

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

THAÍS SILVEIRA PERTILLE

**ESTATUTO BRASILEIRO DO REFUGIADO: DA TEORIA CRÍTICA DOS
DIREITOS HUMANOS À ALTERIDADE**

Florianópolis

2016

THAÍS SILVEIRA PERTILLE

**ESTATUTO BRASILEIRO DO REFUGIADO: DA TEORIA CRÍTICA DOS
DIREITOS HUMANOS À ALTERIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina DIR 5911 como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Prof.^a Doutora Letícia Albuquerque

Florianópolis

2016



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a):Thais Silveira Pertille

RG:

CPF:

Matrícula:

Título do TCC: Estatuto Brasileiro do Refugiado: Da Teoria Crítica Dos
Direitos Humanos à Alteridade

Orientador(a): Leticia Albuquerque

Eu, **Thais Silveira Pertille**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 24 de Junho de 2016

Assinatura manuscrita em azul da Thais Silveira Pertille.

Thais Silveira Pertille

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

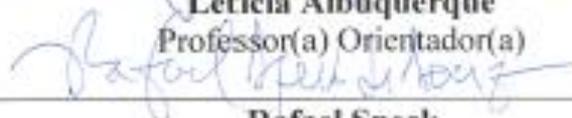
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Estatuto Brasileiro do Refugiado: Da Teoria Crítica Dos Direitos Humanos à Alteridade**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Thais Silveira Pertille**, defendido em **24/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DÉZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2011.

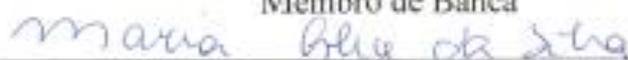
Florianópolis, 24 de Junho de 2016



Leticia Albuquerque
Professor(a) Orientador(a)



Rafael Speck
Membro de Banca



Maria Alice da Silva
Membro de Banca

A todas as pessoas que
escolheram o Brasil como destino para o
recomeço.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho encerra uma das fases mais importantes da minha vida e representa muito do que aprendi como acadêmica do curso de Direito. Por isso, é com alegria que aqui relembro e homenageio algumas das pessoas que fizeram parte dessa jornada comigo.

O primeiro agradecimento devo aos meus pais, especialmente por sempre apoiarem meus sonhos e por me iniciarem na importante lição sobre o quanto sou capaz de executar qualquer projeto desde que lute por isso. Obrigada, Iolanda e Yvan por transmitirem a mim o amor pela vida acadêmica e pelos livros. Nossa biblioteca permitiu minhas primeiras e inesquecíveis viagens.

Agradeço imensamente ao meu marido, Marcelo, por estar desde o primeiro ano da faculdade ao meu lado, com amor e dedicação, presenciando meus passos, ouvindo meus receios e guiando minhas escolhas. Neste trabalho seu apoio foi fundamental. Obrigada por ser esse professor cuja atuação admiro muito. É meu companheiro de vida e quem potencializa minhas alegrias a cada momento.

Quero também agradecer à minha sogra Neusa, cunhados Angélica e Luciano por serem, de fato, minha família. Agradecimento especial ao meu sogro, Gelson, pois foram muitas as coronas e as conversas durante as voltas para casa. Também é especial o agradecimento às minhas sobrinhas, Heloísa e Laís, que mesmo ainda tão pequenas são fontes inesgotáveis de amor.

Agradeço ao “Club MTO adulto da Peppa”, do qual fazem parte Ariane (Ari), Bruna (Bru), Maria Eduarda (Duda), Ellora, Gabriela (Gabi), Icaroti (Ica), Jaqueline (Jaque), José Victor (Zé), Milena (Mi) e Patricia (Pati) pela parceria nesses anos. Obrigada pelas risadas e por tornarem meus dias ainda melhores.

Agradeço aos professores, a quem homenageio na pessoa de minha orientadora, Professora Doutora Letícia Albuquerque, por todo o conhecimento compartilhado, pelo incentivo, sugestões e exemplos. Aqui também aproveito para agradecer às bibliotecas que foram imprescindíveis para a execução deste trabalho: UFSC, PUCRS e MPF/PRSC.

Por fim, quero externar meu profundo carinho e agradecimento ao Desembargador Newton Varella Jr, ao Conselheiro do Tribunal de Contas de Santa Catarina, Gerson Sicca, e à Procuradora da República, Daniele Cardoso, por receberem-me como estagiária e contribuírem de maneira decisiva para minha formação.

“No cara a cara sou total,
imediata e irrevogavelmente responsável
pelo Outro que me encara. Um rosto que
sofre emite um comando, um decreto de
performance específica: “Não me mate”,
“Receba-me bem”, “Dê-me abrigo”,
“Dê-me o que comer”.

Costas Douzinas

RESUMO

A inclusa pesquisa tem a intenção de fazer uma apreciação da Lei 9.474 de 1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, frente à teoria crítica dos direitos humanos, apresentando a ética da alteridade como possibilidade de complementação dos espaços não alcançados pela positivação. Para tanto, o método empregado é o dedutivo e o procedimento é o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico, conjuntamente com a análise legislativa. Inicia-se com a contextualização da dignidade da pessoa humana, passando-se à análise acerca das terminologias e conceitos empregados no âmbito dos Direitos Humanos, assim como o estudo das características da universalidade e da abstração do objeto das normas dessa espécie. Na sequência opera-se uma abordagem histórica até iniciar, no segundo capítulo, uma análise dos elementos legislativos que destinam tutela aos refugiados. Após, na terceira e última parte, invocam-se as justificativas da teoria crítica dos Direitos Humanos para confrontá-las com a Lei 9.474/1997. Além disso, realiza-se um estudo sobre a ética da alteridade como mecanismo de eficácia material da proteção aos refugiados no Brasil.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Refugiados. Lei 9.474/1997. Teoria crítica dos Direitos Humanos. Ética da Alteridade.

SUMMARY

The included research intends to make an assessment of Law 9.474 of 1997 defines mechanisms for the implementation of the Status of Refugees of 1951, compared to the critical theory of human rights, with the ethics of otherness as a possibility to complement unreached areas by positivation. Therefore, the method used is the deductive and the procedure is the monographic, being used as search criteria the literature, together with the legislative analysis. It begins with the contextualization of the dignity of the human person, going to the analysis about the terminologies and concepts used in the context of human rights, as well as the study of the characteristics of universality and abstraction of the object of the rules of this kind. Following operates a historical approach to start in the second chapter, an analysis of legislative elements intended protection to refugees. Then, in the third and last part, call up the justification of critical theory of Human Rights to confront them with the Law 9.474 / 1997. In addition, there will be a study on the ethics of otherness as effective mechanism material protection to refugees in Brazil.

Keywords: Human Rights. Refugees. Law 9.474 / 1997. Critical Theory of Human Rights. Ethics of Alterity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E AFIRMAÇÃO HISTÓRICA.....	14
1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
1.1.1 A terminologia da positivação dos direitos atrelados à dignidade da pessoa humana	19
1.1.2 Universalidade e a globalização	22
1.2 MOVIMENTOS HISTÓRICOS DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	25
1.2.1 Revoluções inglesa, americana e francesa.....	30
1.2.2. Os Direitos Humanos Internacionais.....	33
2. DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS AO DIREITO INTERNACIONAL DO REFUGIADO	35
2.1 O SÉCULO XX MARCA A ERA DOS REFUGIADOS	37
2.1.1 Conceito de Refugiado	37
2.1.2 Desenvolvimento das normas protetivas dos refugiados.....	40
2.2 Proteção ao Refugiado no Brasil	48
2.2.1 A Lei 9.474/1997	49
3. DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL: DA TEORIA CRÍTICA À ÉTICA DA ALTERIDADE.....	58
3.1 Direitos Humanos sob crítica	58
3.2 A crítica aos Direitos Humanos e o Estatuto Brasileiro do Refugiado	67
3.3 Os direitos humanos dos refugiados sob o fundamento ético da alteridade.....	76
CONCLUSÃO.....	85
OBRAS CITADAS	88

INTRODUÇÃO

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França em 1789, ato que marcou o início da época contemporânea, e principalmente no período do segundo pós-guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas e sua Carta de 20 de Junho de 1945, os Direitos Humanos passaram a integrar as metas dos governos e a fazer parte das Constituições de diversos países. Entretanto, o desejo comum de paz e dignidade para todos os habitantes do planeta encontrou entraves na soberania dos Estados envolvidos, assim como na dificuldade inerente ao processo de tentar atender aos interesses das diversas culturas do globo, questão evidenciada não apenas quando as atenções foram voltadas para além dos limites territoriais, mas também a partir das circunstâncias identificadas dentro das próprias fronteiras, percebidas quanto aos grupos menores.

Sabe-se também, a luz de fatos históricos recentes, que após o onze de setembro, com o ataque às Torres Gêmeas na cidade de Nova Iorque em 2001, e com a consequente intensificação da guerra ao terror, houve retrocesso na consideração legal da condição humana. Guerras e ocupações no Afeganistão e Iraque, assim como a guerra civil na Síria, colocaram-se como obstáculos políticos à efetivação dos direitos humanos, comprometendo conquistas importantes. Por consequência, a violação dos Direitos Humanos daqueles que ficaram na linha de frente desses conflitos tem causado movimentos migratórios forçados. Para essas pessoas a busca por refúgio coloca-se como alternativa em socorro de sua dignidade.

Com o intuito de ampliar a proteção aos refugiados, a ONU, em 1967, elaborou o Protocolo acerca do Estatuto do Refugiado, ampliando as disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, oferecendo, a partir de então, proteção a todos os refugiados e não somente àqueles oriundos da Segunda Guerra Mundial.

Nessa esteira, reconhece-se que o instituto do refúgio vincula dois âmbitos que visam garantir a proteção internacional do indivíduo: o regime internacional dos direitos humanos e o regime internacional dos refugiados. Atualmente, tem-se reconhecido a relação entre essas duas esferas, principalmente no que se refere à aproximação histórica e filosófica, argumentando-se que a violação dos direitos humanos é sempre o motivo que leva a determinação da condição de refugiado.

No Brasil, o Estatuto do Refugiado foi recepcionado por meio da Lei 9.474/1997, a qual estabeleceu procedimento específico para o reconhecimento do *status* de refugiado e

criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), que é responsável pelas decisões acerca dos pedidos de refúgio e também pela elaboração e implementação de políticas de amparo social e de proteção ao refugiado.

Sobre o instituto do refúgio e acerca da esfera de direitos da pessoa do refugiado é que cabem análises críticas, como a de Costas Douzinas na obra “O Fim dos Direitos Humanos” que inspirou esta pesquisa. Ensina o autor que são evidentes os paradoxos que envolvem os Direitos Humanos, questão que se acentua na tentativa de se redigir diplomas legais que garantam humanidade àqueles que naturalmente já a deveriam portar. “Os direitos humanos só têm paradoxos a oferecer” (DOUZINAS, 2009, p. 07) porque, conforme propõe o autor, embora o século XX tenha sido o tempo no qual mais se falou sobre o tema, também serviu de cenário para muitas das grandes barbáries cometidas contra as dignidades dos homens, tudo em nome de questões basicamente políticas, econômicas e religiosas.

Como demonstram as últimas décadas, a positivação dos direitos humanos foi incapaz de conter as violações desses direitos e o fenômeno das migrações forçadas, que se esperava ver resolvido em um curto prazo, mostrou-se cada vez mais presentes nos tempos atuais. A questão sobre os refugiados e os impasses que seu tratamento político gera no âmbito da proteção da dignidade humana começaram a ser vistas não apenas sob a óptica da contenção desse direito, que também é humano, mas também com olhares tendentes a definir meios de recepção aptos a permitir que as pessoas tidas como refugiadas pudessem, de fato, recomeçar suas vidas em outros locais.

Delimitando mais especificamente o tema para a realidade brasileira é que se pretende focar este trabalho de monografia nos mecanismos de proteção ao refugiado a partir da Lei 9.474/1997, tratando de sua eficácia prática e testando sua higidez ao ser confrontada com a crítica aos direitos humanos. Além disso, como questão de fundo, esta pesquisa tem como proposta apontar a ética da alteridade como uma possibilidade de complementariedade à eficácia da proteção ao refugiado.

Com efeito, a problemática desse estudo será realizada em três etapas:

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica e legislativa dos direitos humanos. Iniciar-se-á tal jornada a partir da dignidade da pessoa humana, tida como componente moral e indissociável dessa espécie de direitos, passando-se à positivação como tentativa de universalização. Será trabalhada a importância dos aspectos conceituais e terminológicos dos direitos humanos em sua positivação, além da globalização como fenômeno de reconhecida influência na dimensão desses direitos.

Na sequência, no capítulo dois, pretende-se restringir o enfoque do estudo a proteção do refugiado, mais especificamente, na Lei brasileira nº 9.474/1997. Com esse objetivo, a segunda parte do trabalho dará atenção ao conceito de refugiado, quando se discorrerá acerca das normas internacionais pertinentes ao assunto, em especial o Estatuto do Refugiado de 1951 até sua recepção pelo ordenamento brasileiro. A referida Lei brasileira será então analisada em seus dispositivos e sua perspectiva prática.

Por fim, no capítulo três busca-se correlacionar as características dos direitos humanos aos respectivos aspectos críticos, especificamente quanto à universalidade e abstração de seu objeto. A intenção é investigar os traços da teoria clássica do direito que também estruturam os direitos humanos e investigar se os estados de exceção que justificam a existência de uma legislação com enfoque na manutenção da dignidade das pessoas não é cenário produzido pelo próprio direito. Na sequência a Lei 9.474/97 será confrontada com as conclusões decorrentes dessa análise, sendo que, ao final, será apresentada a ética da alteridade como meio de sanar as falhas naturais que todo o processo de positivação apresenta.

Longe de pretender solucionar as incontáveis problemáticas que o tema envolve, espera-se que esta pesquisa possa ser útil para promover a reflexão crítica acerca da necessária discussão sobre o tratamento dispensado aos refugiados. Deseja-se contribuir para um olhar humanitário sobre o direito e seus efeitos, estabelecendo o reconhecimento do Outro, enquanto pessoa humana, como ponto de partida para um sistema que, de fato, exalte e busque estabelecer a dignidade dos seres humanos como fundamento político.

1 DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E AFIRMAÇÃO HISTÓRICA

O presente capítulo tem como objetivo trabalhar a dignidade da pessoa humana como base moral dos direitos humanos e enquanto elemento indissociável de seu conceito. Na sequência serão analisadas as justificativas terminológicas que são empregadas na conceituação dos direitos dessa natureza, abordando-se suas características e também os movimentos históricos que culminaram no seu processo de reconhecimento e positivação.

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pedra angular dos direitos humanos, um dos fundamentos da República brasileira e base dos sistemas normativos da maioria dos países do ocidente, a dignidade da pessoa humana "acabou se tornando um belo discurso na filosofia moral e política, tão celebrado que virou lugar comum nos tratados internacionais e constituições. Há de se ir mais a fundo do que isso" (PEREIRA e SILVA, 2008, p. 72).

Por tal razão, inicia-se esta pesquisa pelo conceito de dignidade da pessoa humana, buscando-se estruturá-lo como ponto de partida para a concepção dos direitos humanos e como norte para a construção das relações entre as pessoas que coabitam sociedades edificadas na razão, em que o ser humano ocupa o objetivo da construção normativa. A dignidade da pessoa humana é capaz de fornecer elementos para o reconhecimento das diferenças entre os seres humanos e, por consequência, normatizar desigualmente a fruição de direitos e benefícios visando à isonomia e à empatia em sentido final. Ingo Wolfgang Sarlet conceitua:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2007, p. 62)

Mesmo que se reconheça a dificuldade que recai sobre o conceito dignidade, como se percebe nas palavras de São Tomás de Aquino quando ressalta que o “termo dignidade é algo absoluto e pertence à essência” (2004, p. 51), é de se dizer que guarda a

característica de servir como indicador da qualidade de vida dos seres humanos em uma sociedade. Jürgen Habermas explica:

A dignidade humana é um sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática - isto é, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política têm de se conceder a si mesmos, para que possam respeitar-se reciprocamente enquanto membros de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais. Só a garantia destes direitos humanos confere o estatuto de cidadãos que, enquanto sujeitos de direitos iguais, têm direito a ser respeitados na sua dignidade humana. (2012, p. 37)

Para tanto, também passa a ser importante regressar à filosofia Kantiana para compreender que sob um postulado ético a dignidade é característica básica de todo ser humano, pois “todo ser racional existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante” (KANT, 2005, p. 33). Constitui-se o ser humano, assim, em fim a ser alcançado também por meio das garantias legais de sua dignidade. Ainda em Kant, é possível compreender a razão ética do tratamento diferenciado entre ser humano e coisa:

Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chama-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; (KANT, 2005, p. 33)

Tem-se que é daqui que deriva a conclusão acerca da autonomia como característica exclusiva do ser humano, consistindo o seu reconhecimento em fenômeno essencial para a fundamentação teórica da dignidade humana. Por tanto, deve-se considerar que em função da sua vontade racional, a pessoa, ainda que tenha que se submeter às leis, deve ser admitida como fonte do sistema normativo, nunca como meio para que o Estado atinja determinados objetivos politicamente convenientes. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

(...) a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferente das coisas um ser considerado e tratado em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (2015, p. 34)

Nessa esteira, Kant ensina que a não consideração da dignidade do outro, a negativa de vê-lo como um fim em si mesmo, constitui desrespeito à natureza humana de todos os seres humanos, uma vez que "tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si

mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus.” (KANT, 2005, p. 35)

Aplicando-se visão universal à conclusão de Kant fica visível a dependência mútua entre os seres humanos, sendo que a própria evolução da espécie apresenta-se condicionada a este saber. Diante desse contexto, Ricardo Timm de Souza conclui que "O ser humano é, ele mesmo, um mundo humano e ferir a dignidade de alguém significa ferir o mundo inteiro" (SOUZA, 2005, p. 11).

Desse viés de autonomia exclusiva e compreensão finalística do ser humano com fundamento na dignidade é que se infere que "A essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação." (COMPARATO, 2015, p. 42)

Tal fato é ainda confirmado pela ciência biológica, que assentando o primado filosófico da absoluta exclusividade de cada ser, mostra que “a descoberta da estrutura do ADN (ácido desoxirribonucleico) por Watson e Crick, em 1953, revelou que cada um de nós carrega um patrimônio genético próprio e, salvo no caso de gêmeos homozigóticos, um patrimônio genético único" (COMPARATO, 2015, p. 43).

O ser humano é, então, digno, pois as suas singularidade e racionalidade o fazem assim. Conforme observou André Coelho, “a construção histórica da noção de dignidade humana a forjou como condição humana. Não se trata de um Direito, que poderia ser ou não garantido para alguém no caso e concreto, mas do fundamento principal pelo qual se têm direitos” (COELHO, 2009, p. 77)

A dignidade da pessoa humana proclama o valor de cada ser humano em si, esclarece e fundamenta seu caráter insubstituível, trazendo à tona questões essenciais como a limitação do Estado em seu poder de agir sobre o indivíduo. O ser humano não pode, portanto, ter suprimida sua dignidade de maneira utilitarista. Michael J. Sandel diz que a crença nos direitos humanos universais é incompatível com o utilitarismo, pois “se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva” (2013, p. 135). Habermas acentua o cuidado que deve ter o Estado para que o tratamento normativo das questões que envolvem a dignidade humana permita o necessário olhar individualizado:

O respeito pela dignidade humana de todas as pessoas interdita o Estado de dispor de qualquer indivíduo como meio para um outro fim, mesmo que seja para salvar a vida de muitas outras pessoas. Interessante é que o conceito filosófico de dignidade

humana, que surgiu já na Antiguidade e alcançou em Kant uma versão que continua a ser válida, só ter sido incluído em textos de direito internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial. (2012, p.29.)

Foi a partir do reconhecimento da dignidade em sua concepção supramencionada que se atentou para a necessidade de proteção de todos os indivíduos. Daí a máxima habermasiana, segundo a qual “A invocação dos direitos humanos alimenta-se da indignação dos ofendidos face à violação da sua dignidade humana”. Para o autor, a dignidade humana consubstancia-se na “expressão de um conceito fundamental e substancial do ponto de vista normativo, a partir do que é possível deduzir os direitos humanos através da especificação de violações à mesma (...)” (2012, p. 31).

Necessário fazer a ressalva de que o conceito de dignidade humana não é de todo estático. Ainda em Habermas:

Há outros aspectos relacionados com o significado da dignidade humana que são atualizados à luz dos desafios históricos. estes traços característicos da dignidade humana que são especificados em diversas ocasiões podem, então, levar tanto a uma exploração mais abrangente do conteúdo normativo dos direitos fundamentais garantidos, como a descoberta e a construção de novos direitos fundamentais. (2012, p. 34)

Portanto, como consequência do desenvolvimento da dignidade humana, vê-se que a construção de garantias legais destinadas aos seres humanos deve se dar de modo compatível com a necessidade dos indivíduos. Todavia, como é possível visualizar no presente, mesmo com a positivação de direitos compatíveis com uma existência digna, a realidade mostra que

Os cidadãos só podem usar estes direitos em pé de igualdade se, simultaneamente, lhes for garantida uma independência suficiente na sua existência privada e econômica e se puderem tanto constituir como estabilizar a sua identidade no ambiente cultural que cada um deles deseja. As experiências de exclusão, miséria e discriminação ensinam-nos que os chamados direitos fundamentais clássicos só adquirem "valor igual" (Rawls) para todos os cidadãos quando acompanhados por direitos sociais e culturais. (HABERMAS, 2012, p. 36)

O que se visualiza no decorrer da história é que a compreensão da dignidade só tem se efetivado como resposta à barbárie e às atrocidades, consequência de guerras, fanatismos religiosos e autoritarismos políticos. Apesar da razão, é como se a sabedoria nascesse, se não toda, ao menos em grande parte, com a dor. Assim extrai-se da obra de Fábio Konder Comparato quando explica que:

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pela

tortura, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos. (2015, p. 50)

A resposta aos seres humanos pelo anseio de dignidade veio na forma da positivação daqueles que são chamados de direitos fundamentais do homem, os quais constituem-se em ponto de partida para o tratamento digno do ser humano na medida em que estabeleceram como única condição para sua fruição que o destinatário seja um humano. É nesse contexto de igualdade e de reciprocidade da dignidade que "o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem" (LAFER, 1988, p. 118).

Para compreender o processo de construção que resultou na positivação dos direitos fundamentais como normas atreladas à dignidade humana, é necessário retroceder na história, ao medievo, época das sociedades tradicionais com estruturas hierárquicas. Nesse período a pessoa recebia "sua dignidade e autoestima do código de honra da nobreza, do *ethos* da classe de corporações de artesãos ou da consciência corporativa das universidades" (HABERMAS, 2012, p.43).

No momento em que essa dignidade, antes concedida a poucos diante de critérios pré-estabelecidos, passa a ter como única condição o pertencimento a raça humana, independente de classe social, cor, sexo ou etnia, há uma nova ordem impelindo novas estruturas legais diante de novas perspectivas para o homem, o que passa a se perfectibilizar por meio dos direitos fundamentais como cláusulas rígidas dentro de contextos constitucionais. Por essa razão é que a dignidade humana

também requer ancoragem num estatuto civil, isto é, a pertença a uma comunidade organizada no espaço e no tempo. Porém, agora, este estatuto deve ser igual para todos. O conceito de dignidade humana transfere o conteúdo de uma moral de igual respeito por todos para uma ordem baseada no estatuto de cidadão que obtém a sua autoestima do fato de serem reconhecidos por todos os outros cidadãos como sujeitos de direitos iguais e exigíveis." (HABERMAS, 2012, p. 43)

Assentando a afirmação da dignidade humana, objetivando sua realização como condição básica da existência humana e não como uma abstração destituída de realidade, Fábio Konder Comparato pondera acerca do reconhecimento oficial da dignidade humana por meio de leis. O autor, assim como grande parte da doutrina, afirma que a positivação dos direitos atrelados à dignidade humana traz segurança às relações sociais, e "exerce também uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva" (2015, p. 71). Entretanto estabelece importante contraponto quando adverte:

Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição, ou consagrados em convenção internacional, sob a denominação de direitos fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência desses direitos.

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva. (2015, p. 71)

Corroborando a crítica, Elimar Sznaniawski afirma que a ideia de que todo ser humano é possuidor de dignidade é anterior ao direito, não necessitando, por conseguinte, ser reconhecida juridicamente para se efetivar:

Sua existência e eficácia prescindem de legitimação, mediante reconhecimento expreso pelo ordenamento jurídico. No entanto, dada a importância da dignidade, como princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como princípio fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como princípio jurídico fundamental. (2005, p. 141)

Positivistas sustentam que “a positivação tem o condão de exigir a eficácia da dignidade humana” (COMPARATO, 2015, p. 72) por meio coercitivo e que, por esta visão, os direitos fundamentais, tal como o nome já anuncia, seriam a expressão do que é constitutivo da dignidade humana quando reconhecido expressamente pela autoridade política.

1.1.1 A terminologia da positivação dos direitos atrelados à dignidade da pessoa humana

Por oportuno, destaca-se que a doutrina tem alertado para diferenças e até mesmo ausência de consenso no que tange os aspectos conceituais e terminológicos dos direitos humanos, os quais seguem corriqueiramente identificados pelo uso de expressões como direitos fundamentais, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, entre outros. De forma breve, destacam-se algumas características de tais expressões para que se compreenda o motivo de não se usa-las como sinônimas.

Muito se discutiu na doutrina acerca dos “direitos públicos subjetivos”, tendo sido eles objetos de várias teorias. De tal maneira, por não se tratarem de um dos objetivos principais deste estudo, fez-se a opção pelo seu conceito com base naquele comumente estabelecido pelos doutrinadores, visto como instrumentos jurídicos de controle da atuação do

Estado. Segundo Clarisse Seixas Duarte, trata-se de uma “capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual” (2004, p. 113). Daí verifica-se “sua relevância quanto à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente de cunho social, por parte do Estado que figura como sujeito passivo da obrigação” (ALVAREZ, 2013, p.1).

As “liberdades públicas” estariam bastante próximas aos direitos humanos, pois, segundo Jean Rivero, são elas “os poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo” (2006, p. 21). O mesmo autor estabelece que as liberdades públicas traduzem juridicamente “uma filosofia dos direitos do homem”, assinalando ser “banal afirmar que nenhuma liberdade pode ser ilimitada. Mesmo aos olhos dos liberais mais extremistas, a liberdade de cada um deve terminar onde começa a liberdade do outro” (2004, p. 11).

Originários da cultura anglo-saxônica, os direitos morais partem “da premissa de que os direitos são precedentes ao Estado e ao próprio Direito” (VALENTIM, 2007, p. 21). Gregório Peces-Barba Martinez explica “que ainda não se está diante da expressão ideal que integre toda a complexa estrutura dos direitos e que nos conduza a sua compreensão integral, pelas mesmas razões aduzidas aos direitos naturais.” (MARTINEZ, 2004, p. 25)

A expressão “direitos dos povos”, segundo John Rawls, deve inicialmente ser diferenciada do conceito de “sociedade dos povos”, ainda que sejam indissociáveis numa perspectiva fim:

o último designa todos os povos que seguem os ideais e os princípios do Direito dos Povos, enquanto que o primeiro denota os princípios políticos que regulamentam as relações políticas mútuas entre os povos, e não simplesmente o direito que todos os povos têm em comum como sugere o conceito tradicional do *ius gentium*. (2004, p.3)

Por esse argumento, tais conceitos fazem-se interdependentes, visto que os direitos dos povos dizem respeito ao conjunto de princípios, referindo-se a sociedade dos povos às pessoas que seguem essa carga principiológica.

Importante neste momento salientar a visão do autor Georges Vedel, para quem “os direitos do homem, as liberdades e os direitos fundamentais, qualquer que seja o nome pelo qual sejam chamados, provêm originariamente do Direito natural” (*apud* NOGUEIRA, 1997, p. 457).

A expressão “direitos naturais”, segundo Costas Douzinas, deriva de um conceito bastante aberto, o direito natural, mas que, de toda forma, “foi por muitos séculos a capital da

província da jurisprudência e da filosofia política. Seu pensamento era profundamente hermenêutico, tratava de fins e propósitos, significados e valores, virtude e dever” (DOUZINAS, 2009, p. 39). O direito natural tem estreita relação com a evolução dos posicionamentos que culminaram naquilo que hoje temos por direitos humanos.

Quanto à expressão direitos humanos, em que pese a multiplicidade dos pontos referenciais que desaguam na sua conceituação, pensa-se ser importante optar aqui por um marco, algo que sirva de referencial para a compreensão da crítica que será tratada na terceira parte deste trabalho, quando, assim se espera, haverá maiores elementos para uma concepção ainda mais completa. Por isso, mais uma vez utilizando-se o autor Costas Douzinas, tem-se que “Os Direitos Humanos (termo composto) referem-se ao que é humano, à humanidade ou à natureza humana e estão ligados ao movimento do humanismo e sua forma jurídica” (2009, p. 38). Segue definindo que os Direitos Humanos são uma “arma de resistência à onipotência do Estado e um importante antídoto contra a capacidade inerente do poder soberano de negar a autonomia dos indivíduos em cujo nome passou a existir” (2009, p. 38).

No que tange o termo direitos fundamentais, de acordo com o autor Ingo Sarlet, “são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos” (2012, p. 249). O conceito de direitos fundamentais “se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (CANOTILHO, 1993, p.528), enquanto a expressão direitos humanos diz respeito aos

documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal. (SARLET, 2012, P. 249)

Diante do que foi visto, os direitos humanos nascem da perspectiva da dignidade da pessoa humana. Compreende-se, portanto, a dignidade humana como fundadora dos direitos humanos, quando seu valor jurídico passa a “irradiar os seus efeitos sobre a (re)construção do direito em praticamente todos os quadrantes do globo”. (BRAGATO, 2011, p. 13)

A ligação entre dignidade humana e direitos humanos, repisa-se, é inseparável, o que fica bastante compreensível no conceito de Habermas, para quem os direitos humanos são uma resposta à “indignação dos ofendidos face à violação da sua dignidade humana.” (2012, p. 31).

1.1.2 Universalidade e a globalização

Muitos doutrinadores focam suas definições de globalização na economia, qual seja, na nova ordem mundial surgida nas últimas décadas como resultado do processo de intensificação da transnacionalização dos mercados financeiros, de bens e dos serviços.

Nessa linha, o entendimento de Mireille Delmas-Marty é no sentido de que os direitos humanos situam-se no contexto de “mundialização e da globalização econômica, embora continuemos sempre sem saber muito claramente se esta formidável dinâmica nos aproxima dos direitos do homem” (2000, p. 381). De toda forma, no contexto da universalização dos direitos humanos, é de se reconhecer a flexibilidade que deve assumir o conceito soberania, sendo que num cenário globalizado, e com muitas razões econômicas, os motivos de aproximação entre os Estados podem ser sempre postos em questão.

A globalização econômica, não implementada sob um viés cooperativista, quando Estados apenas relacionam-se entre si na busca por melhores acordos econômicos que visam aprimorar suas próprias realidades, acarreta inquestionáveis desigualdades sociais, afastando países ricos e pobres, tornando a noção de dignidade muito abstrata, vez que as necessidades dos mais pobres passam a ser muito básicas e incompatíveis com as dos mais favorecidos. Segundo Mary Robinson:

aumentou o fosso econômico entre os países menos desenvolvidos e os países mais ricos. A noção de aldeia global continua a ser empregada. Os indicadores econômicos mostram que desde há trinta anos, o rendimento dos países subsaarianos diminuiu em termos reais. O afastamento crescente entre países ricos e países pobres coincide com a globalização rápida dos mercados e da informação. (2000, p. 370)

Por essa perspectiva, observa-se que os direitos humanos são diretamente influenciados pela globalização e que esta termina por acentuar desigualdades, impedindo os Estados de respeitarem esses direitos em todas as suas dimensões.

No entendimento de Boaventura de Sousa Santos, “aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais que dão origem a diferentes fenômenos de globalização” (1997, p. 107). Por conseguinte, é de se frisar que não há uma entidade única chamada globalização, embora não se deva ignorar, como dito, que o fator econômico assume papel decisivo nesse contexto.

Não obstante tal reflexão, o mesmo autor compõe um conceito de globalização baseado nas relações sociais, as quais, a seu ver, envolvem conflitos e, como consequência,

vencedores e vencidos. Nessa esteira afirma que “A globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.” (1997, p.108)

Ainda conforme os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos, pelo caráter plural do fenômeno de globalização é de se distinguir quatro modos de produção de globalização: o localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolismo e o patrimônio comum da humanidade.

O localismo globalizado consiste no processo pelo qual "determinado fenômeno local é globalizado com sucesso" (1997, p. 109), a segunda forma de globalização é chamada pelo autor de globalismo localizado, que se traduz no "impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais são, por esta via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais" (1997, p. 110).

O terceiro processo de globalização é o cosmopolitismo descrito como os meios predominantes de dominação que não excluem Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados que passam a ter a oportunidade de "se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comuns, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial." (1997, p. 110). O quarto processo tem difícil descrição, mas pode ser compreendido como a "emergência de temas que, pela sua natureza, são tão globais como o próprio planeta e aos quais eu chamaria, recorrendo ao direito internacional, o patrimônio comum da humanidade". (1997, p. 111).

Boaventura desenvolve a tese de que enquanto os direitos humanos forem concebidos como universais tenderão a atuar como localismo globalizado e, dessa forma, funcionarão sempre como "choque de civilizações tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo." (1997, p. 111)

Nesse sentido, o autor espanhol Federico Mayor, citado por Teixeira e Campelo Filho, aponta recurso à universalidade dos direitos humanos a sua prática dentro de uma comunidade global harmônica, construída com o reconhecimento do outro, não só pela lei, mas em um consenso ético:

reconhecer a existência do outro para um novo contrato social para o século XXI, para um contrato cultural e ainda para um contrato ético. Mayor (2000, p. 365) pontua ainda que colaborar para o êxito destes novos contratos pressupõe mais do que o simples reconhecimento de direitos. Como Hannah Arendt tinha muito bem pressentido, a base dos direitos humanos é o direito a ter direitos: isto é, o direito a

ser plenamente reconhecido como cidadão, como membro de uma comunidade. (TEIXEIRA E CAMPELO FILHO, 2014, p. 14)

Quanto à universalidade enquanto característica dos Direitos Humanos, Boaventura de Sousa Santos conclui que os direitos humanos precisam ganhar novo conceito, agora sob a égide do multiculturalismo. Enfatiza o autor:

O multiculturalismo, tal como eu entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra hegemônica de direitos humanos no nosso tempo. (1997, p. 112)

Eis que a alteridade surge como resposta para a real implementação dos direitos humanos em caráter universal, entendidos como mantenedores da dignidade humana, como se verá mais detalhadamente no terceiro capítulo deste trabalho.

Ademais, como já dito, os direitos humanos positivados para eficácia dentro de um contexto localizado são denominados de direitos fundamentais. Aqui surge um paradigma, vez que os direitos humanos têm pretensão universal, mas a sua positivação caracterizada pelos direitos fundamentais não. Habermas explica:

Por um lado, os direitos humanos, só podem alcançar a validade positiva de direitos fundamentais numa comunidade específica, primeiro, no âmbito de um Estado nacional. Por outro, só seria possível cumprir a sua pretensão de validade universalista, que extravasa todas as fronteiras nacionais, numa comunidade inclusiva à escala mundial. (HABERMAS, 2012, p.49)

Quanto a essa relação, o mesmo autor traz a resposta de que só se encontraria uma solução racional na construção de uma “sociedade mundial democrática sem que, por isso, necessitasse de assumir qualidades estatais” (2012, p.50). Desse modo, o autor vai de encontro, declaradamente, ao sustentado por Hannah Arendt, afirmando que não é possível resolver a questão dos direitos humanos e dos direitos civis “apenas através da expansão global dos Estados constitucionais combinada com o ‘direito a ter direito’.” (2012, p. 50). Habermas é incisivo quando afirma não ser desejável e nem possível de ser executada uma sociedade gerida por um governo mundial.

A despeito da dificuldade de gerir os efeitos da globalização, ela está presente nas relações humanas atuais, daí a necessidade de entendê-la com o mote de utilizar sua eficácia em proveito da humanidade, tirando a característica da universalidade dos direitos humanos da abstração. De forma que o “direito cosmopolita” de Immanuel Kant pudesse ter a atuação imaginada pelo autor na busca pela paz perpétua “já que agora a comunidade (mais estreita ou mais larga) propagada sem exceção entre os povos da Terra foi tão longe que a infração do

direito em um lugar da Terra é sentido em todos” (1989, p. 46. B).

Nesse sentido, Federico Mayor explica que a consolidação dos direitos humanos pressupõe a construção da democracia, não apenas em nível nacional, mas também em nível mundial, uma vez que, atualmente, os problemas não param comodamente nas alfândegas ou nos postos fronteiriços:

As nuvens radioativas também não. Os problemas mundializaram-se, o mercado mundializou-se e nós continuamos a fingir acreditar que podemos contentar com soluções exclusivamente nacionais. Perante o mercado mundial e os desafios mundiais, apenas uma democracia mundial, sem fronteiras, pode oferecer respostas ao século XXI. Os Estados investiram demasiado tempo na guerra. Vamos investir agora na paz, portanto na proteção da dignidade humana. As violações graves e repetidas dos direitos humanos exigem por parte da comunidade internacional respostas à altura das violências que se exercem contra a dignidade dos seres humanos. (2000, p. 364)

Sendo assim, tendo sido possível analisar os elementos que melhor constituem os direitos humanos, é de fundamental importância compreender os movimentos históricos que afirmaram a dignidade da pessoa humana como ponto gravitacional dentro dessa perspectiva.

1.2 MOVIMENTOS HISTÓRICOS DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Quando Thomas Jefferson redigiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) afirmou, contemplando a igualdade entre os homens, existirem “verdades evidentes”. Acerca disso, Celso Lafer cita a observação de Hannah Arendt quando ela afirmou que “o pressuposto de que *‘all men are created equal’* (todos os homens são criados iguais) não eram evidências nem consistiam um absoluto transcendente” (APUD 1988, p. 124). Ainda referindo-se à autora alemã, observa que a igualdade posta-se como “conquista histórica e política – uma invenção – que exigia o acordo e consenso entre homens que estavam organizando uma comunidade política” (1988, p. 124)

A premissa de que os direitos humanos não surgiram prontos, mas são resultado de sucessivas lutas e conquistas, indica a necessidade de uma retrospectiva histórica que demonstre a sua afirmação.

Conquanto, para se efetuar uma análise histórica é necessário delimitar o tempo a ser tratado. De forma que este estudo utilizará por marco a concepção do direito natural, que representa, conforme Costas Douzinas, "uma constante na história das ideias – a luta pela dignidade humana em liberdade contra as infâmias, degradações e humilhações infligidas às

peessoas por poderes instituídos, instituições e leis." (2009, p. 45)

A busca por uma sociedade justa é, desde a Grécia antiga, associada aos direitos naturais. Segundo Douzinas, “o direito natural tem conceito aberto - incertezas históricas e morais”. Fazendo referência à Erick Wols, ele salienta que "há cerca de 17 conceitos para *naturale* e uns 16 para *jus*. A junção dos dois gera cerca de 255 combinações" (2009, p. 59).

Ainda assim, os direitos naturais sempre estiveram no centro da filosofia política. A natureza, como conceito crítico, ganhou aceitação filosófica no quinto século quando foi usada pelos sofistas contra as convenções e a lei, também por Sócrates e Platão para combater o relativismo moral e estabelecer a razão. Para os Sofistas as regras e leis "não fazem parte do natural. Cálicles e Trasímaco (mais tarde Nietzsche) diziam que as leis eram ideias dos fracos para proteger-se dos fortes. Com os sofistas a crítica da lei e a figura do indivíduo livre adentraram no cenário histórico." (DOUZINAS, 2009, p. 46).

Nota-se que os direitos naturais, desenvolvidos dessa maneira, agiram como um trunfo dos oprimidos. Ademais, transformar a natureza em norma ou no padrão do direito foi o maior passo inicial da civilização e também um truque contra os sacerdotes e os governantes.

Entretanto, o direito natural clássico era “radicalmente anti-historicista, ou, para usar uma expressão anacrônica, havia algo de “objetivo” nele” (DOUZINAS, 2009, p.44), nessa perspectiva, o ser humano nasce para ser o que a natureza delimitou para ele e ser bom é agir de acordo com isso. Douzinas explica:

A natureza de uma coisa ou de um ser é, primeiro, sua causa eficiente, sua energia ou potencial para a perfeição, em segundo lugar, sua essência em desenvolvimento e, finalmente, seu fim ou objetivo, o propósito para o qual ela se move, seu potencial realizado quando ela amadurece e se torne um espécime perfeito de sua classe. (2009, p. 44)

O autor, citando Aristóteles, define direitos humanos, ainda que já se tenha oferecido conceito dele próprio em tópico anterior, como um "princípio metodológico que contribui para a descoberta da solução justa, não em nossa consciência moral ou em algum conjunto preciso de regras, mas no mundo externo das relações humanas." (2009, p. 45)

Os estoicos, por sua vez, contribuíram com os direitos naturais ao reconhecerem direitos inerentes à própria condição humana, defendendo uma liberdade interior inalienável. Corroborando o autor:

Esta paixão contra as paixões transgrediu pela primeira vez as divisões de classe e uniu escravo e imperador. Os estoicos repetidamente se referiram a uma idade de

ouro, governada por leis não escritas cujo conteúdo era a igualdade e a unidade inata de tudo em um império racional de amor. (DOUZINAS, 2009, p. 47)

Essa filosofia pregada pelos estoicos desenvolveu-se durante seis séculos, até a segunda metade do século III da era cristã, “mas os seus princípios permaneceram em vigor durante toda a Idade Média e mesmo além dela” (COMPARATO, 2015, p. 28).

A humanidade universal tratada pelos estoicos baseava-se na essência racional do homem e na ideia de direitos iguais para toda raça humana e determinava um afastamento sem precedentes do mundo grego com suas classes, diferenciando homens livres de escravos ou, ainda, helenos e bárbaros. Entretanto, “sua aplicação mais concreta teria que esperar pelo Direito do Império Romano e as declarações políticas do início da modernidade.” (DOUZINAS, 2009, p. 47)

Na Roma clássica o *ius gentium* teve seu predomínio. “Os conceitos aristotélicos de justiça legal sobreviveram e prosperaram em Roma, onde as ideias estoicas de Direito Natural, simplificadas e transformadas por Cícero, foram também aplicadas pela primeira vez.” (DOUZINAS, 2009, p. 63)

Os direitos naturais sob a concepção estoica sobreviveram na prática do Império Romano, passando, então, a rumar por vias de uma teoria em que a lei estava no comando e a interpretação do direito se fazia com base no sujeito. Aqui encontram-se os alicerces para a concepção atual de direitos humanos.

Douzinas afirma que a principal força a impulsionar o direito em direção a uma teoria dos direitos naturais foi o processo gradual de cristianização:

As sementes do Direito Natural cristão podiam ser encontradas talvez na afirmação de São Paulo, inspirada nos ensinamentos estoicos, de que Deus colocou a lei natural em nossos corações (Carta de São Paulo aos Romanos, II:15). Esse foi o início da ideia de que a consciência é a lei de Deus enraizada no coração. Após a vitória do cristianismo, jus ficou intimamente ligado à moralidade e tomou a forma de um conjunto de mandamentos ou regras, o tipo pragmaticamente judaico de legalidade. (2009, p. 67)

O pensamento cristão na idade média defendia a igualdade de todos os seres humanos perante Deus, desenvolvendo o direito natural nessa perspectiva, com registros nas obras de Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho.

Esse processo de justificação filosófica ocorria simultaneamente à produção das Cartas ou Declarações de Direitos que recepcionaram alguns direitos e liberdades à pessoa humana. De todos os documentos medievais a Magna Carta tem espaço especial na história, pois se tratou de um contrato subscrito entre o Rei João Sem Terra e os bispos e barões na Inglaterra em 1215.

A Idade Média, importante ressaltar, foi o período entre Idade Antiga e Idade Moderna, iniciado com a derrocada do Império Romano no Ocidente. Segundo sintetizou Rogerio Tair, tal época caracterizou-se pela "união entre Estado e Igreja, decorrente da transformação do cristianismo como religião oficial do Império Romano. Constituíram-se um poder temporal supremo no Imperador e um poder espiritual supremo no Papa." (2009, p. 149).

A Magna Carta surge no contexto histórico do fortalecimento da burguesia, a qual era composta pelo novo grupo social que não fazia parte das classes existentes; nobreza e serviçais. A burguesia se organizava segundo um direito oposto ao feudal, pois "o poder político não deriva da propriedade imobiliária, mas sim da riqueza mercantil. Ademais, a sociedade burguesa não se divide em estamentos, mas é composta de família formalmente livres" (COMPARATO, 2015, p. 90). É nesse momento de mudanças sociais que deve ser compreendida a importância desse documento, já que reconheceu "os direitos próprios dos dois estamentos livres (senhores feudais e burgueses) existiam independentemente do consentimento do monarca." (COMPARATO, 2015, p. 92)

Em meados do século XIV surge o Renascimento, rompendo com a hegemonia cristã, e com isso a ideia de direitos da pessoa humana, decorrentes da vontade divina, perde a sua sustentação. É o início da Idade Moderna e com ela nasce uma nova mentalidade, impulsionada especialmente pelo Humanismo e pela Reforma Protestante.

Uma nova cultura surge do Renascentismo definindo o tempo moderno, trata-se do individualismo. O indivíduo passa a estar no centro dos interesses dos intelectuais e "substitui a adoração antes conferida pelos medievais a Deus. O Direito Natural regulava a humanidade em um estado de pecado não poderia mais ser usado para justificar regimes sociais e políticos opressivos." (DOUZINAS, 2009, p.78).

Segundo mesmo autor, a transformação do direito natural objetivo (ideia grega de direito natural) em direito individual subjetivo foi uma "revolução cognitiva, semântica e política. Dali em diante, o pensamento jurídico e político colocou no centro de sua atenção o soberano e o indivíduo com seus respectivos direitos e poderes." (2009, p. 65)

Buscando responder ao deslocamento do objeto de pensamento dos séculos XVII e XVIII, da natureza para o homem, nasce o jusnaturalismo. Franklin Baumer, fazendo referências ao século XVIII, explica que "O interesse pelas questões políticas e sociais aumentou consideravelmente durante o século XVIII. Em parte, isto aconteceu porque a política e a economia política eram consideradas ramos da ciência do homem, que era a moda da época" (1977, p. 245). Baumer ainda explica que apesar do surgimento de teorias que

iniciavam o tratamento de questões sociais por meio do utilitarismo, “o pensamento do direito natural persistia a nível popular e fornecia muitos dos slogans da ação política” (1977, p. 247). Montesquieu, referenciado pelo autor, mostra, no Espírito das Leis, a base do pensamento jusnaturalista:

As leis, no seu significado mais geral, são relações necessárias que surgem da natureza das coisas... antes de as leis serem feitas, havia relações de justiça possível. Dizer que não há nada justo ou injusto a não o que é permitido ou proibido pela lei positiva é o mesmo que dizer que, antes de descrever um círculo, os raios não eram todos iguais (1977, p. 248).

Baumer, ainda sobre o século XVIII, ensina que o liberalismo, embora seja a expressão própria do século XIX, já era visto nessa época. Ao referir-se ao fenômeno político sustenta que

Costumou restringir-se o seu significado, distinguindo, por exemplo, entre radicais e liberais, ou identificando liberalismo exclusivamente com as exigências econômicas e políticas da classe média ou, com Basil Willey fez, como uma crença particular defendida, por exemplo, por Adam Smith, de que a sociedade seria se a natureza fosse deixada a si própria com um mínimo de interferência humana, isto é, governamental. Embora todos esses significados tenham algum mérito tendem a obscurecer o movimento liberal que se centrava na reforma da ordem estabelecida e acentuava a liberdade e a igualdade dos indivíduos (1977, p. 253).

Nos séculos XIX e XX a visão jusnaturalista de um direito natural foi cedendo espaço para a concepção do Direito codificado que passou a se afirmar na vontade do legislador.

Essa experiência jurídica determinou a supremacia do direito positivo em detrimento do direito natural, identificando-se tão somente como direito o direito positivo. Segundo este novo entendimento, ao direito não importaria a valoração subjetiva individual, mas apenas a norma positivada.

Chegado ao momento da positivação, far-se-á uma incursão nas principais revoluções pertinentes a afirmação dos direitos humanos, vez que “apesar de todas as controvérsias, no decorrer da história, os direitos humanos foram introduzidos, quando não de forma integral, pelo menos em grande parte, nas constituições dos países ocidentais, ou seja, foram positivados” (GAUER, SAAVEDRA, GAUER, 2011, p. 110).

1.2.1 Revoluções inglesa, americana e francesa

O marco inicial da modernidade pode ser situado na aprovação dos revolucionários documentos do século XVIII: a declaração de independência dos EUA – 1776, a *Bill Of Rights* de 1689 (Inglaterra) e a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. “Seu encerramento simbólico foi a queda do muro de Berlim em 1989.” (DOUZINAS, 2009, p. 99)

Os direitos naturais proclamados por estas declarações se tornaram direitos humanos, expandidos da França e dos Estados Unidos para toda a humanidade.

Dentre os importantes documentos que marcaram a história dos direitos humanos não se pode esquecer a Lei do *Habeas Corpus* de 1679, instituída na Inglaterra, cuja contribuição consistiu na abertura de espaço para que os direitos do indivíduo fossem respeitados em termos jurídicos por meio de uma ação. Há de se recordar que “tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial própria para sua defesa” (COMPARATO, 2009, p.100)

Também na Inglaterra, aprovado pelo parlamento um século antes da Revolução francesa, o Bill of Rights de 1689, reconheceu alguns direitos ao indivíduo, o direito de liberdade, o direito a segurança e o direito a propriedade privada. “Direitos estes que já haviam sido consagrados em outros documentos, entretanto como eram constantemente violados pelo poder real foram recordados na esperança de que desta vez fossem respeitados” (ARAGÃO, 2001, p. 32).

Segundo Fabio Konder Comparato, embora não sendo uma declaração dos direitos humanos, como as que viriam a serem aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of rights* criou, com a divisão de poderes, uma garantia constitucional, uma forma de organização do Estado cuja função é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

Além disso, o documento reafirmou alguns direitos fundamentais que estão vigentes até os dias de hoje tais como “o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis” (2015, p. 108). Entretanto, esse mesmo instrumento de garantias, retirou dos civis a liberdade de crença dentro de seu território:

Há um caráter contraditório no tocante às liberdades públicas. Se de um lado foi estabelecida pela primeira vez no estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no Bill of Rights, constituiu o instrumento político de imposição de uma religião oficial. (2015, p.107)

Já em 1765, o governo inglês disputava o território canadense com a França, o que fez aumentar as despesas da Inglaterra e conseqüentemente os impostos que cobravam da sua colônia americana. Nas palavras de Fabio Konder Comparato, “para um povo que revelou, desde os primórdios, um marcado espírito mercantil, essas medidas eram dificilmente suportáveis” (2015, p. 116). A revolta começa a tomar conta das colônias que se reúnem e em 1776 é elaborada a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, a qual afirma em seu artigo 1º que todos os seres humanos são livres e independentes, pela sua própria natureza. Não à toa, o documento levaria alguns autores a afirmarem que "Constitui o registro do nascimento dos direitos humanos na história" (COMPARATO, 2015, p. 49). História essa que, segundo Costas Douzinas, seria complementada por um segundo argumento naturalista de que:

(...) evidente nas Declarações da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e da Independência, de 4 de julho de 1776: os direitos do homem seriam estabelecidos e melhor protegidos se a sociedade fosse deixada amplamente livre da intervenção do Estado. (2009, p. 101)

Seguindo o exemplo da colônia da Virgínia, “outras colônias americanas aprovaram declarações semelhantes, mantendo a mesma linha fundamental” (DALLARI, 1993, p. 176). Redigida por Thomas Jefferson, a declaração da Virgínia já continham ideias que mais tarde inscreveriam também a Declaração da Independência.

A grande novidade da Declaração da Independência, nos Estados Unidos em 1776, salienta Fabio Konder Comparato, reside no quanto ela contribuiu para a afirmação dos princípios democráticos:

A própria ideia de se publicar uma declaração das razões do ato da independência, por um respeito devido às opiniões da humanidade, constitui uma novidade absoluta. Doravante, juízes supremos dos atos políticos deixavam de ser os monarcas, ou os chefes religiosos, e passavam a ser todos os homens, indiscriminadamente. (2015, p.118)

Quanto ao objetivo do documento norte-americano perfazia-se em legitimar a independência política dos Estados Unidos da América. Segundo afirma o autor Costas Douzinas, para cumprir tal intenção, os norte-americanos foram além dos documentos históricos, utilizando-se também da filosofia e dos direitos naturais para sustentar seus mais novos direitos adquiridos, alegavam “em primeiro lugar, que os direitos naturais das declarações eram expressões da vontade divina e uma reafirmação apenas das liberdades tradicionais do inglês nascido livre” (2009, p.101).

Para concretizar a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, foi aprovada em 1787 a Constituição dos Estados Unidos da América na Convenção Constitucional da Filadélfia. O que “serviu de referencial para todos os movimentos de independência dos povos colonizados” (GENEVOIS, 2009).

Enquanto isso na Europa moderna vivia-se tempos de grandes desigualdades, suportadas pelos burgueses, artesãos e camponeses, enquanto a nobreza e o clero desfrutavam de intocáveis direitos. A nobreza de “tribunal privativo, isenção de impostos, acesso aos cargos públicos, posse de grandes fortunas, e o clero de tribunal privativo, isenção de impostos, direito de explorar o ensino e opinar sobre assuntos políticos, econômicos e administrativos.” (TAIAR, 2009, p. 167)

Nesse contexto histórico de descontentamento das classes menos favorecidas é que a Declaração Universal francesa teve origem. O movimento iniciado em 1789 operou na palavra revolução uma completa mudança semântica, “o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade.”(COMPARATO, 2015, p.141). O que foi chamado por Jürgen Habermas de uma “consciência revolucionária”, tratava-se de uma mentalidade “marcada por uma nova consciência de tempo, um novo conceito de prática política e uma nova representação do que seja legitimação” (1990, p. 100 b).

Diferentemente da *bills of rights* da Inglaterra e da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a Declaração francesa superava os próprios interesses, celebrando a ideia de liberdade a outros povos. Os revolucionários de 1789 “julgavam-se os apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros” (COMPARATO, 2015, p. 146). Para explicar melhor o caráter universalista da Declaração francesa, citando Duquesnoy, Fabio Konder Comparato lembra:

Uma declaração deve ser todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos. (2015, p. 146)

Conquanto, sem desconsiderar a importante diferença supra referida, as semelhanças entre a Declaração francesa e a Declaração norte-americana iniciam pelas suas essências de compromisso com um sistema político que garantisse liberdade e igualdade e, ainda, conforme Costas Douzinas:

Ambos afirmam que limitações e restrições ao exercício dos direitos devem ser introduzidas por meio de leis elaboradas por entidades democraticamente eleitas. Finalmente, ambas protegem direitos similares: a liberdade religiosa e a liberdade de expressão, a segurança da pessoa, o devido processo legal e o pressuposto da inocência em processos criminais. (2009, p. 100)

Nas palavras do autor: “Tanto as semelhanças quanto as diferenças influenciaram o futuro curso dos direitos humanos” (2009, p. 101).

1.2.2. Os Direitos Humanos Internacionais.

Pode-se dizer que os direitos humanos entraram para o cenário mundial com o fim da Segunda Guerra Mundial. Segundo Costas Douzinas, “seus momentos simbólicos são o Tribunal de Nuremberg e Tóquio, a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945) e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).” (2009, p. 127).

A Segunda Guerra Mundial trouxe uma marca de horror ainda superior a da Primeira Guerra. Tratando-se do período mais prolongado e até de maior número de países envolvidos, porém ainda pior, ficaria marcada na história pela:

(...) descomunal cifra de vítimas. Calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a Segunda Guerra Mundial, a maior parte civis, ou seja, seis vezes mais do que no conflito do começo do século, em que as vítimas, em sua quase totalidade, eram militares. Além disso, enquanto a guerra do início do século provocou o surgimento de cerca de 4 milhões de refugiados, com a cessação das hostilidades na Europa, em maio de 1945, contavam-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas, de modo forçado ou voluntário, dos países onde viviam em meados de 1939. (COMPARATO, 2015, p. 225)

O episódio evidenciou a capacidade humana de autodestruir-se e a necessidade de encontrar um meio de garantir, mais do que a sobrevivência, a dignidade a todos os povos. Nas palavras de Flávia Piovesan, “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução” (2016, p. 253 B).

A Organização das Nações Unidas surgiu como uma medida pós Segunda Guerra Mundial, com o intuito não só de arbitragem entre os conflitos Bélicos, mas com o objetivo de colocar as guerras fora da lei. As Nações Unidas “nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.” (COMPARATO, 2015, p. 226).

Em 10 de dezembro de 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pelas Nações Unidas, nas palavras de Fabio Konder Comparato, ela representou “a

manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens.” (2015, p. 238). Na interpretação de Jayme de Altavila:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, constituiu a página mais brilhante do pensamento jurídico da humanidade e, em tese, o diploma de sua maior conquista. Para se atingir a sua culminância, uma imensidade de degraus foi palmilhada e uma imensidade de textos legais e de reivindicações caíram pelos escalões das iniciativas, atestando a honestidade dos esforços por uma paz perene e por um plano de existência igual e condigna. (2001, p. 243).

Sem dúvidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a responsável pela internacionalização do objetivo de que todos os seres humanos, exclusivamente pela condição nata de humano, tenham a possibilidade de fruir de uma vida digna. Contudo, os desejos expressados por essa Declaração encontram inúmeras dificuldades, principalmente de ordem prática.

Notoriamente, como lembrou Costas Douzinas, nunca se falou tanto em direitos humanos como no último século, mas também, nunca antes foram cometidos tantos atentados contra a humanidade. Atentando-se para esse paradoxo e tantos outros é que se fez a opção de iniciar o presente trabalho demonstrando as bases dos direitos humanos em sua perspectiva tradicional, quais sejam; a dignidade humana como legitimação moral desses direitos, a universalidade como característica central determinante, o individualismo como fator de transferência de objeto da legitimação das leis do divino para o humano e, finalmente, a positivação através das declarações e tratados como meio de afirmação de tais direitos através da história. Para, só então, buscar entender a crítica relativa aos direitos humanos e às bases que o compõem.

De tal forma, antes de tecer a crítica pertinente à espécie de direito tratada, na sequência, se dará o estudo acerca da entidade do refugiado. Que foi escolhido como eixo gravitacional desta pesquisa por tratar-se de um expoente da dificuldade da aplicação dos direitos humanos como se propõem na atualidade. Versando, especialmente, como norma de referência, acerca da Lei Brasileira do Refugiado.

2. DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS AO DIREITO

INTERNACIONAL DO REFUGIADO

Com o reconhecimento e positivação dos direitos humanos esta espécie de direitos caminhou para a internacionalização de seus efeitos. Surgia o direito internacional dos direitos humanos e, como um ramo especializado dele, o direito internacional dos refugiados. Essa corrente especializada dos direitos humanos tem como objetivo garantir proteção às pessoas que são perseguidas dentro de seus países de origem e se veem obrigadas a buscar proteção e dignidades em outros espaços.

Nessa perspectiva, Thais Silva Menezes define o instituto do refúgio como o resultado de “uma concertação internacional que compreendeu ser a cooperação internacional o modo mais adequado para lidar com esse tipo de migração internacional forçada” (2012, p. 11).

Pode-se dizer, dessa forma, que a proteção aos refugiados mostra-se como consequência do reconhecimento internacional dos direitos humanos e que “a própria condição de refugiado aponta à violação dos direitos humanos básicos” (PIOVESAN, 2016, p. 260). Rossana Rocha Reis e Thais Silva Menezes bem analisam a questão quando afirmam:

Sem dúvida, a configuração atual do regime dos refugiados constituiu-se como resultado e, ao mesmo tempo, como parte integrante da afirmação internacional de direitos humanos que ocorreu após a II Guerra Mundial, essencialmente influenciada pelos acontecimentos ocorridos durante esse período de conflito e buscando evitar que situações de amplo desrespeito à dignidade do ser humano viessem a se repetir. (2012, p. 63)

Nesse mesmo sentido, entende Flávia Piovesan que "a proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos" (2016, p. 260 B). Ainda segundo a autora, a proteção aos refugiados tem o direito internacional como fonte de princípios e também complemento à almejada proteção desses indivíduos.

Como consequência da internacionalização dos direitos humanos, é certo que a própria definição do instituto da soberania precisou ser retrabalhada, vez que tais direitos deixaram o âmbito reservado aos Estados e ampliaram-se para um nível de comunitarismo internacional. Importante esclarecer aqui que a soberania continua reconhecida como poder de autonomia inerente a cada Estado, porém, agora, com limitações decorrentes de normas

internacionais atreladas aos direitos humanos. Alexandre Miguel corrobora a relativização que recai sobre o contexto da soberania quando afirma que a limitação “não representaria o fim do Estado ou de sua própria soberania, mas significaria notar que os fatos que estabelecem uma ordem interna refletem-se na ordem internacional” (2006, p. 295).

A internacionalização dos direitos humanos, importante que se diga, tem reflexos decisivos sobre realidades decorrentes de conflitos civis e aqueles travados entre Estados. Reconhecido como direito internacional humanitário, pode ele ser classificado em dois ramos: a) limitação dos métodos de combate; b) proteção às vítimas dos conflitos. Fabio Konder Comparato explica:

De um lado, o conjunto de normas internacionais destinadas a limitar o recurso a determinados métodos ou meios de combate durante as hostilidades armadas. É o atual *ius ad bellum*, o qual, por razões históricas, passou a ser conhecido como “direito de Haia”. O segundo ramo do direito internacional humanitário é formado pelas normas internacionais, que têm por fim proteger as vítimas de conflitos bélicos. Tais normas, pelo fato de terem sido adotadas em conferências internacionais patrocinadas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, passaram a compor o direito de Genebra. (2015, p.222)

Conforme sintetiza Carina Soares, as vertentes de tutela internacional dos direitos do homem - direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados - “formam um grande sistema de proteção da pessoa humana que é o Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu* ou Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana” (2012, p.27).

Por ser mais abrangente, o direito internacional dos direitos humanos *lato sensu* atua como reforço ao direito internacional dos refugiados. Sobre essa complementariedade Liliana Jubilut afirma que:

Tal fato é extremamente positivo, pois fortalece a proteção ao refugiado, uma vez que ao mesmo tempo em que se assegura o refúgio, livrando-o de violações de direitos relativos ao seu status civil, ele traz em si a necessidade de resguardar também os demais direitos humanos, para, com isso, aumentar o nível de proteção dado à pessoa humana. (2007, p. 61)

Vê-se, assim, que a proteção internacional dos direitos humanos faz emergir necessidades específicas de tutela, dentre elas a do refugiado. Portanto, a seguir, segue-se com a delimitação do conceito de refugiado e com as demarcações impostas pela sua normatização.

2.1 O SÉCULO XX MARCA A ERA DOS REFUGIADOS

O início do século XX “ilustrou de modo trágico a perda da condição de pessoa humana na comunidade universal” (COMPARATO, 2015, p. 297). Como bem destacou o autor Antônio Augusto Cançado Trindade, “o século XX se consagra por ser o século dos refugiados” (1981, p. 145).

Principalmente após a 2ª Guerra Mundial e a luz de fatos históricos mais recentes como as guerras e ocupações no Afeganistão e Iraque assim como a guerra civil na Síria tem causado imenso aumento dos movimentos migratórios forçados. Para essas pessoas a busca por refúgio coloca-se como alternativa em socorro de sua dignidade.

2.1.1 Conceito de Refugiado

Como conceito preparatório, importante ter em mente que migrante, na definição constante no glossário do Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), é “toda pessoa que se transfere de seu lugar habitual, de sua residência comum para outro lugar, região ou país” (IMDH, 2016). O refugiado, nesse contexto, segundo Carina de Oliveira Soares, é caracterizado quando a migração se dá em razão de “raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou por opinião política, levando o indivíduo a abandonar o seu país de origem, a sua casa e a sua família na busca de asilo em um outro país” (2012, p.36).

Entretanto, alguns autores afirmam que o “conceito de refugiado nunca partiu da mesma base teórica e tem sido um processo dinâmico” (CARNEIRO, 2012, p. 13). Sua definição, a princípio, era determinada pelas características do grupo de refugiados que se encontravam em situação de risco no momento. Wellington Pereira Carneiro explica que

As definições de refugiados antes da Convenção da Organização das Nações Unidas de 1951 se basearam em critérios distintos para definir quem é um refugiado. Este processo ocorreu no marco das soluções ad hoc adotadas pela comunidade internacional para responder a crises humanitárias, produto de eventos históricos que produziram grandes deslocamentos forçados. (2012, p. 14)

Essa forma casuística de conceituar “apareceu simultaneamente aos primeiros instrumentos jurídicos de proteção às minorias” (CARNEIRO, 2012, p. 14). Porém, com a busca pela expansão da proteção internacional, que passou de grupos para incontáveis

números de indivíduos, percebeu-se a necessidade do estabelecimento de um conceito mais amplo e que pudesse fornecer respaldos jurídicos.

Foi com a Convenção das Nações Unidas, em 1951, no artigo 1º do Estatuto do Refugiado, que se definiu o conceito de refugiado como sendo a pessoa que em razão dos fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, em função de tais receios, não pode ou não quer regressar ao seu local de origem (ONU, 1951).

O conceito de refugiado, tal qual instituído pela Convenção, tomou proporções internacionais, “ainda que politicamente os estados tenham limitado temporal e geograficamente suas obrigações” (CARNEIRO, 2012, p.16). Tal limitação assim aconteceu visto que havia na Europa a crença era a de que a questão dos refugiados seria passageira e que o esforço dos países em sua resolução também assim o seria.

Apesar das restrições apresentadas pelo conceito da Convenção de Genebra, não se pode deixar de salientar a diferença fundamental na forma de conceituar refugiado a partir de 1951, vez que a “Convenção individualiza o refugiado, e o critério se centra na pessoa do refugiado” (CARNEIRO, 2012, p. 16). O sujeito de direito do refúgio sai da abstração, admitindo-se ser o refugiado

um ser concreto que tem uma raça professa, uma crença religiosa, tem uma nacionalidade, pertence a um grupo social ou sustenta determinadas opiniões políticas e, exatamente por isso, é perseguido ou teve negada a proteção de seu estado de origem, ou este estado não pôde e não pode protegê-lo. (CARNEIRO, 2012, p.17)

A despeito da definição do instituto, importante refletir sobre o fato de que não haveria razão para discutir o conceito de refugiado caso não existisse a questão da soberania. Nesse sentido, Julia Bertino Moreira, fazendo referência à Emma Haddad, salienta que "a categoria dos refugiados se define com referência ao Estado e não existiria sem o conceito de soberania e a relação entre Estado, cidadania e território" (HADDAD *apud* MOREIRA, 2014, p 86. B). Segundo a autora:

De um lado, a existência do sistema estatal, assentada na soberania, é o que torna inteligível a categoria dos refugiados. De outro, a prática de proteger, solucionar, incluir e excluir os refugiados é o que contribui para reafirmar a soberania e o sistema estatal, reproduzindo essa relação. (MOREIRA, 2014, p. 86. B)

Destarte, o poder de autodeterminação de um Estado é fundamento da legitimação de leis em seu território, sendo essencial na pretendida eficácia de proteção dos seus membros. No entanto, esse mesmo fundamento soberano que garante a função de um Estado protetor tem em seus limites territoriais a demarcação da extensão de seu poder e a barreira para àqueles que não estão sob sua guarida.

Importante assentar que se fez aqui a opção de repassar de maneira breve a questão da soberania, pois, muito embora tenha íntima ligação com a questão da gênese dos refugiados, não se pretende analisar a Lei brasileira de refugiados sob a perspectiva da soberania do Estado brasileiro.

Seguindo na caracterização do termo refugiado, importante é não confundi-lo com o instituto do asilo. Carina de Oliveira Soares, lembrando a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, os diferencia como sendo o refúgio, espécie do gênero asilo. Ensina a autora:

O direito de asilo é entendido como um gênero do qual o refúgio é uma espécie. Há, portanto, um direito de asilo *lato sensu*, sob o qual estão abrangidos o “asilo *stricto sensu*” (asilo diplomático e asilo territorial) e o “refúgio”. Essa inclusão do refúgio como uma espécie do direito de asilo *lato sensu* deve-se ao fato de que o asilo *stricto sensu* e o refúgio são institutos que se complementam na busca de um mesmo objetivo que é a proteção do ser humano vítima de uma perseguição. (2012, p. 37)

Essa diferenciação entre gênero e espécie se dá por conta do artigo 14, parágrafo 1º, da Declaração de 1948, que contempla em seu conteúdo formas de proteção às pessoas perseguidas em seus Estados, na forma do refúgio, inclusive. Traz o dispositivo que “toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais”. (FRANÇA, 1948)

Márcio Pinto Garcia explica que o asilo é essencialmente político e que o deferimento dessa solução é ato soberano e discricionário do outorgante que o faz também com vistas à política externa e interna (2009, p. 09). Segundo Liliana Lyra Jubilut a figura do asilo pode ser ainda dividida sob os contextos político, territorial e diplomático:

o asilo político como o poder discricionário do Estado de conceder proteção a qualquer pessoa que se esteja ou que se deseje entrar em seu território, considerando-se perseguida por alguma razão política. O asilo territorial dá-se quando esta pessoa solicita amparo já estando na extensão do território do solicitante. Já o asilo diplomático ocorre quando a pessoa não está no território do qual requer asilo e faz pedido em embaixadas, navios ou aviões da bandeira do estado que quer ingressar. (2007, p.38).

O instituto do refúgio, entretanto, trata da proteção de minorias. Fabio Konder Comparato enfatiza a relação que possuem esses institutos:

A América Latina conhece, desde o século XIX, o asilo, como direito de perseguidos ou condenados por crimes políticos. Na X Conferência Interamericana, realizada em Caracas em 1954, foram aprovadas duas convenções, uma sobre asilo diplomático e outra sobre asilo territorial. Já o refúgio é concedido em razão de perseguição por motivos religiosos, raciais, de nacionalidade e de opinião política. Trata-se, pois, de um instituto de proteção de minorias, no sentido que o vocábulo apresenta no artigo 27 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. (2015, p. 297)

De tal forma, o asilo é considerado ato soberano do Estado, uma decisão política, destacando-se que nenhum órgão internacional exigirá seu cumprimento. Diferente ocorre com o instituto do refúgio, que possui atualmente órgão de controle, o qual verifica se os requisitos do pedido estão presentes e, estando, os Estados passam a responder pelo descumprimento de sua concessão.

Gustavo Oliveira de Lima Pereira diferencia, ainda, refugiado de apátrida, citando Hanna Arendt, para a quem o apátrida se caracteriza pela falta de nacionalidade, enquanto o refugiado é determinado por ter perdido a nacionalidade. Porém, pontua que a filósofa alemã adverte que “na maioria dos casos a diferença é irrisória, pois todos os refugiados, de algum modo, são apátridas na esfera política” (2011, p. 52).

Carina de Oliveira Soares sintetiza o conceito atual de refugiado como o de “pessoas que, diante de violações aos seus direitos humanos, não podem mais contar com a proteção de seu próprio país e que, por isso, têm direito a uma proteção efetiva em outro Estado” (2012, p. 18).

A partir do que foi exposto, para compreender o desenvolvimento das normas de proteção ao refugiado, é preciso também dar atenção aos acontecimentos históricos que contribuíram com o seu surgimento. Portanto, na sequência far-se-á uma síntese dos momentos intrinsecamente ligados ao desenvolvimento do processo brasileiro de normatização do refugiado.

2.1.2 Desenvolvimento das normas protetivas dos refugiados

A percepção sobre a realidade de milhares de pessoas que estavam em situação de vulnerabilidade, ameaçadas e perseguidas pelos mais diversos motivos, e que precisavam ser reconhecidas para que a responsabilidade dos Estados pudesse ser aplicada em forma de proteção, ensejou não só o debate, mas também atitudes políticas e leis que trariam algum

amparo aos refugiados. Como afirma Flávia Piovesan, o entendimento de proteção constitui-se na “garantia de direitos humanos a uma categoria de pessoas tipificadas por elementos caracterizadores próprios, que requerem um tratamento normativo especial” (2016, p. 261).

Segundo Gustavo Oliveira de Lima Pereira “antes do século XX, o direito Internacional não detinha regras estabelecidas para efetiva proteção de apátridas e refugiados” (PEREIRA, 2011, p. 29). Conforme o autor, os refugiados, na época, dependiam da generosidade das leis nacionais relativas à concessão de asilo. Além disso, antes da Primeira Guerra Mundial a problemática dos refugiados era melhor recebida pelos Estados, vez que, “estes tinham interesse em aumentar a mão de obra” (ANDRADE *apud* ALMEIDA, 2001, p.116)

Conforme Celso Lafer, nessa época, os institutos da naturalização e repatriação não eram aplicáveis aos milhares de apátridas que assim se reconheceriam em decorrência dos períodos de pós-guerra. Voltar para o local de origem também não era uma opção segura, “passando estes refugiados a dever suas vidas não ao Direito, mas à caridade” (2015, p. 145).

No desenrolar de acontecimentos que contribuiriam para proteção do grande contingente de refugiados que viriam com as duas grandes guerras, a Cruz Vermelha, criada em 1863 por Henri Dunant, foi a “primeira organização humanitária desenvolvida para proporcionar proteção e assistência às vítimas da guerra e de outras demais situações de violência em âmbito internacional” (PEREIRA, 2011, p.29). No ano seguinte foi inaugurado o direito humanitário, com a Convenção de Genebra, que consistiu em tratativas para construir um “conjunto de leis e costumes de guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico” (COMPARATO, 2015, p. 185). A Convenção assinada em 1864 seria reformada por Convenções posteriores visando ampliar seus princípios também aos conflitos marítimos (1907) e aos prisioneiros de guerra (1929).

Em 1919, com o estabelecimento da Liga das Nações, é que começaram os “debates acerca da responsabilidade da comunidade internacional na proteção de direitos dos refugiados” (RAMOS, 2010). Dois anos depois a Liga das Nações autorizou a criação de um Alto Comissariado para Refugiados, “inicialmente com a intenção voltada para os refugiados russos. Com o passar do tempo, o Alto Comissariado para Refugiados Russos (ACRR) admitiu uma maior abrangência de atuação ao órgão” (PEREIRA, 2011, p.29).

Segundo André de Carvalho Ramos, “de 1930 a 1947, em face às guerras mundiais, ocorreu um significativo aumento no fluxo de refugiados e apátridas pelo mundo.

Era necessária a instituição de renovadas ferramentas para a proteção de seus direitos” (RAMOS, 2010, p.08).

Em 1938, a Liga das Nações criou o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, “que tinha como objetivo ampliar e centralizar em um único órgão a proteção aos refugiados (proteção jurídica, econômica, assistencial e buscar soluções permanentes)” (JUBILUT, 2007, p.78).

No entanto, “em virtude da eclosão da segunda guerra mundial e do latente aumento do número de refugiados pelo mundo, aprofunda-se a crise de legitimidade da Liga das Nações, tornando suas ações ineficazes” (PEREIRA, 2011, p.30). É então que “em 1946 tem-se o término oficial da Liga das Nações e, conseqüentemente, extingue-se também o Alto Comissariado da Liga” (ANDRADE, 1996, p. 134).

Então foi criada em 1945, pelos Aliados, a UNRRA, sigla em inglês para Administração das Nações Unidas para Socorro e Reconstrução, a qual tinha por objetivo “tratar dos problemas dos refugiados pós Segunda Guerra Mundial e encarregou-se principalmente das tarefas de repatriação (retorno dos refugiados aos seus países de origem)” (SOARES, 2012, p. 45). Por ter caráter temporário, a UNRRA foi substituída em 1948 por “uma instituição permanente de caráter internacional, denominada Organização Internacional para Refugiados” (PEREIRA, 2011, p. 30).

Segundo Gustavo de Oliveira Pereira, “diante do convencimento de que o tema se tratava de um problema crônico que exigia atenção permanente” (2011, p. 30), foi criado, em 1950, no âmbito do Secretariado da ONU, o “Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), cujas atividades se iniciariam em 1º de janeiro de 1951” (2011, p. 30).

O ACNUR foi instituído como um órgão subsidiário com a finalidade de efetivar a proteção aos refugiados em nível universal, com capacidade de atuar de forma independente, mesmo seguindo as diretrizes da Assembleia Geral e do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), quando da realização das suas atividades. Sua sede está localizada em Genebra, possuindo, ainda, vários escritórios em diferentes países para melhorar sua atuação. No Brasil, por exemplo, o escritório regional do ACNUR está situado em Brasília.

Atualmente, a efetividade das medidas tomadas em âmbito internacional “depende da cooperação dos Estados com o ACNUR, devendo aqueles auxiliar o ACNUR no exercício de suas funções e na facilitação da sua missão de vigilância da aplicação da Convenção” (SOARES, 2012, p. 53).

O trabalho do ACNUR, de acordo com o Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, tem caráter apolítico, sendo essencialmente social e humanitário:

O ACNUR trabalha tanto com as questões legais e diplomáticas dos refugiados, quanto com as questões relativas à assistência material e as principais funções desempenhadas pelo órgão são: providenciar proteção internacional para os refugiados e buscar soluções permanentes para essa problemática. (SOARES, 2012, p. 60)

Visando sanar a necessidade de construção de “um instrumento que contivesse a definição geral das pessoas que deveriam ser consideradas como refugiadas, o alcance da proteção internacional e a busca de soluções duráveis para esses casos” (SOARES, 2012, p. 46), a ONU aprovou em Assembleia Geral, em 28 de julho de 1951 o primeiro instrumento jurídico de proteção a esses indivíduos. Trata-se da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, a qual define em seu artigo 1º, alínea c e parágrafo 2º o termo refugiado:

Art. 1º:

Parágrafo 1º. Para fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

c) 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.

Parágrafo 2º. Para fins da presente Convenção, as palavras “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, do artigo 1º, seção A, poderão ser compreendidos no sentido de ou

a) Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa.

b) Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures. (GENEBRA, 1951)

Importante ressaltar que a condição estabelecida na Convenção para que se possa receber o status de refugiado é a de que “seu pedido tenha sido feito já tendo o solicitante ingressado no país solicitado. A este critério dá-se o nome de extraterritorialidade, em inglês *alienage*” (PEREIRA, 2011, p. 35). Isso ocorre em nome do princípio da não-intervenção, “consagrado pela ONU, para evitar conflitos de competência interna entre países e para resguardar a característica da soberania entre os povos” (PEREIRA, 2011, p. 36).

Destaca-se também entre os direitos consagrados na Convenção de 1951 (art. 33, nº1) e, inteiramente recepcionados pelo ordenamento brasileiro, o princípio do “*non-refoulement*” (não devolução), que garante ao refugiado o direito de não ser devolvido ao país

em que sua liberdade ou vida tenham sendo ameaçadas. Nas palavras de Gustavo Oliveira de Lima Pereira, “trata-se de coibir a repulsa do estado à presença do refugiado em seu território” (2011, p. 36).

O princípio da não devolução é imprescindível ao objetivo de proteção internacional dos refugiados. Por este motivo “é considerado a pedra angular do regime internacional de proteção dos refugiados, ou seja, a ausência desse princípio torna o objetivo de proteção internacional ineficiente.” (SOARES, 2012, p. 55)

Interessante notar outra característica sem precedentes da proteção atribuída ao refugiado pela Convenção de 1951, a previsão de que a “perseguição não precisa ser efetiva, mas a ameaça real e o temor já justificam a proteção internacional daquela pessoa” (CARNEIRO, 2012, p. 18). O que se coaduna, vale dizer, inteiramente com a proteção integral dos direitos humanos.

Entretanto, é preciso notar que a Convenção supracitada apresentava limitação quanto ao tempo, vez que só podia ser aplicada aos refugiados que assim fossem reconhecidos em razão do pós Segunda Guerra Mundial. Também havia limitação geográfica, pois, conforme Liliana Lyra Jubilit, permitia-se aos signatários a possibilidade de aceitarem apenas refugiados advindos do continente Europeu. Explica a autora:

a existência dessa limitação geográfica é decorrência da pressão dos Estados europeus que se sentiam prejudicados com a enorme massa de refugiados em seus territórios, e que queriam que houvesse uma redistribuição desse contingente. O atendimento dessa reivindicação seria, todavia, impossível caso se incluísse refugiados provenientes de outras localidades, sobretudo de países em desenvolvimento e subdesenvolvidos. (2007, p. 84)

Segundo Julia Bertino Moreira essas duas limitações evidenciavam o tratamento da questão dos refugiados “como algo restrito ao continente europeu e gerado pela guerra, a definição “clássica” nascia fadada à inaplicabilidade” (2010, p 03). Ainda assim, mesmo não atingindo um contexto universal, não se pode deixar de reconhecer que “a Convenção foi aplicada a milhares de pessoas, tendo em vista que, até a década de 50, a maior parte dos refugiados era de origem europeia” (PIOVESAN, 2015, p. 23).

Na década de 1960 a ocorrência de novos fluxos em função da descolonização afro-asiática gerou uma disputa de nível global pelas zonas de influência. “Como a questão dos refugiados passou a fazer parte da política externa estadunidense e de outros países ocidentais, percebeu-se a necessidade de se alterar o texto da Convenção” (MOREIRA, 2010, p. 03).

Dessa forma, em 1967 ampliou-se o conceito de refugiado com a aprovação do Protocolo sobre o Estatuto Dos Refugiados pela ONU, nele foram eliminadas as restrições temporais e geográficas do instituto, “consequentemente, ampliando o número de seres humanos com direito a proteção internacional” (PEREIRA, 2011, p. 37). Dispõe o Artigo 1º, Seção A, parágrafo 2º da Convenção:

O termo refugiado se aplicará a qualquer pessoa que 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. (GENEBRA, 1967)

Tal realidade constitui-se em marco histórico da proteção aos refugiados, pois, desde então, passaram a ser reconhecidos como titulares de direitos humanos independentemente de onde e quando tenha ocorrido a situação que lhes infligiu ameaça.

Como consequência da ampliação do conceito de refugiado, Gustavo Oliveira de Lima Pereira destaca a existência da circunstância do refugiado “*sur place*”, trata-se da pessoa “que não era refugiada quando saiu do seu país de origem, mas que, devido a circunstâncias que surgiram em sua pátria durante a sua ausência, tem um receio fundado de perseguição por uma das razões mencionadas na Convenção de 1951” (2011, p. 38).

Na América Latina, os conflitos armados por motivos políticos, nos anos 1970 e 1980, levaram os países da região a procurarem uma definição compatível do termo refugiado com a situação local. Coube à Declaração de Cartagena em 1984 ampliar a definição do regime internacional da ONU, ao incluir pessoas que:

deixaram seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas em decorrência da violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram gravemente a ordem pública (COLOMBIA, 1984).

Conforme Carina de Oliveira Soares, embora a definição dada pela Declaração de Cartagena não tenha a mesma força de uma Convenção, “serviu de inspiração para vários Estados da América, entre eles o Brasil que, como será visto mais adiante, apesar de não ter assinado a Declaração, incluiu o conceito ampliado em sua lei nacional sobre o refúgio” (2012, p.51).

Quase sete décadas se passaram da elaboração da Convenção de 1951 e a humanidade ainda vivencia conflitos, perseguições, violações de direitos humanos de toda natureza que forçam as pessoas a deixarem tudo para trás em busca de proteção em outro país.

Diferente do esperado, a questão de tutela dos refugiados não foi algo passageiro e restrito às duas grandes guerras do século XX. Assim como em outros tempos, a contemporaneidade tem sido testemunha do deslocamento forçado de milhares de pessoas por conta de contextos políticos, de guerras civis e perseguições religiosas.

Conforme o Relatório de Tendências Globais da ONU, no ano de 2014 houve aumento de deslocamento forçado. Em 2013 o ACNUR anunciou que os “deslocamentos forçados afetavam 51,2 milhões de pessoas, o número mais alto desde a Segunda Guerra Mundial. Doze meses depois a cifra chegou a impressionantes 59,5 milhões de pessoas, um aumento de 8,3 milhões de pessoas forçadas a fugir” (ACNUR, 2015).

Esse crescimento é atribuído ao início da guerra na Síria em 2011, “que se transformou no maior evento individual causador de deslocamento no mundo” (ACNUR, 2015). Segundo o Relatório, no ano de 2014, uma média de 42,5 mil pessoas por dia se tornaram refugiadas, solicitantes de refúgio ou deslocadas internos, o que corresponde a um crescimento quadruplicado em apenas quatro anos. No mundo todo, “01 em cada 122 indivíduos é atualmente refugiado, deslocado interno ou solicitante de refúgio. Se fossem a população de um país, representariam a 24º nação mais populosa do planeta” (ACNUR, 2015).

Com pouco espaço na mídia, porém citada no Relatório da ONU pelo grande número de deslocamentos forçados, a África Subsaariana “totalizou 3,7 milhões de refugiados e 11,4 milhões de deslocados internos – 4,5 milhões dos quais ocorridos em 2014” (ACNUR, 2015).

A Ásia, por sua vez, registrou um crescimento de 31% no número de deslocamentos forçados em 2014, chegando a nove milhões de pessoas. Já o Afeganistão, que anteriormente era o principal país de origem de refugiados no mundo, cedeu a posição para a Síria. Também foram registrados deslocamentos contínuos em Mianmar em 2014, “inclusive da minoria Rohingya do Estado de Rakhine Ocidental e nas regiões de Kachin e Shan” (ACNUR, 2015). Irã e Paquistão permanecem sendo dois dos quatro maiores países de recepção de refugiados.

As Américas também têm lidado com a questão dos refugiados devido às “novas modalidades de violência e de novas formas de perseguição à população civil, como é o caso do narcotráfico, dos grupos paramilitares e guerrilhas, sobretudo no México e na Colômbia”

(SOARES, 2012, p. 19). Por consequência da violência de gangues urbanas e outras formas de perseguição na América Central, “os Estados Unidos receberam em 2014 36,8 mil pedidos de refúgio a mais do que o registrado em 2013 – um crescimento de 44%” (ACNUR, 2015).

Especificamente acerca das violações de direitos humanos em situações de conflitos armados, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993 reconhece como sendo “um dos múltiplos e complexos fatores que levam ao deslocamento de pessoas” (PIOVESAN, 2016, p. 262).

Não se pode deixar de citar fatores recentemente diagnosticados, tidos como causas modernas do aumento dos movimentos migratórios, que tem dado ensejo à discussão acerca da existência de novos motivos para concessão de refúgio. Fatores como as mudanças climáticas e ambientais que ocasionam o que alguns autores chamam de “refugiados ambientais”. Trata-se de pessoas que veem seus lares devastados em razão de fenômenos da natureza, tais como “furacões, terremotos e tsunamis, bem como a situação de pessoas que vivem em ilhas que com o tempo estão desaparecendo por decorrência do aquecimento global” (PEREIRA, 2011, p. 43).

O século XXI já foi cenário de fenômenos que bem exemplificam os refugiados ambientais, como são os casos do furacão Katrina, nos Estados Unidos, em 2005, e do Tsunami que atingiu a Ásia em 2006, nos quais “a população foi obrigada a buscar proteção além das fronteiras (no caso da Ásia), e em outras regiões internamente (tanto no caso da Ásia como nos Estados Unidos)” (UBER, 2012, p. 104).

Contudo, nesses casos, à luz da legislação internacional e nacional, não é possível considerá-los refugiados. Isso ocorre porque não se encontra presente o requisito da perseguição que é considerado (pela Convenção de 1951) elemento essencial para o reconhecimento do *status* de refugiado. Além disso, os deslocados ambientais, via de regra, podem continuar recebendo ajuda, ainda que limitada, do seu próprio governo, diferentemente das pessoas que sofrem perseguições.

Como lembra Franciele Uber, a questão ambiental certamente “não é um fator isolado, estando intimamente ligada às questões econômicas e políticas, podendo ser tanto o fator primário, como o seu fim” (UBER, 2012, p. 104). Portanto, o que inicialmente não é um motivo para concessão de refúgio, atrelado a outras causas, pode então passar a preencher os requisitos pertinentes à proteção.

Tais acontecimentos afirmam a atualidade da questão dos refugiados, mostrando a necessidade de seu debate no intuito de melhorar a proteção dedicada a essas pessoas. É necessário, portanto, seguir na revisão dos instrumentos existentes, interpretando-os a partir

dos direitos humanos e operando-se esforços para que, embora imersos em complexos contextos políticos, possam permitir significativa eficácia.

Analisadas as bases dos direitos humanos até seu desenvolvimento internacional e identificação da espécie direito dos refugiados, o próximo tópico dedica-se ao conhecimento do cenário legal brasileiro sobre o tema.

2.2 PROTEÇÃO AO REFUGIADO NO BRASIL

Sabendo que a proteção aos refugiados depende do auxílio por parte de um Estado à população de outro Estado que não se encontra em condições de assegurar a manutenção dos direitos básicos que compõe a dignidade humana aos seus, é no princípio da cooperação internacional e na solidariedade entre os Estados que o direito internacional encontra fundamento para dar efetividade aos seus intentos de caráter humanitário.

O Brasil, por conta da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, inciso IX, expressamente prevê a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade dentre os princípios que regem suas relações internacionais. Além disso, a Constituição instituiu, em seu artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual fundamenta o aspecto legal e moral de todos os esforços que devem aplicados com objetivo de dar proteção aos refugiados.

Não se nega que a devida importância aos direitos humanos só se deu no Brasil com o processo de redemocratização e com a consequente promulgação da Constituição de 1988. Faz-se, ainda, a observação de que o disposto na referida carta constitucional é indispensável para assegurar a aplicação dos direitos do refugiado. Todavia, a preocupação do país em colaborar com a questão internacional dos refugiados data de décadas antes, tendo o Brasil papel pioneiro na América Latina em assuntos envolvendo a questão.

No Cone Sul o Brasil foi o primeiro país a ratificar a Convenção relativa aos refugiados de 1951, “que a promulgou internamente por meio do Dec. 50.215, de 28.01.1961” (RAMOS, 2010). Ratificada em todos os seus termos, inclusive no que dispunha sobre as limitações geográficas e temporais. Além disso, “foi ainda um dos primeiros países integrantes do Comitê Executivo do ACNUR, responsável pela aprovação dos programas e orçamentos anuais da agência” (ACNUR, 2016).

Sob o regime da Convenção de 1951, o Brasil foi destino de imigrantes forçados, “devendo ser feita especial menção ao acolhimento das famílias da fé Bahá’i, vítimas de

perseguição religiosa no Irã em 1986” (RAMOS, 2010, p. 11). Porém, essas pessoas não se enquadravam no conceito de refugiado nos limites geográficos e temporais que à época vigiam. Com o intuito de não desamparar a todos que pediam proteção em solo brasileiro o instituto do asilo foi adotado em muitos casos. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos explica, citando Assis de Almeida, que “a missão brasileira do Acnur negociou ativamente com o governo do então Presidente Sarney, que acabou por conceder o estatuto jurídico de asilados aos integrantes destas famílias” (RAMOS, 2010, p. 13).

Somente em 1989 foram abandonadas as limitações da Convenção de 1951 por meio do Dec. 98.602/1989. Por essa razão o recurso do asilo teve importante atuação nos anos que precederam o Decreto, podendo-se citar como exemplo, na década de 1970, a Ditadura de Pinochet que trouxe muitas pessoas ao Brasil.

O refúgio no Brasil ganhou regulamentação nacional em 1997, quando foi editada a Lei brasileira 9.474 de 1997, disciplinando o estatuto do refugiado no Brasil. A Lei brasileira, além de internalizar os critérios estabelecidos pela “Convenção de 1951 para a definição de refugiado (artigo 1º, parágrafo 1º “C”), amplia esse conceito com fundamento na Declaração de Cartagena de 1984 conjugando, dessa forma, a definição clássica e a definição ampliada de refugiado” (SOARES, 2012, p. 64). Desde então o Brasil “já recebeu refugiados de Angola, Serra Leoa, Afeganistão e outros sob o abrigo desse dispositivo legal.” (RAMOS 2010, p. 17).

Nos últimos cinco anos o Brasil se tornou o principal destino de refugiados sírios na América Latina. Segundo estatísticas do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), “o país abriga atualmente cerca de 1.600 cidadãos sírios reconhecidos como refugiados – o maior grupo entre os aproximadamente 7.600 refugiados que vivem no país, de mais de 80 nacionalidades diferentes” (ACNUR, 2015).

Para melhor compreender o conceito de refugiado dentro do que se propõe neste trabalho – estudo da lei brasileira de refugiado sob o enfoque crítico dos direitos humanos – o próximo tópico analisará as disposições da Lei 9.474/97.

2.2.1 A Lei 9.474/1997

Após a redemocratização do Brasil, com a preocupação nacional em torno do “tema dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, dos refugiados, em 1996 foi elaborado um projeto de lei exclusivo para a proteção dessa população, que se converteu em lei em 1997”

(JUBILUT, 2012, p. 49).

A Lei 9.474/1997 é considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como parâmetro para a adoção de uma legislação uniforme entre os países da América do Sul. Segundo Rosita Milesi e Flávia Carlet, “a aprovação da Lei 9.474/1997 representou um marco histórico na legislação de proteção aos direitos humanos e o compromisso do Brasil com o tema e a causa dos refugiados” (2012, p. 85).

Conforme as autoras, a aprovação da Lei brasileira de refugiados foi resultado do “trabalho conjunto do ACNUR e da sociedade civil organizada, representada por um conjunto de mais de 40 entidades, dentre elas a Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil e as Congregações Scalabrinianas” (2012, p. 85).

O estudo da lei 9.474/1997 compreende, além da já mencionada definição ampliada do conceito de refugiado, a análise dos três tipos de cláusulas contidas no dispositivo legal, quais sejam, as de inclusão, de cessação e as de exclusão.

As cláusulas de inclusão definem os critérios necessários para que uma pessoa possa ser considerada refugiada, estão previstas no artigo 1º da Lei nº 9.474/1997 que dispõe:

Art. 1o Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL,1997).

O inciso I do artigo 1º da Lei 9.474/1997 apresenta quatro requisitos que devem estar preenchidos para a elegibilidade jurídica de uma pessoa na condição de refugiado. São eles:

a) fundado temor de perseguição; b) perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou por opiniões políticas; c) extraterritorialidade; d) não pode ou não quer regressar ao seu país de origem, em virtude dos referidos temores de perseguição. (SOARES, 2012, p. 65)

Como primeiro requisito tem-se o “fundado temor de perseguição”, o qual se entende como portador de dois elementos, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O elemento subjetivo vem a ser “o temor que se apresenta como um estado de espírito da pessoa que solicita o reconhecimento do status de refugiado e varia de indivíduo para indivíduo” (SOARES, 2012, p. 66). Já o de ordem objetiva é a situação que provocou o

temor, essa sim, precisa ser comprovada.

Acerca do tema, Gustavo Oliveira de Lima Pereira utiliza as definições da dogmática jurídica que separa o requisito tratado em “bem fundado temor subjetivo” e “bem fundado temor objetivo”. Assim ensina:

Para ser considerado um refugiado, o bem fundado temor subjetivo é imaginável. Presume-se que a pessoa detém, em sua esfera de subjetividade, o medo de regressar ao seu Estado ou residência de origem, em virtude de sua cor, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política. Já o bem fundado temor objetivo deve ser comprovado pelo solicitante de refúgio. (2011, p. 38)

A avaliação do elemento objetivo ocorre através da verificação da credibilidade das declarações prestadas comparada à situação objetiva do país de origem, já a do elemento subjetivo é realizada com base nas declarações prestadas pelo interessado. O teor probatório, no entanto, não obriga demasiado rigor, pois “muitas vezes o solicitante busca refúgio não possuindo nem sequer documento de identidade ou passaporte” (PEREIRA, 2011, p.38).

O segundo requisito presente no inciso I, artigo 1º da lei em comento é que haja perseguição em virtude de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou opiniões políticas. Importante destacar que aqui está a referir tanto aos casos em que “a pessoa já sofreu ou está sofrendo perseguição, quanto aos que se deseja evitar uma situação futura em que poderia correr o risco de ser perseguida” (SOARES, 2012, p. 67).

Conforme determinação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), constante no Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar a Condição de Refugiado, “a perseguição deve ser entendida como qualquer ameaça à vida ou a liberdade dos indivíduos” (ACNUR, 2015).

Quanto ao agente da perseguição, pode-se afirmar que “na maioria das vezes, ele está representado pelo próprio Estado, através das suas autoridades” (SOARES, 2012, p. 68). Entretanto, podem atuar como agentes da perseguição indivíduos que não representam o Estado, como exemplo, grupos paramilitares, etnias rivais, milícias e até mesmo a própria população.

Os motivos da perseguição dispostos na Lei 9.474/1997 vão além da proteção já disposta em normas anteriores, que agregavam a proteção em virtude de raça, religião, nacionalidade e opinião política. A Lei nacional considera também motivo de perseguição a grave e generalizada violações de direitos humanos em seu artigo 1º, III. Acerca desse dispositivo Wellington Pereira Carneiro afirma que “a hipótese de violência generalizada como grave violação de direitos humanos vem sendo aplicada desde os primórdios da

aplicação da lei e tem servido para proteger sobreviventes de conflitos armados que conseguem chegar ao Brasil” (2012, p. 22).

Segundo o Manual do ACNUR, a pertença a um grupo racial não enseja o instituto do refúgio. Será considerada perseguição a discriminação por motivo de raça quando for afetada a dignidade da pessoa humana de modo que as condições de vida tornem-se incompatíveis com os mais elementares e inalienáveis direitos humanos.

A perseguição em razão da religião se dá de diferentes formas podendo ocorrer desde a proibição da prática do culto em público até a violência contra aqueles que o praticam. Em geral, atualmente, se verifica a discriminação e perseguição daqueles que não compartilham a crença majoritária.

Conforme o Manual do ACNUR o termo “nacionalidade” não deve ser entendido somente em seu conceito jurídico que une o indivíduo a um Estado (nacionalidade no sentido de cidadania), pois a nacionalidade pode designar também pessoas que pertencem a um mesmo grupo étnico ou linguístico. A coexistência entre dois ou mais grupos dentro das fronteiras de um Estado pode criar situações de conflito e, como observado em diversas partes do mundo, obrigar aos grupos mais frágeis a se deslocarem em busca de proteção.

A perseguição em razão do “pertencimento a um determinado grupo social” é bastante imprecisa, segundo alguns autores, propositalmente imprecisa. Entendendo que a norma, por mais atualizada que esteja, pode nunca abarcar todas as possibilidades de situações que exigirão a proteção ao refugiado, essa imprecisão pode servir de alicerce a casos que não se apliquem aos outros critérios. Nesse sentido afirma Liliana Jubilut:

(...) percebeu-se que nenhuma definição taxativa, de quem é, ou não, refugiado abarcaria todos os indivíduos, em todas as épocas, que necessitassem dessa proteção, mas, ao mesmo tempo, verificou-se a impossibilidade de uma positivação internacional que objetivasse a aplicação homogênea do instituto, sendo, portanto, necessário o estabelecimento de critérios. Desse modo, na tentativa de combinar as duas necessidades aparentemente opostas incluiu-se, entre os motivos clássicos, um critério sem definição precisa, que por sua essência pudesse ser flexibilizado quando houvesse a necessidade de proteger indivíduos de fato e cuja situação fática não se subsumisse aos demais critérios. Criou-se, assim, a filiação a certo grupo social como motivo residual, maleável e, conseqüentemente, garantido da justiça efetiva aos refugiados. (2007, p. 132)

O último motivo de perseguição, passivo de proteção, disposto na Lei 9.474/1997, é a “opinião política”, o qual pressupõe que o indivíduo solicitante de proteção demonstre, além de ter opiniões que vão de encontro às do Governo, que é perseguido por essa razão.

O terceiro requisito para a concessão de refúgio disposto no inciso I, artigo primeiro, é o da extraterritorialidade. Conforme descrito na lei “que devido a fundados

temores de perseguição **encontre-se fora de seu país de nacionalidade**”, de maneira que, para ser reconhecido como refugiado, o solicitante já deve estar no país da concessão. Trata-se do princípio internacional da não-intervenção, já estudado em tópico anterior.

O quarto e último requisito é o de que o solicitante “não possa ou não queira acolher-se à proteção do seu país de origem”, expressão essa que infere circunstâncias alheias à vontade do solicitante. A palavra “queira”, destaca-se por ter sido incorporada em consideração aos judeus:

em função das atrocidades cometidas contra eles na Segunda Guerra Mundial entendeu-se que mesmo que pudessem voltar para os seus Estados muitos não gostariam de fazê-lo, o que seria compreensível e que a comunidade internacional deveria respeitar tal desejo e não forçá-los a regressar para um local que poderia ser uma recordação constante dos horrores que sofreram. (JUBILUT, 2007, p. 84 apud SOARES, 2012, p. 74)

Nas cláusulas de cessação, por sua vez, estão descritas as situações em que uma pessoa deixa de ser refugiada. “Tais cláusulas se baseiam no princípio de que a proteção internacional não deve ser mantida quando deixe de ser necessária ou não mais se justifique” (PEREIRA, 2011, p. 39).

No Brasil as cláusulas de cessação estão elencadas no artigo 38 da Lei 9.474/1997, em conformidade aos termos do artigo 1º, parágrafo 3º da Convenção de 1951, que dispõe:

Art. 38. Cessará a condição de refugiado nas hipóteses em que o estrangeiro:
 I – voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional;
 II – recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida;
 III – adquirir nova nacionalidade e gozar da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;
 IV – estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido;
 V – não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado;
 VI – sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado.

No artigo supracitado, em seus incisos I, II, III e IV, vê-se uma mudança na situação do refugiado obtida por iniciativa própria. Também em conformidade com o Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado do ACNUR, as cláusulas V e VI baseiam-se no princípio de que a proteção internacional não mais se justifica diante das mudanças ocorridas no país no qual se temia a perseguição, uma vez que os motivos pelos quais uma pessoa se tornou refugiada já deixou de existir.

É imprescindível a verificação do caso concreto para que se tenha comprovação de que o fundado temor de perseguição deixou de existir. Pois, conforme o já mencionado princípio do *non-refoulement*, não será possível devolver ao país de origem, uma pessoa, que lá, ainda corre risco de perseguição a sua vida ou liberdade.

As cláusulas de exclusão, em geral, são verificadas durante o “processo de determinação do estatuto do refugiado, porém, poderá ocorrer que tais cláusulas de exclusão somente sejam verificadas depois de a pessoa ter sido reconhecida como refugiada, em tais situações a cláusula exigirá a anulação da decisão inicial” (ACNUR, 1992).

Em consonância com o art. 1º, parágrafos 4º, 5º e 6º da Convenção de 1951, o art. 3º da Lei 9.474/1997, dispõe sobre as situações nas quais não será concedido o benefício da condição de refugiado:

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:
 I – já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR;
 II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro;
 III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;
 IV – sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. (BRASIL, 1997)

No inciso I encontra-se a hipótese de que não será reconhecido o refúgio à pessoa porque ela já desfruta de proteção internacional, conferida por outras instituições mais específicas, não sendo o ACNUR. O inciso II apresenta a situação em que a pessoa não necessita de proteção internacional porque o próprio Estado brasileiro já lhe proporciona a maior parte dos direitos de que gozam os nacionais, mesmo que a cidadania não tenha sido concedida de maneira formal. Já os incisos III e IV impedem que pessoas que atentaram contra os direitos humanos possam se beneficiar de um instituto do direito internacional dos direitos humanos, o que lhes possibilitaria ficar impunes.

Segundo o Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado, as cláusulas de cessação e de exclusão "enunciam condições negativas e são taxativas, devendo, portanto, tendo em vista as graves consequências resultantes da sua aplicação sobre uma pessoa que receia ser perseguida, ser interpretadas de forma restritiva" (GENEBRA, 1992).

Cabe observar que a competência para analisar o pedido e declarar reconhecida, em primeira instância, a condição de refugiado bem como de decidir sobre a aplicação das cláusulas de exclusão é do Estado, cabendo, no caso brasileiro, ao Comitê Nacional de

Refugiados (CONARE), órgão responsável pelo reconhecimento do *status* de refugiado aos solicitantes. Lembra-se que "no caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de 15 dias, contados do recebimento da notificação" (GENEBRA, 1992).

O CONARE foi criado também pela Lei brasileira nº 9.474/1997, a qual dispõe em seu artigo 11 que "fica criado o Comitê Nacional para Refugiados - CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do ministério da Justiça" (BRASIL, 1997).

Segundo André de Carvalho Ramos o CONARE passou a ser o principal órgão de proteção aos refugiados, com uma função de fundamental importância na orientação e coordenação de todas as ações necessárias para prover eficácia à proteção, assistência e apoio aos refugiados:

O CONARE representou a plena assunção, pelo Estado brasileiro, de todo o procedimento de análise da solicitação de refúgio, bem como da política de proteção e apoio aos que forem considerados refugiados. Assim, o papel do Acnur no Brasil, essencial na fase pré-lei 9.474/1997, diminuiu sensivelmente, restando importante, contudo, no que tange ao fornecimento de recursos materiais aos refugiados. (2010, p. 349)

Sobre a composição do órgão, importante dizer que se trata de um órgão colegiado e composto por sete membros, sendo um representante de cada instituição a seguir; Ministério da Justiça, o qual presidirá o colegiado, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério do Trabalho, do Ministério da Saúde, do Ministério da Educação e do Desporto, do Departamento de Polícia Federal e de representante de organização não governamental que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País.

Quanto às deliberações do CONARE, essas se darão sempre com base na Lei 9.474/1997, na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1966 e ainda fundado nas demais fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Conforme Liliana Lyra Jubilut pode-se dizer que a criação de CONARE e de um procedimento específico para a concessão do refúgio coroam todo o trabalho realizado no Brasil com os refugiados, pois

retiram da proteção o caráter de temporário ou provisório e incluem no ordenamento jurídico a preocupação com a proteção à população refugiada de modo inquestionável, agregando à legitimidade a legalidade da proteção, o que para um Estado positivista como o Brasil é essencial. (2012, p. 49)

A Lei 9.474/1997 dispõe ainda acerca das cláusulas de cessação, que estão descritas as situações em que uma pessoa deixa de ser refugiada, ou seja, ela perde o status que anteriormente lhe fora reconhecido. Tais cláusulas se baseiam no “princípio de que a proteção internacional não deve ser mantida quando deixe de ser necessária ou não mais se justifique” (PEREIRA, 2011, p. 39). Consoante o artigo 38 da referida Lei:

Art. 38. Cessará a condição de refugiado nas hipóteses em que o estrangeiro:
 I - voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional;
 II - recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida;
 III - adquirir nova nacionalidade e gozar da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;
 IV - estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido;
 V - não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado;
 VI - sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado. (BRASIL, 1997)

Importante destacar o que lembra o Manual do ACNUR quando ressalva que se um refugiado, por qualquer motivo, “não deseja mais ser considerado como refugiado, não haverá razão para manter a condição de refugiado e a proteção internacional” (GENEBRA, 1992). Nesse caso a pessoa perderia o reconhecimento de refugiado por renúncia, que se encontra expressa no artigo 39 do diploma brasileiro, dispositivo que trata das questões de perda da condição de refugiados:

Art. 39. Implicará perda da condição de refugiado:
 I - a renúncia;
 II - a prova da falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que, se fossem conhecidos quando do reconhecimento, teriam ensejado uma decisão negativa;
 III - o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública;
 IV - a saída do território nacional sem prévia autorização do Governo brasileiro.
 Parágrafo único. Os refugiados que perderem essa condição com fundamento nos incisos I e IV deste artigo serão enquadrados no regime geral de permanência de estrangeiros no território nacional, e os que a perderem com fundamento nos incisos II e III estarão sujeitos às medidas compulsórias previstas na Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. (BRASIL, 1997)

Uma vez que a ONU não possui território próprio para acolher aqueles que precisam de proteção, verifica-se que a eficácia dos direitos humanos internacionais depende da recepção desses direitos em cada um dos Estados. Nas palavras de Ingo Sarlet, a efetivação dos direitos humanos está principalmente na “dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerado, salientando-se, nesse particular, uma evolução

progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle” (SARLET, 2005, p. 40. B).

No Brasil, a Lei 9.474/1997, além de recepcionar a definição internacional ampliada do conceito de refugiado, ainda apresenta pontos essenciais para concretização da proteção dessas pessoas. Conforme visto nesse tópico, destacam-se: o estabelecimento do CONARE como órgão julgador de primeira instância na concessão de refúgio e propagador de políticas de implementação da proteção a essas pessoas; a positivação de condições para a concessão de refúgio; o mote de criar soluções duradouras para os refugiados e o fato de ter implementado no Brasil um procedimento específico para pessoas na condição de refugiadas, que tem necessidades específicas dessa situação, as quais não se confundem com outros tipos de migrantes.

A importância desses pontos destacados da Lei brasileira se perfaz na concretização dos direitos humanos internacionais dos refugiados e na realização da assistência e integração da população refugiada no Brasil. Ademais, como destaca Carina de Oliveira Soares, “essa incorporação permite a adaptação das regras internacionais à realidade de cada Estado garantindo, assim, uma proteção mais efetiva aos refugiados” (2012, p. 85).

Trabalhadas as bases dos conceitos terminológico e histórico dos direitos humanos e visitados os principais aspectos do Estatuto Brasileiro dos Refugiados, o próximo capítulo pretende discorrer de modo crítico sobre alguns importantes pontos de fundamentação dos direitos humanos, visando apresentar a alteridade como caminho para a sua efetivação no que consiste o tema acerca da proteção dos refugiados.

3. DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL: DA TEORIA CRÍTICA À ÉTICA DA ALTERIDADE

O presente capítulo tem como objetivo compreender as principais críticas aos direitos humanos, principalmente no que se refere a sua transição do ideal para o concreto. Para tanto, serão retomados alguns pontos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, especificamente a dignidade da pessoa humana, a universalidade e a abstratividade da pessoa a quem se destinam as normas. Na sequência esses aspectos serão confrontados com o Estatuto Brasileiro do Refugiado a fim de se realizar uma análise crítica sobre a Lei brasileira, tudo para que, na última parte da pesquisa, seja possível discorrer sobre a alteridade como fundamento ético na proteção dos refugiados.

3.1 DIREITOS HUMANOS SOB CRÍTICA

Os Direitos Humanos, a partir do seu núcleo dignidade da pessoa humana, são encarados em seu discurso tradicional como a resposta aos anseios iluministas, tidos como efeito das lutas burguesas, resultado da emancipação humana como fruto da razão. Costas Douzinas enfatiza que os direitos humanos podem ser vistos hoje como “a mais nobre criação de nossa filosofia e jurisprudência e como a melhor prova das aspirações universais de nossa modernidade” (2009, p. 19).

Todavia, por mais que tenha a humanidade evoluído no que se refere ao reconhecimento do homem como fim em si mesmo, por mais que a dignidade da pessoa humana tenha passado a integrar grande parte das normas constitucionais do mundo ocidental, é certo que o último século foi marcado também por grandes atrocidades contra a raça humana, o que se operou em nome da soberania e religião, entre outros motivos. Os Estados falaram muito sobre os direitos do homem num tempo em que, paradoxalmente, também o homem mostrou-se muito agressivo com seus semelhantes. Costas Douzinas sintetiza a questão quando afirma que “se o século XX é a era dos direitos humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo” (2009, p. 21). É claro que, como visto no capítulo anterior, esse triunfo dos direitos humanos se deu a partir da metade do século passado, justamente por conta dos horrores da guerra, o que permite concluir que sua positivação, tal qual identificamos hoje, é fruto de uma resposta ao comportamento destrutivo de governos e suas

políticas de expansão territorial e econômica. Mas é certo também que mesmo após o seu reconhecimento o homem e seus direitos básicos atinentes à fruição do mínimo existencial continuaram alvos de ataques que confirmam a característica paradoxal deste contexto. Ou seja, o triunfo dos direitos humanos no século XX é sim consequência das respostas ao comportamento agressivo do homem com o “outro”, mas o seu contexto paradoxal revela-se na insuficiência dos modelos de positivação que acabaram não produzindo efetividade a ponto de proteger as diversas dignidades humanas ao redor do globo.

A ideia deste tópico, na esteira de um olhar crítico sobre a positivação desses direitos, passa por reconhecer entraves que impedem a aplicação dos direitos humanos na sua essência, enquanto instrumento de igualdade, solidariedade entre os povos e oposição ao autoritarismo.

Partindo dessa constatação, pode-se sintetizar a teoria tradicional dos direitos humanos como sendo aquela que “não se percebe como parte do processo de reprodução social. Ela se apresenta neutra, universal e dissociada da sua própria historicidade, bem como não considera “o Outro” em sua reflexão ética” (Gauer, Saavedra e Gauer, 2011, p.107). Opõe-se a esse modelo a teoria crítica, a qual mostra-se, nas palavras dos mesmo autores, “ciente de suas limitações e comprometida com a “inclusão do Outro” em suas considerações éticas e jurídicas” (2011, p 107). Especificamente quanto a importância do “Outro”, salienta-se que a análise correspondente será mote do último tópico deste capítulo, quando será abordada a alteridade.

Considerando que o olhar crítico pressupõe explorar pressupostos filosóficos, condições de existência necessárias e suficientes de um discurso ou prática, é importante retomar as características dos direitos humanos descritas no primeiro capítulo, agora sob o olhar questionador.

Primeiramente, quanto ao marco histórico dos direitos humanos, necessário retornar à Declaração de 1948, que representou o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade, reproduzindo a Declaração Francesa, conforme se confirma de seu artigo primeiro, segundo o qual “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (FRANÇA, 1948).

Sem negar a importância de tal momento histórico e a intenção humanitária sob a qual foi redigido o mencionado dispositivo, aponta-se aqui para o fato de que os direitos humanos, em sua concepção moderna, já revelavam a base frágil sobre a qual eram fundados. Ao declarar que todos os homens nascem iguais, parte a Declaração de uma incoerência, pois

as diferenças entre os seres humanos são facilmente detectadas quando analisados contextos concretos. Nas palavras de Joaquin Herrera Flores, a igualdade posta-se “como se nos dissessem que todos têm os instrumentos e meios para construir seu palácio de cristal (2009, p. 37). Costas Douzinas, corroborando a crítica em relação a característica da igualdade dos direitos humanos, afirma:

Assim que o menor material empírico ou histórico é introduzido na natureza humana abstrata, assim que passamos de declarações a pessoas corporificadas concretas, com gênero, raça, classe e idade, a natureza humana com sua igualdade e dignidade sai de cena rapidamente. (2009, p. 110)

Sabe-se que a ideia da Declaração era de servir como inspiração para as legislações nacionais, pois, conforme Amartya Sen, o que se articulava ou ao que se aderiria era “uma afirmação ética – não uma proposição sobre algo já legalmente assegurado” (2009, p. 394).

No entanto, conforme a crítica de Costas Douzinas, na prática a abstração do texto quanto ao referido dispositivo, especialmente quando se refere à necessária concretização do sujeito de direitos, não encontra guarida na realidade, esclarecendo o autor que o sujeito da declaração “Ou é muito abstrato para ser real, ou muito concreto para ser universal” (2009, p.113). Sendo assim, vale ressaltar que os problemas de determinadas sociedades exigem soluções no nível de sua especificidade cultural, apresentando-se a Declaração, nesse aspecto, genérica e inconsistente.

Ademais, o homem abstrato só tem finalidade para corresponder à outra característica pouco sólida dos direitos humanos: a universalidade. Visto que os homens reais não são iguais, também não seria possível que seus problemas e angústias pudessem ser sanados por meio de uma disciplina única para as mais variadas formas de cultura.

Aqui se faz necessário salientar que a implantação de direitos com características universais, tal qual constante na Declaração, em muito estava relacionada com a política intervencionista vivida à época da Guerra Fria. Segundo Joaquim Herrera Flores essa constatação não desmerece a importância histórica da Declaração, mas “nos ajuda a colocá-la em seu contexto concreto, o qual, em momentos posteriores, pode nos servir para explicar algumas das dificuldades que encontramos para sua implementação prática (2009, p. 36).

Destarte, para os chamados universalistas (defensores da teoria tradicional), os direitos humanos decorrem da dignidade humana, “enquanto valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irreduzível – ainda que possa se discutir o alcance deste mínimo ético” (PIOVESAN, 2006, p. 13).

Apesar da sedutora característica universal desses direitos, baseados na dignidade da pessoa humana, reconhece-se aqui também outra incongruência. Conforme Sérgio Fernandes de Aquino e Leilane Serratine Grubba “a esperança em alcançarmos um padrão mínimo jurídico e ético para garantir igualmente a dignidade humana, convive, contraditoriamente, com a violação de tais garantias” (2015, p. 03). Vê-se que a dignidade sob o contexto universal também não se sustenta, pois assim entendida permite-se que seja trabalhada recorrentemente nos mais variados discursos, o que acabou justificando inúmeras atitudes políticas e jurídicas dissociadas do seu real significado, transformando-se em terreno infértil.

Gustavo Oliveira de Lima Pereira salienta que até os autores que mais contribuíram para a afirmação da dignidade humana como estrutura indispensável dos direitos humanos acabaram em algum momento por agredi-la. Isso porque, ao se tratar de um princípio constituinte da essência humana, não pode ele ser relativizado. Nas palavras do autor a “dignidade se tornou amuleto filosófico e um dos maiores sustentáculos dos belos discursos da filosofia moral e política, tão celebrado que virou lugar comum nos Tratados Internacionais e Constituições” (2011, p. 79).

Como exemplo, o mesmo autor cita Immanuel Kant, que em sua obra “metafísica dos costumes” assinala que àquele que cometeu assassinato deve morrer, sendo que “aqui não há substituto que satisfará a justiça” (KANT, 2003, p. 177). Vê-se que “o ‘valor em si’ da vida digna em Kant, em um rápido transpassar, torna-se ‘vida matável’”. O argumento que assume a matabilidade da vida sustenta aqui o argumento para seu total abandono” (PEREIRA, 2011, p. 83).

Compreende-se, nesse aspecto, a perda de sentido da dignidade da pessoa humana como base universal dos direitos se esta puder ser relativizada, utilizada em diferentes contextos como uma espécie de coringa em um jogo de cartas. Ou se mantém a dignidade sobre qualquer efeito e situação atrelada a critérios concretos de implementação, ou a construção dos direitos humanos nesses moldes já não tem no que se sustentar.

Contrapondo-se a ideia universalista dos direitos humanos, estão os defensores do relativismo, os quais afirmam não ser possível falar em universalismo dessa espécie de direitos diante das diferentes culturas existentes entre os povos. “Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade” (PIOVESAN, 2006, p. 13).

Boaventura de Sousa Santos tem uma visão multicultural dos direitos humanos, a qual se sustenta como “pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora

entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo” (SANTOS, 2014, p. 130). Para o autor a convergência de culturas (multiculturalismo) possibilitaria a convivência harmônica das sociedades com os efeitos da globalização, aproximando povos diferentes e contribuindo para a formação de um aspecto novo de universalidade.

Logo, a universalidade passaria a ser entendida não como a expansão de uma mesma condição ligada a contextos de dignidade humana, mas sim à particularização de políticas de afirmação de dignidade em contextos concretos, visando pessoas, realidades e situações específicas, fundamentadamente reconhecidas. “Por mais que no mundo contemporâneo exista uma cada vez maior ligação entre localidades distantes e uma transnacionalização dos costumes, não podemos negar o caráter específico de cada povo que mantém a sua identidade própria” (GRUBBA e AQUINO, 2015, p. 15).

Nesse mesmo sentido, Joaquim Herrera Flores trabalha um universalismo de confluência, o qual vai de encontro à ideia tradicional dos direitos humanos que tem o universalismo como um ponto de partida. Na visão do autor, é possível que a humanidade desfrute desses direitos em todos os pontos do globo, no entanto, terá que partir de uma construção rumo à universalidade. A universalidade é, então, objetivo, não parâmetro para aplicação de categorias genéricas e abstratas. Sustenta ao autor que sua negativa está em “considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de diálogo” (2009, p. 77). Nas palavras do autor, a universalidade:

(...) somente pode ser definida em função da seguinte variável: o fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações na hora de construir um marco de ação que permita a todos e a todas criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida. (2015, p. 19)

Depreende-se da visão desses dois autores que a crítica aos direitos humanos não tem como mote pregar aversão a eles, mas a intenção de trazer os direitos humanos para a realidade, pois, muito embora o objetivo de positiva-los fosse sair da utopia, como se viu, a posituação se deu por meio de abstrações, desde a base constituinte desses direitos (a dignidade da pessoa humana) até seu objeto (seres humanos iguais com direitos universais). Sobre esta visão crítica, Sérgio Fernandes de Aquino e Leilane Serratine Grubba discorrem:

A concepção de crítica a que nos referimos quando falamos de uma teoria crítica dos direitos humanos é aquela que afirma uma ontologia dos direitos humanos de carga materialista. Isso quer dizer que o valor dos direitos humanos não tem correspondência com os valores em si considerados, mas com os modos de existência humana: imanente, relacional e dialógica, que possibilitam o empoderamento humano para a transformação da realidade. (2015, p. 16)

Ainda com vistas à possível aplicação dos direitos humanos de forma universal, Costas Douzinas destaca a recepção desses direitos por cada nação como uma possível saída. Sustenta o autor que a lei é o local onde a abstratividade do caráter humano pode ganhar contornos individualizantes e concretos, pois o sistema normativo “como veículo de direitos legais medeia entre natureza humana abstrata e o ser humano concreto que vaga pela vida criando suas próprias narrativas únicas e desempenhando-as no mundo” (2009, p. 109).

O mesmo autor faz a ressalva de que, no entanto, ao trazer para os Estados a tarefa de dar legitimidade aos direitos humanos por meio de suas internas construções legais, surge um “paradoxo adicional”, vez que, tais direitos “foram declarados inalienáveis porque eram independentes dos governos, de fatores temporais e locais e expressavam de forma legal os direitos do homem” (2009, p. 114).

Surge a questão da cidadania como importante ponto a ser considerado, vez que, apesar de universais, os direitos humanos serviriam como base garantidora de dignidade apenas para aqueles reconhecidos como cidadãos. O nacionalismo surge como fator discriminante, conforme explica o autor:

“Se a declaração inaugurou a modernidade, ela também deu início ao nacionalismo e a todas as suas consequências: genocídios, conflitos étnicos e civis, purificação étnica, minorias, refugiados, apátridas. A cidadania introduziu um novo tipo de privilégio que era protegido por alguns ao excluir outros.” (DOUZINAS, 2009, p. 116)

Os Estados-nação agem no sentido de ditar as regras que possam recepcionar os direitos humanos à mesma medida que legitimam a exclusão dos não cidadãos. Com intuito de explicar tal relação, Giorgio Agamben relembra a figura do *homo sacer*, “uma estranha figura do direito romano que, julgado pelo povo por algum delito, não poderia ser sacrificado por ele, mas quem por ventura o fizesse, não cometeria homicídio” (2004, p. 196). A partir disso, Gustavo Oliveira de Lima Pereira, relaciona a vida que é protegida pelo sistema jurídico e, simultaneamente, abandonada por ele. Segundo o autor:

O que mais impressiona na tese de Giorgio Agamben não está em dizer que existe uma circunstância onde vidas são consideradas obsoletas, mas sim no fato de que as pessoas em geral não percebem que é do Estado o poder de definir qual vida é digna de ser vivida e qual não é. (2011, p. 65)

Se toda essa incursão tem como base os direitos humanos, é chegado o ponto no qual não há direitos humanos, sequer humanidade. Devido à nacionalidade, uma nova fronteira foi criada, do impedimento de classes passou-se a impedimento de não nacionais. Nas palavras de Costas Douzinas “alguém é um homem em maior ou menor grau porque é um cidadão em maior ou menor grau. O estrangeiro é a lacuna entre homem e cidadão” (2009, p. 119).

Ao final das duas grandes guerras do século XX, com a devastação de cidades inteiras e o deslocamento de seus habitantes, além da transição dessas terras de um domínio nacional para outro, milhares de pessoas já não sabiam de onde pertenciam, ou não tinham mais condições de pertencer de onde saíram. Para essas pessoas, “cunhou-se a rotulação de *“displaced persons”* (pessoas deslocadas) àquelas que estavam à margem da lei ordinária (PEREIRA, 2011, p. 63). Conforme Hannah Arendt essa expressão “foi inventada durante a guerra com a finalidade única de liquidar o problema dos apátridas de uma vez por todas, por meio do simplório expediente de ignorar sua existência” (1990, p. 313).

Ao encontro dos desprotegidos o Direito Internacional surgiu como uma promessa de interação entre a soberania das nações. Costas Douzinas, na esteira de Friedrich Nietzsche, adverte que “se Deus, a fonte da lei natural, está morto, ele foi substituído pelo Direito Internacional” (2009, p. 128).

Entretanto, o manto da lei internacional dos direitos humanos pelo qual todo Estado e todo poder está coberto, não existe. A comunidade dos direitos humanos internacionais é universal e imaginária, não há um lugar onde esteja tal comunidade, nem uma jurisdição onde atue ilimitadamente. Conforme Costas Douzinas:

Quando a universalidade normativa se torna uma globalização calculável, ela passa de um ideal nobre, embora impossível, para o menor denominador comum dos interesses e rivalidades do Estado. A comunidade dos direitos humanos é universal, porém imaginária; a humanidade universal não existe empiricamente e não pode atuar como um princípio transcendental filosoficamente. (2009, p. 129)

Por mais que as potências discutam os direitos humanos, sabem que esses não podem ser usados para abalar a soberania nacional. Quando os direitos humanos e os interesses nacionais coincidem, os governos se tornam seus maiores defensores, mas essa é a exceção, o que predomina são os interesses nacionais e suas intenções políticas.

Dessa forma, a ideia de humanidade que deveria ser garantida pelo direito internacional figura bastante fugaz no cenário global atual. Nesse contexto, segundo Hannah Arendt, “o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer a humanidade,

deveria ser garantido pela própria humanidade. Nada nos assegura que isso seja possível” (1990, p. 332). Ademais, conforme sustenta Joaquin Herrera Flores, a maior parte das pessoas do planeta, mesmo os que conhecem os seus direitos de fruição de uma vida digna, não tem condições materiais de gozá-los. Essa realidade fundamenta a ideia de que a mera exortação dos direitos humanos faz surgir o problema da sua falta de efetividade, pois a concretude do que é formalmente destinado ao homem fica corriqueiramente prejudicada, em uma espécie de “circulo vicioso”. (2015, p. 27)

A despeito da relatada insuficiência dos direitos internacionais como mote de proteção universal da humanidade, Costas Douzinas salienta que “isso não significa que tratados de direitos humanos são desprovidos de valor. Neste momento do desenvolvimento do Direito Internacional, seu valor é principalmente simbólico” (2009, p. 155).

O simbolismo dos direitos humanos internacionais atua principalmente na prática ao lado daqueles que lutam dentro de suas nações em oposição à repressão e a dominação, tendo como parâmetro verificável os tratados internacionais. Os ativistas conseguem demonstrar em quais pontos seus governos tem sido omissos e até mesmo atuantes em práticas que violam os direitos humanos.

Além disso, o reconhecimento pela comunidade internacional das vítimas de repressão faz acontecer a valorização dos direitos humanos para aqueles que sofrem, como uma razão para manter neles a esperança. A simbologia pode não ter concretude em si, mas atua intermediando o ideal e o real; “os direitos humanos, assim como o princípio esperança, funcionam no abismo entre a natureza ideal e a lei, ou entre as pessoas reais e as abstrações universais” (DOUZINAS, 2009, p. 157).

Apesar do grande significado simbólico dos direitos humanos internacionais, aqueles que dele dependem necessitam de proteção real, que se dê de modo efetivo, plasmada no campo da realidade. É nesse contexto que a corrente existencialista esculpe suas afirmações, dentre elas a de que “o direito não pode se restringir a uma regulação que uniformize os seres humanos, que os trate de maneira geral e abstrata” (ALBERNAZ, 2014, p. 161). Ainda conforme Renata Ovenhausen Albernaz o direito deve também permitir a manifestação da singularidade e pluralidade humanas:

A padronização de comportamentos não pode ser tida como único instrumento de paz e felicidade humanas (e as atuais ideias de equidade e de justiça concreta têm sido evocadas na teoria do direito, hoje, por perpassarem essa necessidade de, em alguns aspectos, haver essa particularização da juridicidade). (2014, p. 161)

É possível compreender que a crítica aos direitos humanos posta-se como alternativa a toda abstração que lhes afasta de atuarem na realidade, opondo-se a generalizações que ocultem as violações que se dão em contextos concretos. A crítica centra-se na insuficiência da teoria tradicional em corporificar os direitos humanos, dando a entender, na maior parte das vezes, que a abstratividade das normas não apresenta correspondência com os fatos, como se aquilo que se identifica como real não fizesse qualquer diferença diante de normas que tudo (ou quase tudo) abarcam. (AQUINO e GRUBBA, 2015, p. 13).

Entretanto, em que pese a positivação generalizar direitos que necessitam ser aplicados de forma tão individual, sabe-se que a Declaração tem importante papel no incentivo para que as nações interiorizem as premissas de um olhar humanitário aos seus nacionais, vinculando toda a ação política do estado. A história mostra que os direitos dos homens foram positivamente impactados no mundo ocidental quando passaram a compor as constituições, na forma de direitos individuais fundamentais, sobretudo no segundo pós-guerra. Portanto, é preciso destacar que a positivação não guarda sozinha todos os problemas da efetivação dos direitos humanos, mas, repisa-se, precisa se dar de modo proporcional às diversas realidades e humanidades existentes ao redor do planeta para que possa ter a chance de apresentar-se de modo concretizável. (GAUER, SAAVEDRA e GAUER, 2011, p. 110)

Aqui é importante chamar a atenção para o fenômeno identificado como a trivialização dos direitos humanos. Ocorre quando se passa a conviver com as normas e com os problemas que ela não consegue resolver sem que isso seja de fato notado. Opera-se uma “indiferença em face das diferenças” (LUHMANN *apud* FERRAZ JÚNIOR, 1990, p. 115). É como se o conteúdo justificador das normas não precisasse ser estabelecido nos aspectos morais, sociais, que ela visa a atender, mas sim na própria norma (GAUER, SAAVEDRA e GAUER, 2011, p. 114). Gera o que se pode identificar como um sistema autofágico, que, nutrindo-se de si próprio, pensa ser autossuficiente, mas que desconsidera que sua energia acaba não servindo para os contextos materiais que deveriam motivá-lo.

Essa trivialização dos direitos humanos tem ainda o condão de limitar a extensão de sua aplicabilidade e vigência, pois “da mesma maneira que um direito humano foi positivado, ele pode ser retirado do sistema jurídico. Os direitos passam a conviver com a contradição. Eles podem valer hoje e não valer amanhã” (GAUER, SAAVEDRA e GAUER, 2011, p. 115). Oportuno enfatizar que “ao positivarem-se, os direitos humanos se desvinculam da moral, da individualidade, da política e dos critérios pessoais, levando a uma consequente

despreocupação quanto aos efeitos de determinada decisão por parte do operador jurídico” (2011, p.115).

Nesse contexto crítico as palavras de Gustavo Oliveira de Lima Pereira também ganham relevância quando sustenta que “longe da realidade do mundo da vida, existe uma gama de complexidades que a interpretação positivista, em todas as suas nuances, não apresenta condições de dialogar” (2011, p. 125).

Ruth Gauer, Giovani Saavedra e Gabriel Gauer sustentam, portanto, que faz parte do futuro dos direitos humanos o desenvolvimento de um sistema que permita a positivação, mas que não perca a capacidade crítica (identificável em realidades concretas) e sua indispensável associação aos contextos democráticos. (2011, p. 110)

3.2 A CRÍTICA AOS DIREITOS HUMANOS E O ESTATUTO BRASILEIRO DO REFUGIADO

“O refugiado é o total outro da civilização, o grau zero da humanidade” (2009, p. 155). É com essa frase que Costas Douzinas sintetiza a condição de pessoas em sua situação de não nacionais, enquanto seres desprovidos de direitos e até mesmo de humanidade, vez que sem nacionalidade passam a não ter Estado garantidor de sua dignidade. Na mesma linha invoca-se Hanna Arendt, quem sustenta que “só com uma humanidade completamente organizada a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler-se à sua expulsão da humanidade” (1990, p. 297).

Segue Douzinas afirmando que são as leis dos Estados que definem os critérios de nacionalidade e, por consequência, também as condições de estrangeiro e estrangeiro refugiado, enfatizando que estrangeiro não é cidadão e, por isso, deve ter tratamento diferenciado, o que lhe reduz a dignidade humana (2009, p. 154). Aqui vale a citação de Gustavo Pereira:

O sistema tradicional, orientado pelos contratualismos, universalismos, principiologismos e mais um bom punhado de ‘ismos’ seleciona qual vida é digna de ser vivida e qual não é. Faz parte da confecção do seu sistema de racionalidade, desde a sua origem. (PEREIRA, 2011, p. 78)

Vê-se que todo o discurso da universalidade dos direitos humanos fragiliza-se quando entra em cena o refugiado, que se apresenta como o melhor exemplo da falha da efetivação dos direitos humanos abstratamente garantidos em nível global, pois a prática

demonstra que pessoas, dignas somente pelo fato de existirem, ao cruzarem determinada linha imaginária, identificada pelo direito como fronteira, passam a ter suas humanidades relativizadas. Tal situação expõe os efeitos negativos do nacionalismo, mostrando que é o direito que acaba por excluir milhares de pessoas para, num segundo momento, em nome dos direitos humanos, procurar justificar-se com campanhas de apoio e socorro às suas próprias vítimas.

Ademais, o refugiado evidencia ainda o que de pior há na conexão entre Estado e cidadão nacionalista, já que, nas palavras de Costas Douzinas, “representa de uma maneira extrema o trauma que assinala a gênese do Estado e do Eu e põe à prova as alegações da universalização dos direitos humanos” (2009, p. 154). Segue o autor para afirmar que as pessoas refugiadas têm suas dignidades muitas vezes desconsideradas pelo simples fato de serem refugiadas, não que tenham cometido qualquer crime ou ilicitude jurídica diversa, tudo acontece porque mudaram de local, porque atravessaram uma fronteira, paradoxalmente em busca de um local para poderem exercer suas liberdades (2009, p. 154). Portanto, as ficções da sociedade atual consubstanciadas em soberania e nacionalidade, criadas com intuito de proteger o homem local, chegaram ao absurdo da racionalidade quando acabaram por legalizar um modo de tirar a condição humana daqueles tidos como estrangeiros, os não nacionais.

Denota-se, nesse contexto, que os estrangeiros refugiados, quem muito necessita da proteção do Estado, são justamente aqueles que ficam à sua margem. Conforme Gustavo Oliveira de Lima Pereira, apresentam-se os refugiados como “o resíduo do estado de direito” (2011, p. 79). Nas palavras do mesmo autor, os refugiados podem ser identificados como aqueles que “restaram após a afirmação histórica dos direitos humanos e sua ‘conquista’” (2011, p. 79).

Destarte, é neste contexto que o Estatuto Brasileiro do Refugiado se apresenta como uma das legislações tendentes a equilibrar os direitos humanos dos refugiados com aqueles previstos pelas normas destinadas aos brasileiros. Tem-se, então, a Lei 9.474/1997 como instrumento de tutela que normatiza os direitos que permitem a chegada de pessoas que buscam em território brasileiro condições de dignidade humana abaladas em seus locais de origem. O instituto do refúgio permite atenção especial às pessoas que vem ao país em situação de diversas necessidades e revela que “sua normativa nacional é importante por ser mais ampla e contar com políticas públicas para a atenção, proteção e busca de soluções duradouras para os refugiados” (BARRETO, 2010, p. 50).

Luiz Barreto também enfatiza que interiorização de dispositivos legais tendentes à proteção dos refugiados é compromisso firmado perante a comunidade internacional e pode evidenciar-se de diversas maneiras:

O compromisso de um Estado com a proteção internacional dos refugiados se exerce e se manifesta em vários âmbitos. Em primeiro lugar, ao ratificar os instrumentos internacionais sobre refugiados: a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967. (2010, p. 50)

É de se dizer que a América Latina tem tradição na acolhida de refugiados e na recepção do Estatuto de 1951. Entretanto, como visto no tópico anterior, a positivação dos direitos humanos, por si só, não tem sido capaz de contemplar a dignidade humana nas suas diversas especificidades. Sendo assim, este tópico tem como objetivo compreender em que pontos a Lei brasileira cede quando confrontada à crítica aos direitos humanos.

Pode-se dizer que a Lei 9.474/1997 foi bastante eficaz em tornar tangíveis as pessoas às quais a proteção se destina. Ao recepcionar o conceito de refugiado trazido pelo Estatuto do Refugiado de 1951, acrescido do Protocolo de 1967, permitiu a condição de refugiado a todas as pessoas sob perseguição e que não podem ou não querem continuar no local de origem (art. 1º). A partir de Luiz Barreto, pode-se afirmar que o legislador brasileiro agiu corretamente, pois “para efeito de se implementar os instrumentos internacionais sobre refugiados resulta fundamental que um Estado defina quem são os sujeitos de sua proteção, vale dizer a quem se considera como refugiados” (2010, p. 52).

A Lei 9.474/1997 concede aos refugiados direitos e deveres específicos, diferenciados dos direitos conferidos e exigidos dos estrangeiros. Logo em seus primeiros dispositivos ela assegura ao refugiado que essa condição não será dada somente à ele, mas também à sua família, como se destaca do artigo 2º:

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional. (BRASIL, 1997)

Vê-se que o legislador teve a preocupação de considerar as situações como elas se dão na realidade, pois episódios de migração forçada envolvem pessoas para além dos indivíduos perseguidos, devendo, como fez a Lei brasileira, ser possível estender os efeitos do refúgio aos cônjuges, ascendentes, descendentes e a todos do grupo familiar que do refugiado dependam (art. 2º). Demonstrar consideração com a família daquele que pede refúgio demonstra um dos motivos da eficácia da norma, uma vez que, impossibilitado de manter-se

perto dos seus, as condições de vida digna do refugiado também manter-se-iam abaladas. Acerca das situações que cotidianamente envolvem os pedidos de refúgio, Luiz Barreto descreve:

Ao chegar ao Brasil e solicitar refúgio, não há documentação, qualquer tipo de papel, que comprovasse ter aquele menor algum vínculo de parentesco com o solicitante de refúgio. Essas crianças foram salvas de ataques militares e conseguiram chegar ao Brasil. Constitui-se, assim, dispositivo de grande inteligência jurídica ao permitir que sejam também consideradas dependentes, recebam a reunião familiar e possam usufruir do estatuto do refugiado na mesma condição dos titulares do refúgio. (2010, p. 157)

Muito embora a garantia da dignidade humana para os refugiados esteja atrelada a muitos aspectos que não podem ser garantidos pela lei, como a convivência harmônica com os nacionais e a recepção dada por eles, deve-se procurar averiguar se o processo de positivação permite o indispensável tratamento individualizado que esses casos requerem. E sendo assim, percebe-se que o Estatuto brasileiro não apenas permite que sejam consideradas as peculiaridades de cada caso, como também prevê um devido processo para concessão do refúgio. Luiz Barreto ensina:

O regime imposto pela Lei brasileira faz do procedimento de reconhecimento da condição de refugiado uma questão técnico-jurídica, que se debate em um devido processo legal. O instituto da proteção internacional de refugiados possui natureza humanitária e não deve ser um simples instrumento da política exterior, da política migratória, nem da política criminal de um Estado. Seu alcance deve refletir um processo justo, eficiente, rigoroso e técnico de reconhecimento, ou não, da condição de refugiado. (BARRETO, 2010, p. 56)

A dignidade da pessoa humana, como já referida, é certo que depende de mais fatores do que a lei pode garantir, mas, no que diz respeito a lei brasileira, é necessário salientar alguns tópicos que demonstram o quão funcional a norma se revela como instrumento de manutenção da dignidade dos refugiados quando em terras brasileiras.

O olhar pela manutenção da dignidade das pessoas que recorrem à condição de refugiado no Brasil começa pela cautela com a privacidade dessas pessoas, conforme dispõem os artigos 47 e 20 do Estatuto, sendo que o processo para reconhecimento da condição além de gratuito também é urgente e sigiloso. Para que o sigilo seja uma opção real do requerente o artigo 20 ainda dispõe que os procedimentos devem ser realizados por “por funcionários qualificados e em condições que garantam o sigilo das informações” (BRASIL, 1997).

Todavia, apesar da clara intenção da Lei de resguardar a privacidade dos requerentes, Carina de Oliveira Soares ressalva que “na prática, apesar da previsão legal, o que se verifica é que a tradução é muitas vezes precária e feita por um refugiado já

reconhecido e que conhece o idioma do solicitante” (2012, p. 126). Situação essa bastante preocupante, vez que o reconhecimento da condição de refugiado, que depende de análise técnico-jurídica, pode ser prejudicado pela ausência de comprovação da situação de perseguição sofrida no território de origem ou falta da demonstração de que o país de sua nacionalidade esteja sob situação de grave e generalizada violação de direitos humanos.

Ainda assim, tem-se que a Lei 9.474/1997 tenta, dentro dos limites intrínsecos a qualquer processo de positivação, concretizar o fundamento da dignidade da pessoa humana, constante de modo expreso no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. É de ressaltar o ideal verdadeiramente humanitário do Estatuto brasileiro diante do fato de que mesmo aqueles que tenham entrado de maneira ilegal ou irregular em território nacional não vinculam, com isso, o indeferimento de seu pedido (artigo 8º, Lei 9.474/1997).

Conforme André Ramos de Carvalho, o atual Direito Internacional dos Direitos Humanos “não permite que os direitos fundamentais dos estrangeiros possam ser minimizados ou vulnerados em virtude de eventual situação administrativa irregular, uma vez que são frutos da própria condição humana” (*apud* SARMENTO, IKAWA e PIOVESAN, 2008, p. 743). A Lei brasileira em seu artigo 10 dispõe acerca da ocorrência de entrada ilegal ou irregular no país:

Art. 10. A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.
 § 1º Se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento.
 § 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a solicitação de refúgio e a decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal.
 (BRASIL, 1997)

Não se pode deixar de destacar o já mencionado princípio do “*non-refoulement*”, recepcionado no Brasil pela Lei 9.474/1997, em seu artigo 7º, parágrafo 1º, que dispõe que “Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política” (BRASIL, 1997). Tal princípio pode ser considerado um dos grandes mantenedores da dignidade humana em âmbito internacional, vez que coíbe a possibilidade de que uma pessoa sob perseguição seja exposta a perigo em local sabidamente hostil à sua segurança, ainda que tecnicamente possível sua deportação.

A fim de preservar a liberdade dos refugiados, o artigo 6º traz a previsão de que, concedido refúgio, os recém-chegados terão direito “a cédula de identidade comprobatória de

sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem” (BRASIL, 1997). Tal dispositivo garante o ir e vir das pessoas nessa condição, possibilitando que possam ter uma vida enquadrada nos parâmetros sociais de sua inserção, tornando-se possível trabalhar e transitar em território brasileiro, assim como sair e retornar ao país.

Luiz Barreto comenta sobre o caráter pioneiro do Estatuto brasileiro, enfatizando que a legislação tenta não perder de vista todos os fenômenos típicos de uma migração forçada, focando esforços em procedimentos que possam contribuir para que o refugiado possa efetivamente ter em território nacional soluções duradouras. (2010, p.52)

Destarte, há consenso de que a dignidade da pessoa humana é atendida em parâmetros satisfatórios no sistema jurídico sobre refugiados no Brasil, sendo uma constante em seus objetivos a materialização da proteção aos que se encontram na respectiva condição. Por isso, Liliana Jubilut refere-se à Lei brasileira como “[...] um sistema lógico, justo e atual de concessão de refúgio, razão pela qual tem sido apontado como paradigma para a uniformização da prática do refúgio na América do Sul [...]” (2007, p. 195).

Desse modo, a característica da universalidade das normas de Direitos Humanos, antes criticada por tratar de forma tão abstrata o humano sujeito à proteção e por deixar excessivamente vaga a ideia de dignidade a ser assegurada, ganhou na Lei brasileira expectativa de real aplicação diante de dispositivos da Lei 9.474/97 que conferem a possibilidade de proteção sobre pessoas concretas. De tal forma, pode-se dizer que o referido diploma instrumentalizou satisfatoriamente a dignidade ao permitir que diante de cada caso as autoridades possam considerar as peculiaridades que os distinguem, buscando alcançar a isonomia como objetivo final a partir das naturais diferenças que distinguem os seres humanos.

Ao ser reconhecido o refugiado passa a fazer parte do âmbito de proteção do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo os mesmos direitos e a mesma assistência básica que deve ser prestada a qualquer nacional ou estrangeiro que resida legalmente. Conforme dispõe o artigo 5º da Lei 9.474/1997:

Art. 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

Entretanto, mesmo com o compromisso firmado na Lei 9.474/1997, mesmo diante das coerentes intenções das instituições envolvidas no procedimento que envolve o

requerimento do refúgio, a prática demonstra que há falhas que vão além do que a Lei pode assegurar. Como exemplo serve a atuação dos agentes de Polícia Federal que muitas vezes “não recebem capacitação técnica necessária para lidar com a questão dos refugiados e atuam muitas vezes como substitutos (ilegais) do CONARE, determinando eles próprios quem é e que não é ‘refugiado’” (SOARES, 2012, p. 151). Ainda pior é quando violam o princípio do “*non refoulement*”, “deportando os estrangeiros sem observar o procedimento previsto na Lei nacional, violando, conseqüentemente, o direito de solicitar refúgio” (SOARES, 2012, 151).

Aqui vale repisar que a condição de estrangeiro pleiteando *status* de refugiado não constitui infração penal por si só, muito embora sejam as pessoas simplesmente retidas pelos órgãos de controle enquanto sua situação é analisada. E ser retido é diferente de ser detido, pois detenção é figura penal amparada pelos princípios constitucionais que protegem o indivíduo, sendo possível que a pessoa que tem a liberdade constrangida nessa situação possa ter direito a um advogado, telefonema, entre outros. Os retidos assemelham-se à prisão administrativa (já não mais existente no ordenamento processual penal brasileiro). É mais uma prova de que é o próprio direito com suas categorizações que cria a exclusão, pois aquilo que não cabe no conceito da norma fica sem solução, pairando sob olhares de dúvida. Pode-se dizer que é aí que está a matriz dos direitos humanos: o seu conteúdo material reside justamente na tentativa de resgatar os excluídos pelos sistemas de autoridade, evidenciando-se nos argumentos que justificam a resistência contra a negativa de fruição de direitos intrínsecos ao ser humano, e migrar, não há dúvida, está entre eles.

Não se está a negar a dificuldade que vem enfrentando a Polícia Federal em supervisionar vários fenômenos distintos de migração, muitos ocorridos de forma ilegal, que em alguns casos envolvem crimes de tráfico de drogas, de pessoas e até mesmo de órgãos humanos (SOARES, 2012, p. 151). Ainda assim, tais situações não pode tornar ingerenciável a questão dos refugiados e não pode, de forma alguma, “impedir a garantia de proteção internacional àqueles que dela realmente necessitam” (BARBOSA e HORA, 2007, p. 59).

A capacitação dos policiais federais mostra-se de suma importância para efetivação da Lei 9.474/1997, assim como ocorre em relação a “atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na fiscalização e interpretação adequada da Lei” (SOARES, 2012, p. 155). Além do mais, é dever também das defensorias públicas atuar junto aos requerentes de refúgio, vez que, “em geral, os instrumentos jurídicos, principalmente os nacionais, são desconhecidos por parte desses solicitantes de refúgio. Eles não sabem que o Brasil tem uma lei de refúgio, não sabem o que diz essa lei, não sabem como formalizar esse procedimento” (BARRETO, 2010, p.174).

A despeito das situações em que a Polícia Federal, por própria conta, decide a quem cabe a concessão do refúgio, oficialmente o reconhecimento do *status* de refugiado deve se dar por decisão do CONARE (Conselho Nacional de Refugiados). Sobre o órgão, cabe dizer que apesar da atenção especial que deve dispensar àqueles que pertencem aos denominados grupos vulneráveis (mulheres; crianças; idosos; homossexuais; portadores de necessidades especiais; formadores de opinião pública; vítimas de tortura, tratamento cruel ou desumano; entre outras situações de maior vulnerabilidade), o ACNUR entende que o Conselho brasileiro ainda precisa melhorar sua atuação com esses grupos, “diante da tendência de especificação dos sujeitos de direitos humanos e como forma de garantir uma proteção mais efetiva” (SOARES, 2012, p. 167). Mostra-se necessário, então, criar procedimentos específicos que permitam atender de maneira mais eficiente tais grupos, oferecendo proteção distinta diante de demandas naturalmente diferentes, dando sustento à noção de universalização da dignidade antes tratada:

Solicitantes mulheres podem, a depender do caso, necessitar de um apoio médico e psicológico; ademais, nos casos em que sofreram algum tipo de abuso e violência sexual essas mulheres devem ser ouvidas por funcionárias também do sexo feminino, como forma de facilitar o levantamento de informações. Solicitantes com distúrbios mentais exigem técnicas de análise diferenciadas, orientações médicas e indicação, caso comprovada a incapacidade, de um representante legal. (SOARES, 2012, p. 167)

As decisões do CONARE quanto ao deferimento da condição de refugiado, apesar de estarem vinculadas a taxatividade disposta na Lei 9.474/1997, mostram que há certa elasticidade no que concerne ao entendimento daquilo que seriam os “fundados temores de perseguição” (artigo 1º, inciso I). Nesse aspecto, vale ressaltar que por vezes a maleabilidade intrínseca ao conceito também ocasiona “decisões influenciadas por pressões políticas fazendo com que, nesses casos, o Estado brasileiro deixe o seu compromisso com a proteção dos refugiados em segundo plano para atender a interesses diversos” (SOARES, 2012, p. 169).

Outro ponto negativo passível de destaque acerca das decisões do CONARE, conforme adverte Carina Soares de Oliveira, está na “ausência de uma fundamentação satisfatória das suas decisões o que viola, por consequência, o princípio básico da Administração Pública traduzido na necessidade de motivação dos seus atos” (2012, p. 170). A falta de motivação de um ato pode gerar sua nulidade de acordo com o que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX. Conforme sustentam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero a motivação “fornece seguro parâmetro para a aferição da

submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo” (2012, p. 667).

Ademais, a imprescindibilidade de fundamentação também está prevista expressamente no artigo 26 do Estatuto brasileiro. Ainda assim “o CONARE limita-se tão somente a declarar o reconhecimento da condição de refugiado com fundamento no artigo 1º da Lei 9.474/1997” (SOARES, 2012, p. 170), deixando de lado a oportunidade de criar uma espécie de jurisprudência sobre a questão, o que se acontecesse colaboraria sobremaneira para que houvesse maior teor crítico nas discussões sobre a caracterização do refugiado.

De todo modo, reconhecido o *status* de refugiado, passam as pessoas assim reconhecidas a terem os direitos e deveres de qualquer nacional, e, então, nas mesmas condições – e falta delas – de vida oferecidas aos cidadãos brasileiros. Conforme noticia o ACNUR, “A falta de moradia e o acesso ao mercado de trabalho são os principais desafios enfrentados atualmente pelos refugiados e solicitantes de refúgio que vivem no Brasil” (ACNUR, 2011).

Além disso, o preconceito mostra-se como um fator nodal a justificar a dificuldade de adaptação e sobrevivência dos refugiados no Brasil. Muitas vezes perpetuado de maneira velada ele aparece e é sentido pelos refugiados que relatam sentirem-se:

discriminados por serem estrangeiros ou devido à sua condição de refugiado e de solicitante de refúgio. Esta discriminação, que pode ter como causa a desinformação sobre o tema do refúgio, reduz as oportunidades de trabalho, comprometem a geração de renda e dificultam sua integração sócio-cultural (ACNUR, 2011)

Visto que a crítica aos direitos humanos recai, principalmente, sobre a abstração do homem objeto desses direitos e também sobre a característica da universalidade das normas tendentes a dar concretude à dignidade da pessoa humana, verificou-se que a Lei brasileira, quando confrontada nesses termos, apresenta boas respostas. Conforme levantado neste tópico, seus dispositivos demonstraram grande preocupação em revelarem-se úteis dentro de contextos reais, resguardando-se da crítica referente à abstração do objeto dos direitos humanos. A universalização, tida como característica tão utópica, pode-se dizer ter encontrado concretização na Lei 9.474/1997, vez que, diante de um devido processo legal proporcional aos fins que são idealizados, todo ser humano tem direito ao refúgio desde que atendidos os requisitos do diploma legal. Por sua vez, a dignidade da pessoa humana, mostra-se não só como base da universalidade, mas como pedra angular da Lei brasileira, o que se verifica da sua constante presença em cada dispositivo, que se voltam a garantia da preservação, auxílio a reconstrução da dignidade dos recém-chegados ao território nacional.

É possível dizer que a Lei 9.474/1997 mostra-se firme mesmo frente às críticas mais comumente infligidas às características dos direitos humanos vistos sob a teoria tradicional do direito, conclusão que se confirma da avaliação do Órgão das Nações Unidas (ONU) para refugiados no Brasil que afirma ser a Lei brasileira reflexo exemplar da “Convenção da ONU de 1951 que cuida do assunto. É, inclusive, considerada mais ampla que a própria convenção e se destaca por considerar a violação dos direitos humanos um fator que exclui os direito ao refúgio” (Barreto, 2010, p. 136). Ainda, conforme o representante do ACNUR no Brasil em 2005, Cristian Koch-Castro, a Lei brasileira tem importância continental, “*por el significado amplio y generoso de su contenido cuando establece los estándares de tratamiento y atención a solicitantes de refugio y a refugiados reconocidos*” (apud BARRETO, 2010, p. 132).

Todavia, como salientado também neste tópico, mesmo com a positivação da proteção aos refugiados no Brasil, a Lei não tem sido capaz de garantir o gozo dos direitos nela estabelecidos a todos que dela necessitam. São problemas de ordem prática que vêm desde a intervenção política no momento da aplicação da Lei até a falta de empatia dos nacionais com os refugiados.

Considerando o já alcançado reconhecimento dos direitos humanos, sua internacionalização e, como no caso brasileiro, a positivação desses direitos, o problema que emerge da crítica é a necessidade de efetivar a proteção desses direitos. Destarte, com a premissa de pensar uma possibilidade à realização dos direitos humanos no âmbito da proteção aos refugiados, o próximo e último tópico versará sobre a ética da alteridade.

3.3 OS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS SOB O FUNDAMENTO ÉTICO DA ALTERIDADE

A Lei brasileira que instrumentaliza o Estatuto dos Refugiados de 1951 destaca-se, como visto, por permitir uma efetivação das medidas humanitárias, sobretudo por não ser um diploma penal e que, conforme parecer da ONU, se distingue também como “uma das mais modernas, abrangentes e generosas do mundo” (BARRETO, 2010, p. 216). Ainda assim não se vê a aplicação dos direitos humanos se perfectibilizarem por meio dela de forma incontestada, o que invariavelmente faz com que seja possível questionar a eficácia da positivação na implementação dos direitos humanos.

Segundo Amartya Sen, a lei é só uma das vertentes dos direitos humanos, sendo que eles “podem servir de motivação para muitas atividades diversas, desde a legislação e a implementação de leis adequadas até a mobilização de outras pessoas e a agitação pública contra violação dos direitos” (2011, p. 401). Joaquín Herrera Flores também reconhece a grande importância da lei sem deixar de frisar que os direitos humanos não podem ser restringidos às normas, pois “tal redução supõe, em primeiro lugar, uma falsa concepção da natureza do jurídico e, em segundo lugar, uma tautologia lógica de graves consequências sociais, econômicas, culturais e políticas” (2009, p. 17).

É possível ir ainda mais fundo na crítica acerca da política atual de direitos humanos que, basicamente, foca seus esforços na implementação de leis internacionais, como se essas pudessem expurgar todos os males da humanidade. Tal conduta pode ser entendida num contexto midiático de justificação, já que com a edição de normas os seus autores aparecerem no cenário global como defensores incontestes do tema. É como se a publicação de normas fizesse por si todo o trabalho, demonstrando a compaixão dos governantes e a “sensação de ‘dever cumprido’ que muitas construções jurídico-filosóficas baseadas na democracia moderna, inúmeras vezes se agarram como alicerce de sua fundamentação” (PEREIRA, 2011, p. 129).

Contudo, enquanto as fronteiras forem palco de destruição da dignidade humana, nas palavras de Gustavo Pereira, “o sonho kantiano de paz perpétua permanece em construção e não atingirá plenitude apenas com tratados ou reformulações legais” (2011, p. 129).

É preciso repensar o modo de fazer com que os direitos humanos aconteçam. Para Amartya Sen “as mudanças necessárias teriam de ser alcançadas por outras vias, entre elas a exposição e crítica nos meios de comunicação, além de movimentos e debates públicos” (2011, p. 400).

O caminho escolhido para ser trabalhado neste tópico como uma possibilidade à implementação dos direitos humanos, principalmente no caso dos refugiados, baseia-se na crítica a esses direitos em seus postulados tradicionais. Pretende-se evitar os já repisados erros, fomentando-se uma condição de diálogo como forma de aplicação e participação das sociedades diante da responsabilidade indelegável que tem no processo de reconhecimento e instrumentalização do bem ao outro.

É preciso chamar a quem cabe o dever de proteção humana à discussão, pois a lei tem papel indiscutível nesse diapasão, mas ela não exerce humanidade. A humanidade só pode ser exercida por humanos, de tal forma que as “diásporas não seriam um problema por si só, não fossem as violações de direitos humanos que estão intimamente impressas em suas

ocorrências contemporâneas” (COPETTI, 2012, p. 03). O questionamento cabível é: como a humanidade irá tratar esses movimentos migratórios forçados para além da lei?

Como lembra Amartya Sen, “as vias e as maneiras de defender a ética dos direitos humanos não precisam se restringir à elaboração de novas leis” (2011, p. 399). Com isso em mente, a alternativa que aqui será trabalhada para a implementação da proteção dos refugiados centra-se na da ética da alteridade.

Alteridade, segundo Gustavo Pereira não é “propriamente um conceito, não é uma teoria, tampouco é fórmula ou um novo imperativo. (...) É o espaço da sensibilidade e a rendição a uma responsabilidade perante um rosto que interpela” (2011, p. 72). O termo alteridade “vem do latim ‘*alter*’: outro, ou seja, condição do outro em relação a mim” (PEREIRA, 2011, p. 73), de tal forma que não há outra possibilidade de se falar em alteridade sem que se esteja considerando as relações entre os seres humanos.

Por conseguinte, é necessário tratar dessa relação considerando que o nacional representa o Eu, enquanto o refugiado centra-se na ideia de Outro. Chamando atenção para a questão, importante identificar que o Eu muitas vezes apresenta temor em relação ao Outro, pois, nas palavras de Zygmunt Bauman, a conclusão é a de que “Sempre há um número demasiado *deles*. ‘Eles’ são os sujeitos dos quais devia haver menos – ou, melhor ainda, nenhum” (2012, p. 47).

Segundo André Leonardo Copetti, as contenções, restrições e dissuasões dos protagonistas dos êxodos forçados representam obras de “nacionalistas que querem evitar a presença de alienígenas em seus espaços geopolíticos nacionais” (2012, p. 14). Há uma moral sedentária nesse Eu nacionalista, a qual é ressentida com a vitalidade do Outro de moral nômade. O Outro refugiado está indo em busca de algo melhor, já o Eu sedentário quer garantir que seu território não será afetado, que não seja alterado por meio de mudanças que possam interferir em uma comodidade de vida já estabelecida. Nacionais costumam afirmar ser contra a recepção de refugiados porque as condições de vida já entendidas como difíceis podem ficar ainda piores com o recebimento de vários Outros. Conforme descreve o mesmo autor, os nacionalistas sedentários dizem “não aos que vêm de fora, dizem não ao Outro, ao diferente. Este Não ao Outro, ao diferente, ao que vem de fora, é o ato criador da moral sedentária-nacionalista repressora dos movimentos diaspóricos” (2012, p. 16).

No Brasil poderia se esperar um comportamento diferente, visto que trata-se de um povo cujas próprias raízes fundam-se em movimentos forçados, seja dos escravos que aqui foram obrigados a aportar, seja pelos migrantes em busca de melhores condições, ou mesmo por conta dos refugiados de zonas de conflito que refizeram suas vidas neste país.

Todavia, como visto anteriormente, os refugiados que aqui tentam se estabelecer apontam como um dos maiores problemas o preconceito por parte dos nacionais.

Para que o Brasil possa ter mais do que uma Lei exemplar para refugiados é preciso que seja trabalhada a relação do brasileiro para com o refugiado, para que o medo do nacional em relação à chegada do Outro não seja motivo de contribuição para comportamentos autoritários que denotam os fascismos que ainda pairam numa espécie de senso comum.

A questão que envolve a aceitação do refugiado por parte dos nacionais insere-se em uma conjuntura difícil, pois soma-se a esse cenário de desconfiança um importante ingrediente catalizador de preconceito: o terrorismo. Mesmo que em terras brasileiras não haja a cultura do terror, não se nega que a após o onze de setembro estado-unidense houve intensa mobilização contra povos de cultura árabe, realidade que piorou significativamente a busca por um olhar mais fraterno sobre a questão dos estrangeiros. Em uma perspectiva de medo, imersos na guerra ao terror, a comunidade internacional liderada pelas potências econômicas eleitas como os principais alvos dos ataques endureceu o tratamento aos refugiados. Não bastasse o receio acerca do impacto econômico e social que a presença do refugiado pode causar, agora passa a ser preciso também desmistificar a figura do estrangeiro terrorista. Como dito, em que pese a realidade brasileira não conviver com atos de terror na medida presenciada pelos Estados Unidos, Europa e Oriente Médio, o próprio fenômeno da globalização da informação insere o país na linha de discussões, prova disso é a Lei 13.260/16, que disciplinou o terrorismo e definiu disposições investigatórias e processuais e reformulou o conceito de organização terrorista no Brasil.

Nesse ambiente que envolve o tratamento ao refugiado “O outro é reduzido a uma função dentro do círculo no qual o fascista o enreda” (TIBURI, 2016, p. 24). Esse cenário de hostilidade é responsável pela subjugação dos seres identificados como diferentes. Tal reação temerosa dos nacionais para com o Outro é extremamente perigosa, pois pode levar a categorização de pessoas menos humanas do que outras, processo exaustivamente visto na história, como se comprova com a escravidão das pessoas negras, evangelização e abusos contra indígenas, subjugação de castas dentro de religiões e misoginia. Os judeus na seara do nacional-socialismo alemão também viveram essa realidade. Há, então, o que se pode chamar, conforme Márcia Tiburi, de “expressão social do ódio”, conceituada como “o afeto que se expressa como intolerância projetiva ou, no extremo, declaração de morte ao outro” (2009, p. 32). Em tempos de ódio tão presente no trato social quanto os conflitos que ocasionam a migração forçada de milhares de pessoas, a autora alerta para o fato assustador do ódio que a

contemporaneidade presencia: “Não se tem vergonha dele, ele está autorizado hoje em dia e não é evitado” (2016, p. 30).

Com o objetivo de dissipar tais sentimentos contraproducentes na relação com o Outro, quais sejam, o medo e o ódio, o refugiado precisa ser encarado como aquilo que é diferente do Eu, mas tão humano quanto. O reconhecimento e valorização dos direitos do Outro “constituem o reconhecimento formal do fato de que antes da minha subjetividade (jurídica) sempre e já existia outra” (DOUZINAS, 2009, p. 349). Visando amparar esse discurso, Emmanuel Levinas propõe um roteiro para que a humanidade passe conviver com os seus semelhantes com intuito além da solidariedade, consciente de sua total responsabilidade com esse Outro.

Contudo, é preciso compreender a inovação que a ética da alteridade representa no que tange a compreensão da subjetividade, vez que o seu surgimento inaugura outra percepção do “ser” em contraposição ao tão enraizado pensamento racional ocidental que “se rendeu a neutralização da diferença que existe entre a realidade e aquilo que se pensa dela. Desde então, o homem é escravo de suas representações e formata sua realidade a partir disso” (PEREIRA, 2011, p. 165).

A racionalidade ocidental acaba com a possibilidade de diferença, com o Outro, pois, não concebe o infinito que está entre o que estabelece como real em sua representação e aquilo que existe na realidade. Segundo Gustavo Pereira, esse modelo de racionalidade “demonstra toda sua violência no campo relacional, ao desmerecer o abismo incomensurável que há entre a capacidade cognitiva e o infinito da exterioridade” (2011, p. 166). Ademais, nas palavras de Levinas:

Filosofia do poder, a ontologia, como filosofia primeira que não põe em questão o Mesmo, é uma filosofia da injustiça. A ontologia que subordina a relação com Outrem à relação com o ser em geral. (...) mantém-se na obediência do anônimo e leva fatalmente a um poder, à dominação imperialista, a tirania. (1999, p. 34)

Acerca da filosofia e ética ocidentais, Costas Douzinas afirma que “encurtam a distância entre o Eu e o Outro e retornam o diferente ao igual. Como alegava Heidegger, a filosofia plantou o significado do Ser no centro de seus interesses, desde a Grécia clássica” (2009, p. 351). Conforme o autor, a consciência individual, em sua concepção moderna, passou a ser a origem de todo o conhecimento, de forma que aquilo que difere do ser em si não pode ser absorvido pela capacidade cognitiva, ou seja, “o Outro é reduzido ao meu conhecimento do Outro” (DOUZINAS, 2009, p. 351).

A filosofia de Martin Heidegger também centrava-se na preocupação com o ser. Conforme Gustavo Pereira, “o ser-aí se preocupa com o ser. Pergunta-se pelo ser. Por conseguinte, seu pensamento seria indiferente a questão ética. Para muitos autores, a exagerada preocupação ontológica de Heidegger o fez subestimar a questão ética” (2011, p. 157). Para Ricardo Timm a filosofia heideggeriana fecha-se em si mesma vez que o “ser heideggeriano é a totalidade perfeita” (1998, p. 80), afirmação que pode ser também reconhecida nas palavras de Jaques Derrida:

Na leitura desse jogo, pode-se entender em todos os sentidos o seguinte encadeamento: o fim do homem é o pensamento do ser, o homem é o fim do pensamento do ser, o fim do homem é o fim do pensamento do ser. O homem é desde sempre seu próprio fim, isto é, o fim do seu próprio. O ser é desde sempre, o seu próprio fim, isto é, o fim do seu próprio. (*apud* PEREIRA. 2011, p. 157)

Para Emmanuel Levinas “pensar não é mais contemplar, mas engajar-se, estar englobado no que se pensa, estar embarcado – acontecimento dramático do ser no mundo” (1997, p. 23). Engajamento como forma de pensar é o modo mais compatível de ética que se poderia imaginar como contribuição humana à humanidade, tendo em vista que a racionalidade não teria eficácia até que coloque a favor da espécie aquilo que é capaz de criar.

É preciso entender que para a ética da alteridade a relação com o Outro precede até mesmo o ser, pois, na esteira de Costas Douzinas, os direitos daquele com quem o Eu se relaciona aparecem antes dos dele, numa espécie de primazia das obrigações com a integridade do Outro (2009, p. 353). Segue o autor enfatizando que o outro é aquele para quem a responsabilidade do Eu é exigida, sendo que esse Outro real e infinitamente diferente do Eu não pode ser caracterizado no homem universalizado pelas declarações fruto do liberalismo, e nem aquele humano abstrato e formalista que decorre dos processos de normatização (2009, p. 354). Nas palavras do autor:

Se existe algo verdadeiramente universal no discurso dos direitos humanos, se algum traço metafísico sobrevive a sua desconstrução isso talvez seja o reconhecimento de absoluta singularidade da outra pessoa e do meu dever moral de salvá-la e protegê-la. (2009, p. 354)

Ao propor uma ética que antecede o ser, Levinas analisa a relação do Eu para com o Outro e a conseqüente responsabilidade que daí decorre. Adverte que mesmo antes do ser essa responsabilizada já estava materializada. Neste sentido, Marcos Rogério Denardi afirma que “a filosofia levinasiana estabelece uma relação de responsabilidade para com o Outro, anterior a qualquer processo de conhecimento por parte do Mesmo” (2006, p. 14).

Portanto, não cabendo falar de individualismo, ou de liberdade ilimitada, pois o chamado do Outro norteia o ser e restringe sua liberdade, vez que “quando me torno parcialmente livre por me conceber como refém do outro no sentido de ser responsável por ele, oponho-me e rompo com a ideia de liberdade ilimitada, vendida como símbolo da modernidade iluminista” (PEREIRA, 2011, p. 187). O existir da alteridade de Levinas parte da “ideia de infinito, que já consiste na ideia de servir outrem, o qual está infinitamente separado de mim” (1980, p. 196).

Imprescindível destacar, ainda, uma característica essencial da reponsabilidade tratada por Levinas, qual seja, a indelegabilidade. O autor entende que Deus não está entre as relações humanas, não as influencia e que, por conseguinte, somos totalmente responsáveis pelo que fazemos ao Outro. Segundo Gustavo Pereira, “Levinas é influenciado pela percepção talmúdica que concebe Deus como uma força que não intervém nas relações mundanas” (2011, p. 164). Nas palavras do próprio Levinas, “não digo que outrem é Deus, mas que, em seu rosto, entendo a palavra de Deus” (1997, p. 203).

A ética de alteridade, portanto, implica “consciência de uma responsabilidade infinita para com a alteridade do outro” (SIDEKUM, 2013, p. 06) e anuncia a “necessidade do ateísmo como referencial da ruptura da humanidade com seus mitos e da indelegabilidade da responsabilidade pelo outro” (PEREIRA, 2011, p. 165). Segundo Costas Douzinas, essa demanda do Outro pela responsabilidade do Eu “precede minha liberdade ontológica e a torna ética, a aceitação de uma vocação a qual somente eu posso responder quando conclamado. Ser livre é fazer o que ninguém mais pode fazer em meu lugar” (2009, p. 356).

A relação com Outro passa a ser também justificada sob a óptica da psicanálise, que, indiscutivelmente, influencia de modo decisivo a cultura moderna a partir do início do século XX, o que, por consequência, também irradiou efeitos para as construções normativas. A descoberta sobre as influências do inconsciente nas ações humanas trouxe novos parâmetros a serem considerados. A importância desse fenômeno também se identifica na obra de Costas Douzinas quando o autor dá ao capítulo onze o título: A psicanálise virou lei. Fazendo analogia aos sintomas do inconsciente, quando o refugiado chega a fronteira, é como se o Eu vivenciasse o sintoma do trauma, como retorno daquilo que havia reprimido. “Ao clamar por reconhecimento os refugiados trazem de volta a exclusão e a repressão presente na fundação da lei demanda de nós a aceitação da dificuldade que temos de conviver com o outro” (2009, p. 363). Tal como na comparação à psicanálise, conclusões semelhantes podem ser retiradas da ética da alteridade, pois, conforme Levinas, quando o outro chega até o Eu

como um refugiado “não é autóctone, está desarraigado, sem país, não é um habitante, está exposto ao mundo e às mudanças de estações” (*apud* DOUZINAS, 2009, p. 363).

Conforme Gustavo Pereira, acerca de Levinas, entre o Eu e o Outro há um infinito que os separa. Ao relacionar-se com o outro o Eu atinge potencialidades inimagináveis, vez que infinitas, por meio do contato com o Outro, o Eu tem a possibilidade de evolução de seu ser. Isso se dá ainda que o Outro nunca venha a ser um total conhecido do Eu, pois sempre será diferente pelo infinito que os separa, é com a relação entre eles que se dá a potencialidade humana (2011, p. 63).

Se no Outro está a obrigação inerente do Eu, também nele está a possibilidade de evolução e de rompimento com o nacionalismo sedentário que preconceitua o impulso de vida do refugiado.

Luis Alberto Warat, trabalhando o amor como o elo capaz de providenciar a identificação com o Outro, enfatiza ser preciso que o ser humano vá além do Eu para que tenha contato com o infinito, com o Outro, consigo mesmo, eis que “o encontro consigo mesmo é uma transformação que modifica o mundo, é a modificação de amor. O mundo é o outro, nos outros” (2001, p. 55).

Encaminhando esta pesquisa ao seu fim, sabe-se, como visto no segundo capítulo, que a quantidade de refugiados vem aumentando consideravelmente em todo o globo e que o Brasil, em razão de sua tradição diplomática e atuação internacional, torna-se destino possível e desejado. Essas pessoas cada vez mais farão parte dos contextos sociais das cidades brasileiras e necessitarão de apoio para a reconstrução de suas vidas. A questão aqui proposta foi a de definir a ética da alteridade, sintetizada no reconhecimento do Outro como parte do Eu, como forma de integração a estruturar não apenas o processo de normatização no ambiente jurídico, como permitir que o ser humano promova o resgate de sua própria humanidade quando aceita, entende e promove o bem estar do Outro.

Costas Douzinas sustenta ser possível ter a alteridade como partida ao descrever o reconhecimento de grande parte das pessoas frente às violações dos direitos humanos divulgadas em contextos de fome, guerras. Defende haver um estado crescente de consciência sobre esses fatos, que parte da preocupação que cada ser humano carrega em relação ao Outro. Não se trata do “meu Outro em um encontro cara-a-cara, mas cuja situação deplorável inscreve-se em meu consciente” e, então, “nós concretizamos a responsabilidade ética pelo Outro singular em um sentimento mais amplo de obrigação moral de aliviar a dor dos muitos Outros que sofrem” (2009, p. 359). Gustavo Pereira bem sintetiza:

Olhar para o olhar de alguém e saber que há o dever de resposta, de uma mística, mas urgente, loucura pela possibilidade da justiça, justiça não-proficua, sem recompensas, inquantificável, sem a busca de adereços retóricos absolutórios para escapar deste compromisso, sabendo que interagir com a realidade significa modificar a realidade, e que estes atos podem ter feito uma pequena, mas substancial parte desta mudança: eis uma atitude ousada. (2011, p. 2013).

A proteção aos refugiados no Brasil conta, como visto, com uma Lei específica bastante completa, porém, insuficiente no seu mote de manutenção dos direitos humanos de maneira integral. A ética da alteridade, por sua vez, mostra-se como meio de complementação da atividade normativa com potencial de aparar arestas nas quais a positivação mostra-se incapaz. É o caso do preconceito velado, do ódio e temor dos nacionais que, a partir da compreensão da alteridade, podem transformar-se, permitindo relações engrandecedoras de evolução por meio do exercício da responsabilidade para com o Outro.

A implementação da alteridade se dá pela instrução, pelo diálogo e, como qualquer aprendizado, exige processo de conhecimento que, em regra, não se opera imediatamente. Vale, entretanto, o tempo que cobra pela expectativa de que se desenvolva um país de pessoas responsáveis pela sua condição humana. Uma possibilidade que no Brasil faz nutrir esperança, vez que se trata de uma nação em cuja gênese estão os estrangeiros, refugiados, em síntese, um povo formado de vários Outros.

CONCLUSÃO

Discutir Direitos Humanos parece lugar comum na atualidade, fala-se muito do tema e, em geral, não em uma perspectiva de titularidade. A impressão é a de que se está sempre a falar de uma realidade que não é própria. Fala-se do empregado com jornada exaustiva, da reeducanda presa que não tem condições salubres para manter o filho próximo, dos adolescentes internados que não terão acesso à educação de qualidade. São tantos os exemplos que seria impossível registrá-los, mas o que se retira desse fato é que o discurso dos Direitos Humanos tem sido generalizado para algo que não atinge o Eu, como se fosse sempre um Outro que deles necessita. Este trabalho foi concebido pensando nesse Outro não como mero objeto de tutela, como obrigação decorrente de políticas de Estado e normas positivadas, mas sim como gerador de dever de responsabilidade ao Eu. O Outro passa a merecer importância para o Eu porque este tem nele parte da própria humanidade. Ver-se, reconhecer-se no Outro passa a ser condição indispensável para que se possa tratar de temas tão complexos para o mundo contemporâneo quanto esse que envolve os refugiados.

Com esse objetivo o primeiro capítulo visou compreender o surgimento e justificativa dos Direitos Humanos para que mais tarde fosse compreensível também a crítica pertinente a eles. Para tanto se partiu do elemento que justifica a igualdade material entre os homens, a dignidade da pessoa humana, de onde se concluiu que se há algo que surge com a existência da pessoa e justifica moralmente os Direitos Humanos é a sua garantia. Analisada também sob a perspectiva histórica, observou-se que o meio encontrado para o reconhecimento da dignidade a todos os seres foi a positivação. Com a análise acerca da evolução da positivação em tratados e convenções que desenvolveram os direitos humanos internacionais, concluiu-se que esses ainda não são suficientes para dar conta dos anseios a que realmente se propõem os Direitos Humanos.

Objetivando restringir o enfoque deste estudo, mas de maneira que ainda assim representasse amplamente a realidade daqueles que sofrem pela violação dos Direitos Humanos, o segundo capítulo tratou acerca dos refugiados. A partir das palavras de Costas Douzinas, quando afirmou que “o refugiado é o grau zero da humanidade” (2009, p. 155), frase que inspirou as primeiras ideias sobre a construção deste trabalho, pretendeu-se sintetizar a condição dos refugiados como um dos melhores exemplos de como é o próprio direito com seus mecanismos de normatização que promove as exclusões que, num segundo momento, tenta tutelar sob a justificativa dos Direitos Humanos. Ideias decorrentes de um

sistema altamente normatizado, como fronteiras, soberania, cidadania podem ser identificadas como grandes causadoras de exclusão, haja vista que quem não se enquadra na norma passa à margem, o que permite concluir que os estados exceção nos quais seres humanos não encontram lugar fazem parte do próprio sistema do estado de direito: estados de exceção não são, de fato, excepcionais, mas sim efeitos previsíveis e esperados dos sistemas legais de controle.

No intuito de tratar o assunto no âmbito brasileiro, o segundo capítulo deu ainda atenção à Lei nº 9.474/97, que estabelece proteção ao refugiado, tendo sido possível observar de sua análise a preocupação do legislador em atender às peculiaridades que os casos que envolvem refugiados naturalmente apresentam, como, por exemplo, a possibilidade dada pela Lei nacional no sentido de também conceder refúgio aos parentes e às pessoas que dependam daquele que requer o *status* de refugiado.

No terceiro capítulo, por meio da revisão crítica dos Direitos Humanos, observou-se que as bases que lhe sustentam na teoria tradicional encontram sérias dificuldades de permitir sua eficácia material. Como exemplo dessa realidade tem-se a dignidade da pessoa humana, que apesar de estabelecida como valor intrínseco dos seres humanos em uma visão clássica, é, na prática, relativizada quando passa a depender de contextos legais específicos para que possa manter-se hígida, permitindo a divisão entre pessoas mais humanas do que outras.

De igual maneira pôde-se observar que a universalidade dos direitos humanos, estabelecida na Declaração Universal, constitui discurso bastante motivador, mas que, mais uma vez, esbarra na soberania e no medo das nações que se veem autorizadas nesse sentimento às práticas pouco humanitárias contra os estrangeiros em decorrência da guerra ao terror. A abstração do objeto dos direitos humanos também foi estudada, tendo sido demonstrado que o humano tratado na lei não consegue corresponder ao real, visto que o ser da realidade tem problemas muito específicos para que uma lei o contemple com eficácia. O humano descrito na lei é tão universal que não consegue refletir os casos concretos de violações aos direitos humanos, evidenciando um dos problemas da positivação, que apesar de ser muito importante à implementação de proteção aos direitos humanos e do refugiado, não consegue, por si só, garantir real e eficiente aplicabilidade. Tais críticas foram aplicadas à Lei brasileira de onde se constatou que, apesar do referido diploma legal ser considerado exemplo de positivação a ser seguido em nível internacional, ainda não é capaz de sanar deficiências práticas de sua aplicação. Nesse cenário trabalhou-se como exemplo o despreparo

dos agentes que mantêm o primeiro contato com os estrangeiros que pretendem requer refúgio e a margem política de decisão quanto ao pedido.

Além disso, na última parte da pesquisa foi abordada a Ética da Alteridade como possibilidade de complementação à positivação destinada aos refugiados. Compreendeu-se que a responsabilidade entre o Eu e o Outro nasce antes mesmo do entendimento sobre a existência do ser, e que essa, assim como a distância que separa o Eu do Outro, é também infinita. Portanto, infinita deve ser tida a responsabilidade que opera-se do Eu para com o Outro. Entendendo o Outro como o refugiado e o Eu como nacional foi possível concluir que, ao abrir-se para a empatia, o nacional passa a exercer seu dever para com a humanidade e para consigo mesmo, ampliando suas possibilidades enquanto humano. Em um país tão orgulhoso de suas raízes múltiplas como o Brasil, de cerne contemplativo de tantos Outros, vê-se que a alteridade apresenta belas oportunidades para o desenvolvimento e aplicação de uma ética que honre as origens nacionais.

Das grandes conclusões e aprendizados trazidos por esta pesquisa, elege-se aquela que sintetiza os direitos humanos como o ramo do amanhã. Devem ser vistos e encarados com a eterna possibilidade de mudança, já que as situações de exclusão da pessoa humana operam-se também em novos contextos políticos e legais. Portanto, deve-se pretender que os olhares realmente preocupados com o futuro dos seres humanos tenham a sua disposição a possibilidade de desenvolver mecanismos de tutela sempre proporcionais ao atendimento de um sistema que de fato apresente-se comprometido com os direitos intrínsecos às dignidades das pessoas humanas.

OBRAS CITADAS

ACNUR, Agência da ONU para Refugiados. Moradia e trabalho são os principais desafios para refugiados no Brasil. Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/moradia-e-trabalho-sao-principais-desafios-para-refugiados-no-brasil/> Acesso em 24/05/2016

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer. O poder e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen. O existencialismo e o direito. Pelotas: Editora UFPel, 2014.

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 9ª edição. São Paulo: Ícone, 2001.

ALVAREZ, Monique Modesto Ungar. Direito Público subjetivo – uma análise crítica.

Revista de Direito UNIFACS, nº 151, 2013. Disponível em:

<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2450/1796> Acesso em 09 de abril de 2016.

AQUINO, Sérgio Fernandes de; GRUBBA, Leilane Serratine. Direitos Humanos: O problema do Contexto. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em 13 de maio de 2016.

ARAGÃO, Selmo Regina. Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

ARENDT, Hannah. A condição humana. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 16.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

BARBOSA, Luciano Pestana; HORA, José Roberto Sagrado da. A Polícia Federal e a proteção internacional dos refugiados. Monografia apresentada para conclusão do XX Curso Superior de Polícia. Brasília, 2007. Disponível em: <http://docplayer.com.br/10376522-E-a-protecao-internacional-dos-refugiados-a-policia-federal-luciano-pestana-barbosa-jose-roberto-sagrado-da-hora.html> Acesso em 23/05/2016

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. Refúgio no Brasil – A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. ACNUR e Ministério da Justiça. Brasil. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Vidas desperdiçadas. Ed. Zahar. Rio de Janeiro – RJ. 2012.

BRAGATO, Fernanda. Contribuições Teóricas Latino-Americanas para a Universalização dos Direitos Humanos. Revista Jurídica da Presidência. Vol. 13, fevereiro/maio de 2011.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Editora Almedina. 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra:

Coimbra Editora, 2004. B

COELHO, André. Sobre a Dignidade da Pessoa (1). Disponível em: <http://constitucionalidadesvirtuais.blogspot.com>. Acesso em 04 de abril de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos – 10ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2015.

COPETTI, André Leonardo. Dispersões humanas, globalização e direitos humanos. Uma análise crítica das políticas repressivas dos fluxos migratórios. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 52-74, julho/dezembro de 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 17 edição. São Paulo, Saraiva, 1993.

DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. In: ARAUJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. Que futuro para os direitos do homem? In: AAVV. *As Chaves do Século XXI*. Lisboa: Editora Piaget/UNESCO, 2000.

DIAS, Carolina Sanches Lecornec; MAGIONI Junior, DarlÍ; FREITAS, Fernanda Ferreira; BANDARRA, Leonardo Carvalho L. A.; MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. Política brasileira para refugiados: política de Estado ou política de governo? *Revista Fronteira*. Belo Horizonte. 2011.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. *Revista São Paulo em Perspectiva*, nº 18, páginas 113-118, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf> Acesso em 8 de Abril de 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A trivialização dos direitos humanos. *Revista Novos Estudos*, nº 28, páginas 99-115, outubro de 1990. Disponível em: http://novosestudios.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/62/20080624_a_trivializacao.pdf . Acesso em 22 de maio de 2016.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Coord.) *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116

FISCHEL DE ANDRADE, José Henrique. *Direito Internacional dos Refugiados – Evolução Histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 12.

FLORES, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2009.

FRANKLIN, L. Baumer. O pensamento Europeu Moderno Volume I, séculos XVII e XVIII. Tradução de Maria Manuela Alberty. Edições 70, Lisboa. 1977.

GARCIA, Marcio Pinto. Asilo ou Refúgio. Disponível em:
<<http://www.mundorama.net/2009/05/14/battisti-asilo-ou-refugio-por-marcio-pinto-garcia/>>
Acesso em 26 de Abril de 2016

GAUER, Ruth M. Chitó. Da diferença perigosa ao perigo da igualdade. Reflexões em torno do paradoxo moderno. Civitas, Porto Alegre, v.5, n. 2, p.402, 2005.

GAUER, Ruth M. Chittó; SAAVEDRA, Giovani Agostini; GAUER, Gabriel J. Memória, punição e justiça – Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2011.

GENEVOIS, Margarida. Direitos Humanos na história. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm> Acesso em 15 de abril de 2016.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento – um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Novos estudos, São Paulo, Cebrap, n. 26, março de 1990. B

IMDH. Instituto de Migrações e Direitos Humanos. Glossário. Disponível em:
www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=90211527-9d7f-4517-a34c-84ae25cdabac Acesso em: 27 de abril de 2016.

ISRAEL, Jean-Jacques. Direitos das liberdades fundamentais. Trad. Carlos Souza. Barueri-São Paulo, Editora Manole, 2005.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Método, 2007.

KANT, Immanuel. A paz perpétua. Tradução: Marco A. Zingano. São Paulo: L&PM Editores S/A, 1989, p. 46. B

KANT, Immanuel. Fundamentos para a Metafísica dos costumes. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo, SP: Martin Claret, 2005.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt - 8ª Reimpressão - São Paulo: Editora Schwarcz S.A. 2015.

LEVINAS, Emmanuel. Entre nós. Ensaio sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997.

LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 176

MAFFESOLI, Michel. A violência totalitária: ensaio de antropologia política. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 306 e ss.

Manual de Procedimentos e Critérios para Determinação da Condição de Refugiados. Disponível em:
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_proc

edimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf?view=1 Acesso em 24 de abril de 2016

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. Lecciones de Derechos Fundamentales. Madrid: Dykinson, 2004.

MAYOR, Federico. Que futuro para os direitos do homem?. In: AAVV. As Chaves do Século XXI. Lisboa: Editora Piaget/UNESCO, 2000.

MIGUEL, Alexandre. A constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. Revista de direito constitucional e internacional, ano 14, n. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.295, abr./jun. 2006.

MORANGE, Jean. Direitos Humanos e Liberdades Públicas. 5ª edição, Editora Manole, São Paulo. 2004.

MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: A política para refugiados no Brasil. Revista Brasileira de Política Nacional. V. 53, p. 111-129. 2010

MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: Reflexões acerca do processo de integração local. REMHU, nº 43, p. 85-98, jul./dez.. 2014. B

NOGUEIRA, Alberto. A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Disponível em:
http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/oquee/direitos_alberto.html Acesso em 09 de abril de 2016.

ONU-Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), Convenção relativa ao Estatuto do refugiado – Genebra, 1951. Disponível em:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1> Acesso em 26 de Abril de 2016

PEREIRA, Gustavo de Lima. A pátria dos sem pátria: Direitos Humanos e Alteridade. Editora UniRitter. Porto Alegre. 2011.

PIOVESAN, Flávia e PAMPLONA, Danielle. O instituto do refúgio no Brasil: Práticas Recentes. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v 17, p. 43-55, janeiro/junho. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Caderno de Direito Constitucional. Escola da Magistratura do tribunal Federal da 4ª Região. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. P. 47-76. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 9ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Non-refoulement no direito dos refugiados. Revista dos Tribunais. Vol. 892/2010, p. 347 – 376. Fev / 2010.

RAWLS, John. O direito dos povos. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. *Revista de Sociologia e Política*, p. 61-83. 2012.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2006.

ROBINSON, Mary. Que futuro para os direitos do homem? In: AAVV. *As Chaves do Século XXI*. Lisboa: Editora Piaget/UNESCO, 2000.

SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 39, 1997. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=0kCXAIGPBjUC&oi=fnd&pg=PA105&dq=artigo+cientifico+sobre++conceito+de+direitos+humanos&ots=PmzsICRd11&sig=-NuiKuqkrYAGpxFVxSDwxAf-0GY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em 07 de abril de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Ed Cortez, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.B

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. p. 721-754. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIDEKUM, Antonio. Alteridade e Subjetividade em E. Levinas. *Nova Harmonia*, São Leopoldo, Brasil. UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO 18. Nº 60. P. 31 – 39. Janeiro – março de 2013.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira e PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima - Direitos Humanos, dignidade da pessoa humana e a questão dos apátridas: Da identidade à diferença - *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n.2, p.67-81, jul./dez. 2008

SILVA, Cesar Augusto; CARNEIRO, Wellington Pereira; JUBILUT, Liliana Lyra; COLLAR, Janaina Matheus; MILESI, Rosita; CARLET, Flávia; UBER, Francielle; SILVA, Cesar Augusto da Silva; RODRIGUES, Viviane Mozines. Direitos humanos e refugiados. Editora UFGD. Dourados – MT. 2012

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414> Acesso em 8 de Abril de 2016.

SOARES, Carina de Oliveira. O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: Análise da Efetividade da Proteção nacional. Dissertação em Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas. 2012

SOUZA, Ricardo Timm de. O tempo e a máquina do tempo. Estudos de filosofia e pós-modernidade. Porto Alegre. Edipucrs. 1998

SOUZA, Ricardo Timm de. A dignidade da pessoa humana: uma visão contemporânea. Revista Filofazer, Porto Alegre, v.14, n. 27, p.11, 2005.

TAIAR, Rogério. Direito internacional dos direitos humanos - Uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese de doutorado da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e CAMPELO FILHO, Francisco Soares. A evolução dos Direitos Humanos sob os influxos dos processos de globalização. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 16, p. 184-199, julho/dezembro de 2014.

TIBURI, Marcia. Como conversar com um fascista. Editora Record. Rio de Janeiro. 2015

VALENTIM. Aline Medeiros Vasconcelos. A constitucionalização dos direitos humanos no Brasil. Dissertação de Mestrado em direitos e garantias fundamentais da Faculdade de Vitória – FDV. 2007. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp074295.pdf> Acesso em 09 de abril de 2016.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.