres Estados” em detrimento dos “terríveis refugiados”¹⁷⁴. O representante das agências voluntárias que trabalhavam

¹⁷² “A Convenção elaborada pelo Comitê deve se provar aceitável para a maioria dos Estados. As condições atuais do mundo devem, portanto, ser levadas em conta e **um sentido de realismo deve ser adotado na escolha da proposta mais adequada dentre aquelas [propostas] submetidas**. Não parece que o mundo, como ele se mostra atualmente, está em posição de aceitar as propostas submetidas pelo Reino Unido, a despeito do espírito altamente humanitário que as motivou (UNHCR. *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*, ESCOR, 5TH mtg., at 13, U.N. Doc. E/AC.32/SR.5 (1950) (discurso do Presidente.). (tradução livre e grifo acrescido).

¹⁷³ UNHCR. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR. 19 (1951). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cda4.html>> Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁷⁴ UNHCR. *ESCOR, at 5, U.N. Doc. E/CONF.2/SR.19* (1948) (discurso de Sr. Rees). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cda4.html%3e%20>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

com refugiados expressou a visão de que quem assistisse às conferências para a formulação da Convenção de 1951 teria a impressão de que os refugiados seriam comparáveis a um “*a black marketeer in currency, a bankrupt, a dangerous criminal, an enemy agent, a menace to the labour market and a person unfit for higher education*”¹⁷⁵.

Muitas delegações e organizações se preocuparam com as questões de discriminação, já que as cláusulas geográfica e temporal impunham a proibição da assistência a refugiados provenientes de outros lugares do mundo, mas a definição que prevaleceu, pelo menos até 1967, com a adoção do Protocolo de Nova York, foi aquela que consagra apenas refugiados europeus, oriundos de incidentes anteriores à 1951, bem como aqueles que se enquadravam nas limitadas categorias de raça, nacionalidade, religião, grupo social e opinião política¹⁷⁶.

Nesse contexto de limitação e de desacordo entre os Estados representados nas Conferências de Plenipotenciá-

¹⁷⁵ “[...] traficante, ou um arruinado, um criminoso perigoso, um agente inimigo ou uma ameaça ao mercado de trabalho e não apto a receber uma educação apropriada” (UNHCR. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR. 19 (1951). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cda4.html>> Acesso em: 12 dez. 2015).

¹⁷⁶ A delegação da França mencionou a situação dos refugiados palestinos, que foram chamados de refugiados árabes. Importa o fato de que a delegação do Egito entendia que essas pessoas deveriam fazer parte da definição de refugiado, excluindo-se o termo “na Europa” da definição. O Reino Unido estava de acordo com o Egito e entendia que a definição deveria ser mais abrangente. Já a França e os EUA eram contra. (UNHCR. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR. 19 (1951). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3ae68cda4.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015.)

rios para a elaboração do texto da Convenção de 1951, foi estabelecido *um mínimo denominador* comum com o qual todos os Estados poderiam acordar para a implementação da normativa internacional.

Os elementos mais importantes da definição ficaram sendo o “fundado temor de perseguição”, elemento de caráter subjetivo que importa a necessidade de o solicitante de refúgio apresentar certas provas que justifiquem o temor, as cláusulas limitadoras, geográfica e temporal, e as cinco categorias de pessoas protegidas pela convenção, ou seja, pessoas perseguidas em função de sua “raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política”.

2. O Conceito de Fundado Temor de Perseguição e suas Limitações

Antes mesmo de se pensar em um instrumento universal e perene de proteção a refugiados, a comunidade internacional já se preocupava com a questão de uma definição que pudesse englobar aqueles que fugiam de seus Estados, sem receber a proteção diplomática¹⁷⁷. A internacionalização de direitos fundamentais, que antes eram garantidos apenas

¹⁷⁷ “A proteção diplomática consiste no uso da ação diplomática ou de outros meios pacíficos de solução de conflitos por parte de um Estado que toma para si a causa de um cidadão seu, referente a um dano sofrido por esse cidadão em decorrência de ato ilícito internacional de outro estado (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. Relatório da CDI sobre a 54ª sessão, A/57/10, p. 167). A proteção diplomática não é oferecida aos refugiados pois, muitas vezes o agente de perseguição é o próprio Estado de origem do indivíduo, ou seja, aquele que deveria lhe oferecer proteção. Outras vezes o agente persecutório pode ser não estatal, ainda assim, a pessoa se encontra em uma situação na qual o seu Estado de origem não quer ou não tem condições de oferecer-lhe proteção diplomática.

pelos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, passou a ser uma realidade na década de 1950, e influenciou sobremaneira a elaboração de um arcabouço consistente para a proteção dos direitos humanos como um todo e, conseqüentemente, do direito dos refugiados. O que houve, porém, como sustentam muitos autores¹⁷⁸, foi a internacionalização, universalização e positivação de valores e princípios europeus através da implementação de um sistema de direitos humanos ao resto do mundo, sobretudo aos países periféricos, que pouco puderam influenciar na elaboração desse novo marco convencional. Assim se deu também com a normativa estabelecida para a proteção dos refugiados.

Em 1926, muito antes da elaboração de um tratado de proteção a refugiados de alcance internacional, refugiados russos, foram definidos como “qualquer pessoa de origem russa, que não mais gozava da proteção do governo da União das Repúblicas Soviéticas Socialistas e que não tinha adquirido outra nacionalidade”¹⁷⁹. Com relação aos refugiados armênios¹⁸⁰, vítimas de perseguição por parte do Império Otomano e da República da Turquia, houve uma expansão do mandato do Alto Comissariado da Liga das Nações, em 1934, para atender a essa população, que

¹⁷⁸ ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 52.

¹⁷⁹ LEAGUE OF NATIONS. Arrangement Relating to the Issue of Identify Certificates to Russian and Armenian Refugees, 12 May 1926, *League of Nations Treaty Series*, v. LXXXIX, No. 2004. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3dd8b5802.html>>. Acesso em 27 jan. 2016.

¹⁸⁰ “Muito antes dos trágicos eventos da Primeira Guerra Mundial, as circunstâncias no Império Otomano afetaram vários grupos etnoreligiosos – os armênios, vítimas mais frequentemente mencionadas, bem como os assírios, caldeus e sírios jacobitas. Turcos, curdos e outros grupos também sofreram.” (tradução livre) (JAEGGER. Gilbert. *On the history of the international protection of refugees*, *RICR*, v. 83, n. 843, 2001. p. 732).

foi definida como “refugiados de outras categorias” (bem como os assírios, assírio-caldeus, sírios, curdos e um pequeno grupo de turcos)¹⁸¹. Outros critérios foram adotados na análise da qualificação de refugiado, dependendo do país de destino e do instrumento utilizado, ainda assim, mesmo quando os critérios objetivos, relacionados a revoltas sociais e políticas, foram adotados, a qualificação do indivíduo refugiado ficou circunscrita a situações pontuais e ligadas a origens étnicas e nacionais¹⁸².

Com relação às pessoas que fugiam do Nazismo, na Alemanha, uma abordagem similar foi adotada, no artigo 1º da Convenção Relativa ao *Status* de Refugiados oriundos da Alemanha, que previa que refugiados eram:

(a) Persons possessing or having possessed German nationality and not possessing any other nationality who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the German Government. (b) Stateless persons not covered by previous Conventions or Agreements who have left Germany territory after being established therein and who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the Germany Government.¹⁸³.

¹⁸¹ Ibid, p. 735.

¹⁸² GOODWIN-GIL, Guy; MCADAM, Jane. *The Refugee in International Law*. 3. ed. 2007, p. 45.

¹⁸³ Tradução livre: “(a) pessoas que possuam ou tenham possuído nacionalidade alemã, não possuindo outra nacionalidade, de direito nem de fato, nem a proteção do Governo Alemão. (b) apátridas, não cobertos por convenções ou tratados anteriores, que tenham deixado o território Alemão depois de nele terem se estabelecido, e que provaram não gozar, de direito nem de fato, da proteção do Governo Alemão” (LEAGUE OF NATIONS. Convention concerning the Status of Refugees Coming From Germany, 10 February 1938, *League of Nations Treaty Series*, v. CXCII, No. 4461, p. 59. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3dd8d12a4.html>). Acesso em: 5 jan. 2016).

Essa definição foi ampliada para englobar pessoas provenientes da Áustria, também perseguidas pelo regime nazista. Desde cedo, portanto, percebe-se que as definições que atrelavam o reconhecimento do *status* de refugiado a pessoas, em função de alguma característica específica, como raça, origem étnica ou nacionalidade, se tornavam obsoletas muito rapidamente e frequentemente necessitavam ser substituídas por critérios mais amplos, que pudessem abarcar novos fluxos forçados.

Assim, observa-se que todos os instrumentos de proteção, que antecederam a Convenção de 1951, passaram por atualizações na definição de refugiado em razão de novas causas de deslocamento forçado ou de novos grupos perseguidos, incorporados de acordo com a necessidade e o contexto da época.

Como já foi sustentado, a Convenção de 1951 foi criada para responder às questões de refúgio ocorridas na Europa até a década de 1950. Em sua gênese, esse instrumento não considera questões terceiro mundistas de deslocamento forçado. Tanto é assim, que os continentes Africano e Latino Americano foram obrigados, anos depois, ante à inércia da comunidade internacional frente às crises de refugiados ocorridas em seus territórios, a desenvolver e implementar seus próprios instrumentos de proteção.

Dos trabalhos preparatórios da Convenção de 1951 observa-se que a definição de refúgio elaborada representava um ténue equilíbrio entre o ideário humanitário de proteção de refugiados europeus e o direito dos Estados em limitar a entrada de estrangeiros em seu território.¹⁸⁴

¹⁸⁴ WALKER, Kirsten. Op. cit., p. 584.

Hathaway afirma que:

*current refugee law can be thought of as a compromise between the sovereign prerogatives of states to control immigration and the reality of coerced movements of persons at risk. Its purpose is not specifically to meet the needs of the refugees themselves (as both humanitarian and human rights paradigms would suggest), but rather to govern disruptions of regulated international migration in accordance with the interests of state*¹⁸⁵.

Essa visão realista do direito internacional se encaixa perfeitamente na forma com a qual os Estados conduzem seus assuntos de regularização migratória e, apesar de a questão dos refugiados não se confundir com os aspectos que envolvem o direito migratório em geral, desde sua gênese, esse arcabouço jurídico foi construído com vistas a possibilitar certa discricionariedade, por parte dos Estados de destino, na *escolha* do tipo de refugiado que receberiam. Essa escolha fundamentava-se tanto em necessidades de mão-de-obra para o mercado de trabalho local, quanto em aspectos referentes à origem dos refugiados, à sua vulnerabilidade, suas qualificações profissionais, segurança nacional dentre outras questões que misturavam princípios humanitários e questões de soberania.

¹⁸⁵ Tradução livre: “O direito dos refugiados atual [da Convenção de 1951] pode ser pensado como um compromisso entre a prerrogativa dos Estados em controlar a imigração e a realidade dos movimentos de pessoas em situação de risco. Seu propósito não é o de atender os refugiados propriamente (como os paradigmas do direito humanitário e dos direitos humanos sugerem), mas o de governar problemas causados pelas migrações internacionais, de acordo com os interesses dos Estados” (HATHAWAY, James C. Op. cit., p. 173).

A grande controvérsia gerada pelo texto da Convenção de 1951 é sua limitada e desatualizada definição de refugiado, que prevê critérios que não correspondem às necessidades dos indivíduos que se refugiam atualmente. A definição prevista no artigo 1º requer que a pessoa, para ser considerada um refugiado, tenha “um fundado temor de perseguição em função de sua raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política”.

Duas são as questões controvertidas nos elementos que compõem essa definição. A primeira diz respeito à necessidade da presença de um agente persecutório nas razões que causam a fuga do indivíduo. E a segunda é a referência a categorias fechadas de pessoas protegidas internacionalmente.

A respeito da perseguição, sabe-se que hoje as pessoas migram de forma forçada em razão de diversas causas, como sérias violações de direitos humanos, violência generalizada, agressões estrangeiras e até em função de catástrofes ambientais e das consequências de mudanças climáticas, causas essas que não apresentam um agente persecutório personificado, como requer a Convenção. Em razão disso, ainda que sofram ameaça a suas vidas e à liberdade, esses indivíduos não gozam da proteção da comunidade internacional quando precisam fugir. A perseguição, portanto, segue sendo elemento essencial no reconhecimento do *status* de refugiado, pelo menos no que diz respeito à aplicação da Convenção de 1951 isoladamente.

Pontua-se, porém, que não existe, em nenhum instrumento de direito internacional, definição do termo *per-*

seguição. Os artigos 31 e 33 da Convenção de 1951¹⁸⁶ referem a necessidade de proteção e de não-devolução a pessoas cujas vidas estejam sendo ameaçadas, já a Convenção contra a Tortura, de 1984, prevê que os indivíduos devem ser protegidos de qualquer tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante,¹⁸⁷ mas não estabelecem quais são os critérios a serem atendidos para que uma pessoa possa ser considerada perseguida por um agente estatal ou não estatal.

Cabe aqui uma reflexão acerca da expressão *bem fundado temor*, que qualifica a perseguição no artigo 1º da Con-

¹⁸⁶ Artigo 31 - 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. Artigo 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. 2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

¹⁸⁷ Artigo 3º (1) Nenhum Estado-parte procederá à 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.

venção. Esse temor pode se basear em uma chance real de perseguição, que não é remota, abstrata ou imaginativa¹⁸⁸. Os conceitos de perseguição e a falta de proteção por parte do Estado de origem, estão interligados. Goodwin- -Gill e McAdam aduzem que a perseguição de uma pessoa presume a falta de proteção do Estado de origem desse indivíduo, mas são mais cautelosos em sentido contrário, dizendo que a falta de proteção do Estado pode gerar uma presunção de perseguição¹⁸⁹. Melhor entendimento é aquele que refere que a falta de proteção vai, invariavelmente, gerar uma perseguição ao indivíduo, em função de um comportamento omissivo por parte do Estado, partindo do pressuposto mais ampliativo que entende que além da ameaça a vida, a liberdade e a possibilidade de tortura e tratamento cruel ou degradante, a perseguição pode ser gerada por outras formas de vulnerabilidade como: desvantagens econômicas, falta de emprego, de educação e outras restrições a direitos garantidos em sociedades democráticas¹⁹⁰.

Ainda sobre o elemento bem fundado temor de perseguição, padrão legal cuja aplicação depende tanto de aspectos objetivos (a situação do país de origem e o agente persecutório que identifica no indivíduo, ou no grupo de pessoas do qual esse indivíduo faz parte, um alvo), como de elementos subjetivos (temor individual de perseguição), a controvérsia é muito grande. Alguns autores sustentam que a expressão “bem fundado” se refere à perseguição, co-

¹⁸⁸ GOODWIN-GILL, Guy; MCADAM, Jane. Op. cit., p. 92.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ GRAHL-MADSEN, Alte. *The Status of Refugees in International Law*, v. 1, Sijthoff, Leyden, 1966 and 1972. p. 512.

locando um peso maior na necessidade de prova concreta e individual da existência de tal perseguição. Entretanto, da interpretação do texto da Convenção de 1951, resta claro que o adjetivo *bem fundado* se relaciona diretamente ao *temor* e apenas indiretamente à perseguição. Nesse sentido, é o temor que deve ser bem fundado, não a perseguição em si, isso impõe ao órgão decisório que leve em consideração a impressão do solicitante de refúgio na avaliação da solicitação. Esses casos indicam o tipo de problema que cerca a interpretação restritiva dos critérios que governam o reconhecimento do *status* de refugiado.¹⁹¹

Jubilut afirma que:

Durante muito tempo discutiu-se o significado da palavra temor constante da expressão bem fundado temor de perseguição, com o intuito de estabelecer qual o grau necessário de medo que um indivíduo deveria possuir para deixar o Estado em que se encontrava e solicitar proteção internacional. Falava-se do temor subjetivo, enquanto sentimento de cada indivíduo e que, portanto, variava consideravelmente de uma pessoa para outra impossibilitando a aplicação homogênea do instituto. Em função dessa impossibilidade de tratamento equitativo a todos os solicitantes de refúgio, passou-se a utilizar o temor objetivo como meio de verificação da condição de refugiado. Assim, adotou-se a posição de que o temor subjetivo deve ser presumido (no sentido de que todos os solicitantes gozam dele a priori somente por terem solicitado refúgio) e que

¹⁹¹ UNHCR. *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, 1990. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>>. Acesso 3 set. 2016. p. 8.

se deve proceder à verificação das condições objetivas do Estado do qual provém o solicitante em relação a ele para se chegar à conclusão de que esse temor é fundado (no sentido de comprovar que o temor subjetivo daquele indivíduo deve realmente existir). (grifo acrescido)¹⁹²

Nessa passagem, a autora se refere aos elementos que compõem a construção da narrativa do solicitante de refúgio e sua credibilidade frente ao processo de elegibilidade pelo qual deve passar para ser considerado refugiado. O critério objetivo se refere, geralmente, às condições apresentadas pelo país de origem do indivíduo, isso é, seus padrões democráticos, o respeito aos direitos humanos, questões que envolvem a presença de conflitos nacionais ou mesmo regionalizados, etc. Já o critério subjetivo se refere à perseguição sofrida por um indivíduo em especial, isso é, pelo solicitante no caso concreto, sua proximidade com forças políticas de oposição, sua crença religiosa contra majoritária, seu pertencimento a algum grupo social perseguido, etc.

Na prática, esses fatores (objetivos e subjetivos) são analisados em conjunção e quanto maior a presença de provas da existência de um deles, menor a necessidade de evidências da existência do outro. Atualmente, solicitantes oriundos da Síria, por exemplo, não precisam demonstrar muitas evidências subjetivas de sua perseguição, já que é de conhecimento geral que a Síria está em uma situação de colapso tão séria e generalizada, que é muito previsível que gere um grande número de deslocados e refugiados.

¹⁹² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 47.

Em contrapartida, se pedidos de solicitantes desse mesmo país fossem analisados há cerca de 5 anos, antes do colapso de grande parte de suas instituições daquele país, os solicitantes, muito provavelmente, teriam que apresentar robustas evidências de perseguição individual.

Embora muitos autores, e a prática dos Estados, demonstrem a necessidade da presença do agente persecutório na qualificação do refugiado, como foi mencionado, o termo *perseguição* não é definido nem na Convenção de 1951, nem há menção a esse respeito em seus trabalhos preparatórios. Essa omissão pode ter ocorrido para que não se limitasse ainda mais o escopo de proteção, prejudicando, assim, o *espírito humanitário* da Convenção. Em realidade, a interpretação corrente parece ser a de que o termo perseguição deve ser visto como todo e qualquer ataque aos direitos humanos de uma pessoa, no caso em questão, a uma pessoa em situação de busca de refúgio.¹⁹³

Shacknove alega, inclusive, que a perseguição é condição suficiente, mas não necessária, para a qualificação do refugiado e que o mesmo direito garantido à pessoa perseguida por algum agente pode ser exercido por pessoas que fogem por outras razões, como a privação de seus direitos mais básicos¹⁹⁴.

3. As Categorias Protegidas pela Convenção de 1951

Os motivos de perseguição previstos no artigo 1º da Convenção de 1951 são a raça, a nacionalidade, a religião,

¹⁹³ UNHCR, 1990. Op. cit., p. 8.

¹⁹⁴ SHACKNOVE, Andrew. Who is a Refugee? *Ethics*, v. 95, 1985, p. 284.

a opinião política e a pertença a determinado grupo social. Importante repisar o fato de que, no momento da elaboração da Convenção, essas categorias foram aquelas sobre as quais houve um consenso entre os Estados na sua adoção. De todas, a mais problemática foi a última categoria, ou seja, a pertença a determinado grupo social, pois alguns países entendiam que poderia estar se abrindo demais o escopo de proteção. Já outros, como o Reino Unido, viam nessa categoria uma certa flexibilidade para o enquadramento de situações não determinadas pelos demais grupos protegidos.

No que se refere à raça¹⁹⁵, não houve muita divergência. Ressalte-se, porém, que a década de 1950, momento

195 “Há atualmente duas discussões em torno do conceito de raça no Brasil: a discussão acadêmica, que cada vez mais tende a considerar a inexistência de diferenças raciais, esvaziando a ideia de raça como conceito; e o imaginário social, para o qual raça é uma realidade, ainda que o discurso dominante nesse imaginário seja o da miscigenação. Se a ciência hoje tende a afirmar que só existe uma única raça humana, o conceito de diferenças raciais está tão arraigado na sociedade brasileira que talvez ainda demore bastante tempo para que essa nova crença científica seja incorporada ao senso comum. Qual é a razão para isso? O que é raça, afinal? Atingindo seu apogeu como conceito científico no século XIX, a noção de raça diz respeito a certo conjunto de atributos biológicos comuns a um determinado grupo humano. O termo raça não era exatamente uma palavra nova nas línguas europeias no século XIX. A palavra, na Idade Moderna, com outros significados, era conhecida no mundo europeu, e dizer que se pertencia a uma raça era afirmar o pertencimento a uma linhagem. Durante esse período, foi criada a tese monogenista, que afirma a existência de uma única raça humana descendente de Abraão, e praticamente não havia ainda a ideia de inferioridade racial. Isso não significa, no entanto, que não houvesse etnocentrismo e discriminação com base em características físicas. Além disso, os judeus, por exemplo, eram perseguidos na Europa desde o fim do Império Romano, sobretudo por considerações religiosas e culturais que chamaríamos hoje de étnicas”. (VANDERLEI, Kalina; SILVA, Henrique Maciel. *Dicionário de Conceitos Históricos: RAÇA*. – Ed. Contexto, São Paulo, 2006).

em que a Convenção foi elaborada, sucedeu aos anos do holocausto, em que pessoas foram segregadas e assassinadas em função de sua raça. Esse fator teve grande influência na inclusão do conceito de perseguição por raça à definição. Atualmente, porém, parte-se do pressuposto de que existe uma auto percepção individual com relação ao pertencimento a determinada comunidade. Nesse sentido, o Tribunal *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia entendeu, no caso do *Genocídio da Bósnia*, que

collective identities, and in particular ethnicity, are by their very nature social constructs, “imagined” identities entirely dependent on variable and contingent perceptions, and not social facts, which are verifiable in the same manner as natural phenomena or physical facts ¹⁹⁶.

Perseguição por raça é causa comum de fluxos de refugiados, vide a situação que gerou o genocídio dos Tutsis por parte dos Hutus em Ruanda, no ano de 1994, que produziu mais de 500 mil refugiados cerca de 1 milhão de mortos.¹⁹⁷

Os conflitos em torno da religião são também causas de deslocamento forçado de indivíduos. Viu-se judeus

¹⁹⁶ Tradução livre: “identidades coletivas e, em particular, etnias, são por sua própria natureza uma construção social, identidades “imaginadas”, inteiramente dependentes de percepções contingentes e variáveis”. VERIDIAME, G. The Genocide definition in the jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. *International Criminal Law Quarterly*, v. 49, p. 592.

¹⁹⁷ US COMMITTEE FOR REFUGEES AND MIGRANTS. *USCR Country Report Rwanda: Statistics on refugees and other uprooted people*, Jun 2001. Disponível em: <<http://reliefweb.int/report/burundi/uscr-country-report-rwanda-statistics-refugees-and-other-uprooted-people-jun-2001>> Acesso em 15 ago. 2015.

sendo perseguidos pelos nazistas, nas décadas de 1930 e 1940, bem como muçulmanos sendo perseguidos por cristãos ortodoxos, no conflito na Bósnia¹⁹⁸, dentre outras várias situações em que a religião foi motivo, ou desculpa, para que agentes de perseguição violassem direitos humanos. É importante lembrar que o artigo 18 da Declaração Universal de Direitos Humanos prevê que todas as pessoas têm o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, incluindo-se aí a liberdade de manifestar publicamente sua crença. Por terem tido a experiência do nazismo próxima em termos temporais e geográficos, na elaboração da Convenção, os Estados, decidiram unanimemente incluir a religião como categoria na definição de refúgio.

Goodwin-Gill e McAdam sustentam que a perseguição em função da nacionalidade é um paradoxo, já que é contraditório pensar que um Estado persiga pessoas do seu próprio grupo nacional¹⁹⁹. Já os indivíduos residentes em um Estado, mas nacionais de outro, fazem jus à proteção diplomática de seu Estado de nacionalidade, quando ocorre alguma violação. De qualquer forma, o artigo 1A(2) da Convenção de 1951 proporciona uma interpretação mais abrangente do termo nacionalidade, que pode ser a origem ou pertença a um grupo ou grupos étnicos, culturais ou linguísticos específicos. Nessa interpretação extensiva, os curdos, população sem país independente próprio poderiam

¹⁹⁸ Sérvios, de religião cristã ortodoxa e bosniaks, de fé muçulmana, viviam em paz na Bósnia até o início da década de 90, entretanto, as guerras de independência nos Balcãs desencadearam conflitos temperados por questões religiosas.

¹⁹⁹ GOODWIN-GILL, Guy; MCADAM, Jane. Op. cit., p. 72.

constituir uma nacionalidade perseguida pelos governos da Turquia e Iraque. Os palestinos, perseguidos nos territórios colonizados por israelenses na Cisjordânia também²⁰⁰.

De início, a categoria de *pertencimento a um grupo social*, presente na Convenção de 1951, foi inserida no artigo 1º para abranger situações que englobassem indivíduos oriundos do regime socialista, mas que não podiam ser enquadrados nas definições anteriores, como é o caso dos donos de terra, dos comerciantes e dos representantes da ideologia capitalista na Rússia²⁰¹. Mais tarde, porém, essa categoria foi se transformando em um conceito flexível para o enquadramento de indivíduos em outras situações nas quais a Convenção foi omissa.

Os *travaux préparatoires* da Convenção de 1951 não apresentam muita informação sobre a discussão do conteúdo da expressão *pertencimento a um grupo social* determinado, mas a delegação da Suécia se manifestou no sentido de que a experiência havia demonstrado que os refugiados haviam sido perseguidos por fazerem parte de um determinado grupo social e que o projeto de convenção não havia incluído esses grupos em sua definição de refúgio²⁰².

No caso *Islam v. Secretary of State for the Home Department* o ACNUR, em sede de intervenção, aduziu que:

Particular social group" means a group of people who share some characteristic which distinguishes them from society at large. That characteristic must be unchangeable, either

²⁰⁰ Cf. nota 97 acerca da agência da ONU especializada em prestar assistência a refugiados palestinos.

²⁰¹ GOODWIN-GILL, Guy; MCADAM, Jane. Op. cit., p. 74.

²⁰² UNHCR, 1990. Op. cit., p. 236.

*because it is innate or otherwise impossible to change or because it would be wrong to require the individuals to change it. Thus, where a person holds beliefs or has values such that requiring them to renounce them would contravene their fundamental human rights, they may in principle be part of a particular social group made up of like-minded persons*²⁰³.

Atualmente, alguns Estados já reconhecem mulheres vítimas de violência doméstica, homossexuais, portadores do vírus HIV, dentre outros grupos, como protegidos pela Convenção.²⁰⁴ Em suma, não há características determinantes para enquadrar indivíduos em um determinado grupo social, mas questões, linguísticas, biológicas, psicológicas, de gênero, valores comuns, dentre outras, podem representar uma vulnerabilidade comum entre certas pessoas.

A característica de imutabilidade tem sido relativizada, já que atualmente, já há o entendimento dos órgãos de proteção e de algumas cortes nacionais, que veem a questão da violência contra mulher como fator que pode gerar a necessidade de proteção internacional através do

²⁰³ Tradução livre: “Grupo social particular “significa um grupo de pessoas que compartilham alguma característica que as distingue da sociedade em geral. Essa característica deve ser imutável, seja porque é inata ou de outra forma impossível mudar, ou porque seria errado exigir que os indivíduos a mudassem. Assim, quando uma pessoa tem crenças ou tem valores tais que os renunciar violaria seus direitos humanos fundamentais, eles podem, em princípio, fazer parte de um grupo social particular composto de pessoas de mentalidade semelhante” (Islam v. Secretary of State for the Home Dept. and R. v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Dept. *International Journal of Refugee Law*, v. 11, 1999, p. 440).

²⁰⁴ FULLERTON, Maryellen. A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group. *Cornell International Law Journal*. v. 26, 1993. p. 505 ss.

refúgio. O gênero é uma característica relativamente estável, diferentemente da questão da violência, situação mutável, que atinge um grupo de mulheres. Essas pessoas podem ser incluídas em na categoria de grupo social para fins de proteção.

A Declaração da ONU para a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993) prevê que todos os Estados têm o dever de trabalhar para sua erradicação. Nesse sentido, entende-se que a conduta omissiva do Estado em não prestar proteção a um grupo social específico que sofre violações, pode ser vista como perseguição. No caso *Islam and Shah*²⁰⁵, a Câmara dos Lordes, da Inglaterra, considerou pertinentes as reivindicações de duas mulheres paquistanesas casadas que foram sujeitas a grave abuso físico por seus maridos e forçadas a deixar suas casas. As requerentes alegaram ainda que o Estado seria incapaz ou não estaria disposto a evitar novos abusos se elas fossem retornadas ao Paquistão, país de origem das vítimas de violência.

Embora tenha dado azo à proteção de grupos até então fora do escopo de atuação do ACNUR, a categoria de grupo social não passa sem críticas. Justamente porque, como sua definição não é restrita como nos demais grupos, existe inconsistência em sua interpretação. Veja-se:

The vague elaboration of the definition of refuge is unsatisfactory, since it allows the discretion of local operators both to allow the adaptation of the text to current realities, and to deny the requests that do not fit into their archaic scenario. The

²⁰⁵ *Islam v. Secretary of State for the Home Dept. and R. v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Dept. International Journal of Refugee Law*, v. 11, 1999. P. 436.

dangers posed by this uncertainty remain clear in the decision-maker's tendency to respond in a non-harmonized way to the emerging demands on [gender] social violence and by insisting that non-state actors are unable to act in a persecutory manner and yet reject demands of victims of mass persecution²⁰⁶.

Portanto, se por um lado, a categoria de grupo social, prevista pela definição clássica, pode servir como um grupo aberto à inclusão de indivíduos que fogem em razão de circunstâncias diferentes das estabelecidas nos outros quatro grupos, por outro, deve-se ter em conta que essa formulação está à mercê da interpretação de órgãos de decisão judiciais e administrativos nos Estados.

Conclusão

A Convenção de 1951 foi adotada com a intenção de se proteger refugiados produzidos na Europa. A definição de refúgio presente nessa Convenção é extremamente limitada quando se compara as categorias de pessoas protegidas pelo instrumento às causas de deslocamento forçado existentes no mundo. Ainda que tenham ocorrido

²⁰⁶ A elaboração vaga da definição de refúgio é insatisfatória, pois permite a discricionariedade de operadores locais tanto no sentido de permitir a adaptação do texto às realidades atuais, quanto para negar as solicitações que não se enquadram no seu cenário arcaico. Os perigos colocados por essa incerteza restam claros na tendência dos órgãos de decisão em responder de forma pouco harmonizada às demandas emergentes sobre [grupos sociais] violência de gênero e ao insistirem que atores não estatais são incapazes de agir de forma persecutória e ainda por rejeitarem demandas de vítimas de perseguição em massa (FITZPATRICK. Joan. Revitalizing the 1951 Refugee Convention. *Harvard Human Rights Journal*, v. 9, 1996, p. 239.

adaptações evolutivas na Convenção, como a adoção do Protocolo de Nova York, em 1967, que elimina as limitações temporal e geográfica do instrumento, fazendo com que pudesse ser aplicado a solicitantes de refúgio provenientes de qualquer país do mundo, essa medida não foi suficiente para fazer com que o escopo de proteção internacional se tornasse adequado. Tanto é assim, que a África, em 1969, e a América Latina, em 1984, adotaram instrumentos de proteção próprios, que contemplavam causas de deslocamento forçado frequentes em seus territórios. Em razão da estreiteza da definição de refúgio da Convenção de 1951, a atuação de cortes e tribunais nacionais e internacionais acerca da interpretação dos elementos constitutivos da definição é extremamente valiosa na ampliação do escopo de proteção internacional aos solicitantes de refúgio, sobremaneira na categoria mais elástica da definição, ou seja a perseguição por grupo social.

Referências Bibliográficas

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

FITZPATRICK, Joan Revitalizing the 1951 Refugee Convention. *Harvard Human Rights Journal*. v. 9, 1996.

FULLERTON, Maryellen. A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group. *Cornell International Law Journal*. v. 26, 1993.

GOODWIN-GIL, Guy; MCADAM, Jane. *The Refugee in International Law*. 3. ed. 2007.

GRAHL-MADSEN, Alte. *The Status of Refugees in International Law*, v. 1, Sijthoff, Leyden, 1966 and 1972.

HATHAWAY, James. A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law. In: LAMBERT, Helene (ed.). *International Refugee Law*, London: Ashgate Publishing, 2010.

JAEGER, Gilbert. On the history of the international protection of refugees, *RICR*, v. 83, n. 843. p. 727-737, 2001.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Método, 2010.

LEAGUE OF NATIONS. Convention concerning the Status of Refugees Coming From Germany, 10 February 1938, *League of Nations Treaty Series*, v. CXCII, No. 4461, p. 59, 1938.

RAISCH, Marylin. Travaux Préparatoires and United Nations Treaties or Conventions: Using the Web Wisely. *International Law Journal*, v. 30, p. 326-7, 2002.

SHACKNOVE, Andrew. Who is a Refugee? *Ethics*, v. 95, p. 284, 1985.

UNHCR. *World at War: UNHCR Global Trends Forced Displacement in 2014*, 2015.

_____. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR, 1951.

_____. *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, 1990.

_____. *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*, ESCOR, 5TH mtg., at 13, U.N. Doc. E/AC.32/SR.5 (discurso do Presidente.), 1950.

_____. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR. 19, 1951.

_____. *ESCOR*, at 5, U.N. Doc. E/CONF.2/SR.19 (discurso de Sr. Rees), 1948.

_____. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, U.N. GAOR, 19th mtg., at 16, U.N. Doc. A/Conf.2/SR. 19, 1951.

US COMMITTEE FOR REFUGEES AND MIGRANTS. *USCR Country Report Rwanda: Statistics on refugees and other uprooted people*, Jun 2001.

VANDERLEI, Kalina; SILVA, Henrique Maciel. *Dicionário de Conceitos Históricos: RAÇA*. – Ed. Contexto, São Paulo; 2006.

VERIDIAME, G. The Genocide definition in the jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, p. 578-598, 2000.

WALKER, Kirsten. Defending the 1951 Convention Definition on Refugee. *Georgetown Immigration Law Journal*, v. 17, 2002-3.