

Rocha Reis, Rossana; Silva Menezes, Thais

Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de  
refugiado

Revista de Sociologia e Política, vol. 22, núm. 49, enero-marzo, 2014, pp. 61-83

Universidade Federal do Paraná

Curitiba, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=23831472004>

Rossana Rocha Reis e Thais Silva Menezes

### RESUMO

O artigo analisa a relação entre a temática do refúgio e a questão dos direitos humanos referente ao momento anterior ao reconhecimento da condição de refugiado, visando demonstrar a impossibilidade de desvinculação entre a concepção contemporânea da proteção internacional aos refugiados e o reconhecimento e a garantia dos direitos humanos. A argumentação foi desenvolvida a partir da hipótese de que a violação de direitos humanos – devido a raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social – é sempre o critério a ser utilizado para se determinar a necessidade de proteção internacional. Para tal, foi traçado um desenho qualitativo de pesquisa, o qual se baseou na análise de documentos internacionais e de discussões traçadas por autores e organizações internacionais, desenvolvendo-se uma abordagem conceitual-teórica sobre a relação entre refúgio e direitos humanos. O texto demonstra que uma interpretação da Convenção de 1951 desvinculada da ideia de direitos humanos não se sustenta após uma análise do texto, da história e do contexto em que o regime internacional dos refugiados contemporâneo foi formulado. Nesse sentido, observa-se que o reconhecimento como refugiado visa, sempre, corrigir uma situação de violação de direitos humanos: em um contexto de não-ampliação do conceito de refugiado, aquela materializada em forma de perseguição. Tais conclusões, ao demonstrarem que a ideia de proteção internacional vigente na atualidade se fundamenta em considerações de direitos humanos, implicam a compreensão de que negligenciado esse vínculo não é possível sequer compreender o instituto do refúgio e as disposições dele derivadas. Por conseguinte, apresenta-se um arcabouço teórico e conceitual que sustenta a concretização de um processo de determinação do status de refugiado que fuja das tentativas de limitação da proteção internacional a indivíduos aos quais o instituto do refúgio se aplicaria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Refúgio; Regime internacional dos refugiados; Direitos humanos; Perseguição; Violação de direitos humanos

Recebido em 26 de Setembro de 2012. Aprovado em 6 de Novembro de 2012.

### I. Introdução

**D**esde a criação do sistema de Estados na Paz de Vestfália, passando pelas duas guerras mundiais, pela descolonização e criação da sociedade internacional posterior à II Guerra Mundial, pela bipolaridade da Guerra Fria e pela emergência de novas ameaças transnacionais ligadas ao terrorismo e ao meio ambiente, os refugiados têm sido uma constante na política internacional (Betts & Loescher 2011). A centralidade dessa temática, ainda na atualidade, justifica-se pela expressividade do fenômeno do refúgio (a existência de 15,2 milhões de refugiados), sua localização entre a política doméstica e a internacional (como um país trata a questão leva a consequências para os outros e influencia suas relações) e sua relação com o sistema internacional (os fluxos de refugiados resultam de várias mudanças sociais e políticas dentro de uma estrutura política mais ampla). Da mesma forma, o dinamismo do regime internacional dos refugiados ressalta a importância contínua do tema para a comunidade internacional (Haddad 2008).

O regime internacional dos refugiados pode ser definido como o conjunto de normas, leis e instituições desenhado para proteger e assistir os migrantes forçados que cruzaram uma fronteira internacional devido ao medo de perseguição (Rogers 1992) ou – conforme instrumentos regionais – devido à violência generalizada em seus próprios países, agressão estrangeira, conflitos internos ou violação massiva de direitos humanos. Essa estrutura tem como base a definição de refugiado presente na Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, de 1951<sup>1</sup> (parcialmente alterada por seu Protocolo Relativo de 1967<sup>2</sup>); sendo, ainda, configurada pela atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), da Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados Palestinos no Oriente Próximo (UNRWA, sigla em inglês) e de organizações não-governamentais nacionais e internacionais, assim como a dos Estados que aderiram ou agem de acordo com os instrumentos internacionais que versam sobre a questão. O instituto do refúgio que vige na atualidade, portanto, resulta de uma concertação internacional que compreendeu ser a cooperação internacional o modo mais adequado para lidar com esse tipo de migração internacional forçada.

Dada a sua definição e a forma como opera na atualidade, pode-se afirmar que o instituto do refúgio se caracteriza por dois momentos: o momento anterior ao reconhecimento do *status* de refugiado – o qual congrega as condições de vida que levaram à fuga e que legitimam o emprego desse instituto de proteção internacional –, e o momento posterior ao reconhecimento – a chamada “fase de proteção”, ou seja, a vida do refugiado em seu país de acolhida. Esses dois momentos são interdependentes: sem determinadas condições de vida não há necessidade reconhecida de proteção que leve à aplicação do instituto do refúgio, assim como somente a acolhida em outro país não o caracteriza.

O presente trabalho debate a relação entre a temática do refúgio e a questão dos direitos humanos referente ao momento anterior ao reconhecimento da condição de refugiado, focando a justificativa filosófica para a existência do refúgio e, também, o momento histórico em que o mesmo emerge enquanto instituto jurídico e político global. Discutimos a hipótese de que é sempre uma violação de direitos humanos (relacionada a considerações de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social) o critério utilizado para determinar-se a necessidade de proteção internacional – uma vez que é impossível desvincular a concepção contemporânea da proteção aos refugiados e o reconhecimento e a garantia dos direitos humanos.

Admitimos o papel que a política internacional exerceu para a configuração do regime contemporâneo de proteção aos refugiados e que, ainda hoje, exerce no processo de concretização da mencionada proteção. Questões relacionadas a interesses políticos, soberania estatal e ordem internacional têm sido decisivas para a forma como o regime opera na atualidade, e considerações relacionadas a tais tópicos têm determinado, em grande medida, o estado do refúgio no mundo contemporâneo – marcado por uma denominada “crise da proteção internacional”<sup>3</sup>. Em tal contexto de crise, entender os fundamentos que alicerçam esse instituto é relevante para uma melhor compreensão do fenômeno, possibilitando, desse modo, a proposição de respostas mais adequadas e eficientes.

<sup>1</sup> Doravante referida como "Convenção de 1951" ou "Convenção".

<sup>2</sup> Segundo esses documentos, é refugiada a 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, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele" (ONU 1951).

<sup>3</sup> Entendida como o retrocesso das políticas estatais em relação aos solicitantes de refúgio, que consiste no estabelecimento

## II. O momento histórico e a justificativa filosófica: a identificação

inconsistente de medidas restritivas diante dos padrões de proteção internacional aos refugiados, que ameaçam as possibilidades de buscar e gozar de asilo (Boswell 2000).

<sup>4</sup> É importante lembrar que um regime internacional é um conjunto de normas, princípios, regras e procedimentos que regulam as respostas dos atores a determinadas questões (Betts 2011). A partir de tal entendimento, compreende-se que o DIDH é um componente do regime internacional dos direitos humanos, cuja relação com o regime internacional dos refugiados é tratada neste artigo. Igualmente, o Direito Internacional dos Refugiados é parte constituinte do regime internacional dos refugiados.

O regime de proteção aos refugiados começou a ser formulado no período entre guerras, tendo se consolidado após 1945, ao lado do campo dos direitos humanos internacionais (Haddad 2008). O momento histórico em que esse regime se consolidou – aquele de ampla afirmação internacional de direitos humanos – é ressaltado por diversos autores da literatura sobre o refúgio. Foster (2007) afirma que, considerando a referência à Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) no preâmbulo da Convenção de 1951, esta pode ser considerada parte integrante do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH<sup>4</sup>). A Convenção compõe, assim, o movimento internacional dos direitos humanos que começou no meio do século XX e se expandiu desde então. Igualmente, Steinbock (1998) identifica a Convenção de 1951 – assim como o Protocolo de 1967 – como um instrumento internacional de direitos humanos. Mais especificamente, esse autor declara que prover uma reparação tangível para determinadas violações de direitos humanos torna esses documentos dois dos principais instrumentos de direitos humanos.

É, assim, a definição de refugiado da Convenção um produto e uma parte constituinte da história do século XX (Steinbock 1998) – uma história marcada, no que se refere à proteção dos indivíduos, pelo reconhecimento internacional de direitos humanos. A aproximação histórica, logo, não constitui mera coincidência. 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.

Reconhecendo tal elo, Jackson (1991) destaca que o espírito existente durante a formulação da Convenção de 1951 era verdadeiramente humanitário. Esse autor nota que existia um desejo genuíno de criar-se um mundo melhor no qual os horrores da II Guerra Mundial não pudessem ocorrer novamente. Logo, já que o mundo permanecia imperfeito, devia ser assegurado, ao menos, que as vítimas de opressão e perseguição obrigadas a deixar seu país como refugiadas fossem decentemente tratadas pela comunidade internacional (*idem*). O entendimento desse autor, no entanto, não deve ser compreendido como uma perspectiva que negligencia os interesses políticos que moldaram (e moldam) a configuração do regime internacional dos refugiados. Como aponta Gros Espiell, a proteção dos indivíduos amparados pelo Direito Internacional dos Refugiados (DIR) – assim como pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) e pelo DIDH – integra “[...] un sistema internacional general, de raíz esencialmente humanitaria, dirigido a proteger al ser humano en la forma más amplia y comprensiva que sea compatible con la existencia del orden jurídico y los derechos legítimos del Estado y de la Comunidad Internacional” (Gros Espiell 1988, p. 252). Embora não se possa perder de vista os interesses políticos pragmáticos que interferem no regime – a própria Convenção menciona “encargos indevidamente pesados” –, uma análise da evolução histórica do conceito de refugiado e de como o regime internacional foi sendo reformulado, do conteúdo que o mesmo abarca e das preocupações que têm sido expressadas demonstram suas raízes na afirmação histórica de direitos humanos – como se explorará a seguir.

A compreensão desse vínculo filosófico entre refúgio e direitos humanos é exemplificada pelas palavras de Piovesan (2001, p. 37): “A proteção interna-

cional 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. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementa tal proteção”.

Jubilut (2007) explicita que ambas vertentes de proteção internacional partem do mesmo fundamento, distinguindo-se quanto a suas abrangências, já que o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) protege o ser humano perseguido em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política e pertencimento a grupo social, enquanto o DIDH objetiva também assegurar condições mínimas para que o homem sobreviva e possa buscar felicidade. Assim, pode-se dizer que o último abarca a base de atuação do primeiro: “Desse modo, tem-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados apresentam o mesmo objeto – a proteção da pessoa humana na ordem internacional; o mesmo método – regras internacionais a fim de assegurar essa proteção; os mesmos sujeitos – o ser humano enquanto beneficiário e o Estado enquanto destinatário e obrigado principal das regras; os mesmos princípios e finalidades – a dignidade da pessoa humana [...], a garantia do respeito a esta e, consequentemente, a não-discriminação, diferindo apenas no conteúdo de suas regras, em função de seu âmbito de aplicação. Por essa razão, pode-se defender a tese de que se trata de ramos assemelhados do direito, sendo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por ter uma maior aplicabilidade e um escopo de proteção mais alargado, engloba as garantias mais específicas do Direito Internacional dos Refugiados” (*idem*, p. 60). Gross Espiell (1988) também sustenta que o DIDH, o DIH e o DIR reposam em princípios fundamentais comuns, que formam os distintos ramos do Direito Internacional direcionados a proteger e garantir os direitos dos indivíduos. Segundo esse autor, ainda, “podrán haber principios o criterios particulares, de aplicación necesaria solo en alguna de estas ramas del Derecho Internacional, como es el caso en especial del Derecho Humanitario, pero no puede negarse, y sería sumamente grave negar, la existencia de principios comunes y generales a todos ellos, que los vinculan e interrelacionan en base al objetivo esencial de defender y garantizar la dignidad e integridad del ser humano” (*idem*, p. 252).

Loescher e Milner (2003) apontam outro aspecto da vinculação entre refúgio e direitos humanos ao afirmarem que, embora seja garantida aos Estados a prerrogativa de controlar a entrada de pessoas e reforçar fronteiras, eles também são constrangidos por instrumentos legais internacionais sobre refugiados e direitos humanos a fazê-lo sem infringir o direito de pessoas em necessidade de proteção de buscar asilo. Isso aponta para o “direito de asilo”, reconhecido na DUDH, que afirma – no artigo 14 – que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar asilo em outros países” (ONU 1948). Segundo Jubilut (2007), o refúgio fundamenta-se em tal declaração de direito, pois visa a proteção da pessoa frente à sua falta no território de origem ou residência habitual<sup>5</sup>.

Haddad (2008) também aponta o artigo 14 da DUDH como demonstração de que o Direito Internacional dos Refugiados é uma parte inseparável do código de direitos humanos. Essa autora ressalta que os refugiados são o efeito colateral do estabelecimento de Estados soberanos quando estes falham em garantir proteção a todos os seus cidadãos. As normas de direitos humanos evoluíram para evitar o teórico poder infinito e potencialmente destrutivo da soberania, que é responsável, em parte, pela criação de fluxos de refugiados. Haddad destaca, assim, os refugiados como uma categoria de pessoas cujos

<sup>5</sup> Na atualidade, os termos “asilo” e “refúgio” ora são utilizados como sinônimos (na maioria dos casos), ora denotam institutos diferentes (âmbito latinoamericano), sendo a distinção principal ser o “refúgio” um instituto internacionalmente estabelecido e o “asilo” uma expressão da discriminação estatal. Dada a ponderância da interpretação na

literatura, assim como a similaridade de propósitos – a proteção internacional – utilizamos tais termos intercambiavelmente. Para discussão a respeito das diferenças, cf. Piovesan (2001), Barreto (2006) e Jubilut (2007).

certos direitos humanos estão sob ameaça, direcionando-nos, dessa forma, a um aspecto fundamental da relação explorada neste artigo: a existência de uma conexão entre violação de direitos humanos e refúgio.

Ibhawoh (2003) observa que durante muitos anos existiu, nos círculos acadêmicos e de decisão política, uma clara dicotomia entre os âmbitos dos direitos humanos e dos refugiados. Isso porque enquanto a primeira esfera se preocupava com os abusos aos direitos dos cidadãos por seus próprios governos ou instituições, a segunda entrava em cena somente depois que pessoas fugindo de perseguição cruzavam fronteiras. No entanto, conforme nota esse autor, as últimas décadas têm testemunhado um progressivo entrelaço entre as linhas tradicionais dos estudos sobre os refugiados e o discurso dos direitos humanos. Nesse contexto, a admissão de solicitantes de asilo, seu tratamento e a concessão do *status* de refugiado tornaram-se elementos cruciais do sistema internacional para a proteção dos direitos humanos (*idem*).

Em perspectiva similar, Jubilut (2007) assevera que, entre as peculiaridades que relacionam o tema dos direitos humanos e o do refúgio, se destaca o fato de ser o refúgio aplicado quando se verificam fortes *violações de direitos humanos*, conflitos armados ou guerras. A mesma interpretação é explicitada na abordagem de diversos autores, como em Loescher (2009), que afirma que *violações de direitos humanos* e fluxos de refugiados andam de mãos dadas; em Cançado Trindade (1999), que sustenta haver uma interrelação entre o problema dos refugiados e os direitos humanos desde as causas principais do fluxo (quais sejam, as *violações de direitos humanos*) e em Crisp (2000), que assevera que um dos propósitos do Direito Internacional dos Refugiados é proteger pessoas forçadas a deixarem seu país como resultado de perseguição, conflito armado e *violações de direitos humanos*.

O reconhecimento de que refúgio e direitos humanos são histórica – consolidaram-se no mesmo período histórico – e filosoficamente – ambos buscam a proteção do indivíduo – vinculados é destacado por diversos autores<sup>6</sup>. Parece, portanto, ponto pacífico na literatura, o entendimento de que a configuração do regime contemporâneo dos refugiados resultou da situação de intenso deslocamento forçado derivado dos conflitos da II Guerra Mundial e emergiu como resultado do (e integrando-o ao) amplo reconhecimento internacional de direitos humanos. No próximo tópico, explicitam-se os alicerces que sustentam tal interpretação e, na seção seguinte, volta-se à literatura e demonstra-se que ainda é grande o embate no que diz respeito à existência do mencionado elo – principalmente no que se relaciona à violação de direitos humanos como elemento caracterizador da perseguição.

### III. A relação orgânica: sustentando o vínculo

Como afirmado anteriormente, o refúgio pode ser caracterizado por dois momentos: o anterior à determinação do *status* de refugiado e o posterior a tal reconhecimento. Este artigo busca demonstrar a impossibilidade de desvinculação entre a concepção contemporânea da proteção internacional aos refugiados e a afirmação e garantia dos direitos humanos – limitando a análise ao momento anterior ao reconhecimento do *status* de refugiado, aquele referente aos aspectos que coagem à fuga e que legitimam a admissão como refugiado por outro país. Traçamos no tópico anterior uma breve revisão bibliográfica sobre como os autores têm tratado essa relação, para, nesta seção, discutirmos,

<sup>6</sup> Além dos autores aqui apresentados, outros destacam essa relação, como Malkki (1995), Bhabha (1996) e Goodwin-Gill (2001).

de forma mais aprofundada, o vínculo entre violação de direitos humanos e o *status de refugiado*.

Os autores mencionados apontam para algumas conclusões já bastante destacadas na literatura sobre refúgio e sobre direitos humanos. A primeira refere-se ao fato de que há uma aproximação histórica entre o regime internacional dos refugiados que vige na atualidade e o regime dos direitos humanos: ambos mecanismos são resultados de arranjos anteriores que estabeleceram, parcialmente, as bases – de princípios ou institucionais – que foram tomadas como referência para suas atuais configurações. No caso dos direitos humanos, Comparato (2010) ressalta que, após a II Guerra Mundial, houve o aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos, um segundo momento da afirmação histórica internacional de direitos iniciada na segunda metade do século XIX. No tocante ao regime para os refugiados, esse tem como precedente o arranjo internacional formulado na década de 1920, tendo sido estabelecida no pós-guerra uma base mais institucionalizada para a cooperação internacional (Betts & Loescher 2011).

A segunda constatação diz respeito ao fato de que a similaridade histórica, de fato, decorre da identificação filosófica existente entre os dois regimes. Tanto o regime dos direitos humanos quanto o dos refugiados visam à proteção do indivíduo, ou seja, à garantia de direitos e liberdades básicos que têm como parâmetro a dignidade da pessoa. Ambos foram consolidados em um momento no qual a necessidade de proteção desses direitos estava em evidência: os acontecimentos ocorridos durante a II Guerra Mundial apontaram o imperativo de estabelecer-se garantias para que situações de amplo desrespeito à dignidade da pessoa não voltassem a se repetir – o que resultou no regime internacional de direitos humanos – ou que, caso se repetissem, houvesse uma possibilidade para que as vítimas escapassem de tal situação de desrespeito – tendo sido configurado o regime contemporâneo dos refugiados.

Contudo, o que se explora pouco na literatura e que é o cerne para superar a discussão sobre se os termos da definição devem ou não ser interpretados conforme os padrões internacionais de direitos humanos é o fato de que as duas questões não são apenas histórica e filosoficamente vinculadas, mas também organicamente, no sentido de que o conceito atual de refúgio e os padrões de direitos humanos não somente se consolidaram em períodos históricos similares e têm como objetivo análogo a proteção da pessoa: de fato, a própria ideia de refúgio consolidada na atualidade é fundamentada na ideia de direitos humanos<sup>7</sup>.

Algumas questões apontadas na literatura ressaltam essa dimensão da relação entre direitos humanos e refúgio. A primeira está contida na referência frequente dos autores ao direito de asilo. Lembremos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu, em seu artigo 14, que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar asilo em outros países” (ONU, 1948). É interessante notar que a questão-chave para a invocação do direito de buscar e gozar de asilo em outros países, segundo essa declaração, é a perseguição – também o elemento central da definição de refugiado contida na Convenção de 1951. Nesse sentido, é possível afirmar que a Convenção de 1951 veio estabelecer os parâmetros para que esse direito reconhecido na DUDH pudesse ser garantido.

Outros pontos contidos na DUDH também corroboram o argumento de que a ideia de proteção internacional se funda no reconhecimento internacional de direitos humanos. Primeiro, conforme o artigo 2º da DUDH, 1. “*Todo ser hu-*

<sup>7</sup> O regime internacional dos refugiados contemporâneo tem como precedentes os arranjos internacionais formulados a partir da década de 1920 para trato da problemática, sob auspício da Liga das Nações. Todavia, inicialmente, tais mecanismos não demonstravam aproximação com a ideia de direitos humanos – então ainda em processo inicial de internacionalização. Tal questão será discutida mais adiante no texto.

mano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, *sem distinção de qualquer espécie*, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (*idem*; sem grifos no original).

A afirmação de que *todos* os indivíduos devem gozar das garantias que estipula, sem que *nenhuma distinção* seja feita, tem uma relação direta com a justificativa para a existência do instituto do refúgio. É necessário ressaltar que, segundo a Convenção de 1951, é refugiado aquela pessoa que, ao sofrer (ou temer sofrer) perseguição devida a raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social, procurou proteção deixando seu país de origem ou residência habitual. Dessa forma, observamos que é a violação do supracitado artigo 2º da Declaração Universal – representada por uma discriminação materializada em forma de perseguição – que leva à invocação do direito de reconhecimento da condição de refugiado. Assim, o indivíduo é reconhecido como refugiado porque, em relação a ele, foi desconsiderado o fato de que *todo* ser humano deve gozar de direitos e liberdades *sem distinção alguma*.

A DUDH também afirma que: “considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento *de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor* e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum [...]. Considerando que os *Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas*, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades [...]” (*idem*; sem grifos no original).

Esses dois excertos demonstram que, ao assinarem a Declaração, os países se comprometeram a, por meio da cooperação internacional, assegurar um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade *para viverem longe do temor* e da necessidade. Essa é, sem dúvida, uma razão fundamental para a adoção de um instrumento internacional de proteção à pessoa – a Convenção de 1951 – que, por meio de uma concertação internacional, visa que a proteção à pessoa e a garantia de seus direitos se deem, não obstante, à falha do Estado de origem em prover tal proteção.

Outro ponto de reflexão – evidenciado por alguns autores – é a referência na própria Convenção de 1951 à DUDH: “Considerando que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral, afirmaram o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais [...]” (ONU 1951). Isso significa dizer que (*i*) um fundamento por trás da Convenção é a não-discriminação para o usufruto pelos indivíduos de direitos e liberdades fundamentais e (*ii*) a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal são os documentos que balizam esses direitos e liberdades que fundamentaram a elaboração e adoção da Convenção.

É importante, ainda, considerar os antecedentes históricos da Convenção de 1951. Como já se afirmou, esse documento tem como base os arranjos formulados desde a década de 1920 para o trato da problemática relacionada aos refugiados. Um aspecto que se destaca é o fato de que, na primeira convenção elaborada sobre o estatuto do refugiado, em 1933, embora houvessem sido enumerados alguns (poucos) direitos referentes à condição de refugiado, a preocupação primordial disse respeito ao *status jurídico* desses indivíduos no

<sup>8</sup> Princípio da não devolução, segundo o qual um Estado Contratante não poderá expulsar ou rechaçar um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política (ONU 1951, artigo 33).

país de asilo. Mesmo o princípio do *non-refoulement*<sup>8</sup> – atualmente clamado como cerne da proteção ao refugiado – não parece ser relacionado, naquele momento, a um direito do indivíduo; tendo sido incluído no capítulo sobre medidas administrativas. O mesmo pode ser afirmado no que concerne à Convenção de 1938 sobre o Estatuto dos Refugiados Provenientes da Alemanha. Assim, o propósito primordial relacionado a direitos humanos somente mostrou-se ser o alicerce da proteção internacional aos refugiados com a elaboração da Convenção de 1951 – fato que ressalta novamente o fundamento de direitos humanos imbricado na atual concepção de proteção internacional do indivíduo.

Dessa forma, é possível sustentar que uma análise do texto, da história e do contexto da Convenção demonstra que o Direito Internacional dos Refugiados não é somente histórico e filosoficamente coincidente ao Direito internacional dos Direitos Humanos, mas, de fato, funda-se nas ideias de direitos humanos. Foi a partir do reconhecimento no plano internacional de direitos e liberdades fundamentais – cuja garantia é necessária para a concretização da noção de dignidade do ser humano – que se tornou possível a configuração do atual regime internacional dos refugiados, que tem como alicerce a proteção (não meramente jurídica) desses indivíduos.

O DIDH reconheceu o princípio da não-discriminação e também que a soberania estatal não pode representar justificativa para o desrespeito à dignidade dos cidadãos. Baseada nesses princípios, a comunidade internacional acordou a necessidade de proteger o indivíduo quando seu Estado de origem é incapaz ou indisposto a cumprir com seu dever de proteção. Nesse sentido, caracteriza-se a relação orgânica ressaltada por este trabalho. O Direito Internacional dos Refugiados – em sua configuração e aplicação atual – foi formulado com base nos princípios reconhecidos pelo DIDH, de modo que se tais princípios são desconsiderados, não é possível referir-se à atual concepção de proteção internacional da pessoa – objetivo do atual regime para os refugiados.

#### **IV. A definição de refugiado: o debate sobre a aproximação entre o regime internacional dos direitos humanos e o regime internacional dos refugiados**

Na literatura, quando a argumentação é construída sustentando-se a desvinculação entre violação de direitos humanos e refúgio, o debate gira, frequentemente, em torno da adoção ou da crítica à denominada “abordagem dos direitos humanos”. Tal perspectiva implica interpretar e aplicar os diversos elementos da definição de refugiado – para o reconhecimento desse *status* a um indivíduo – dentro do contexto dos padrões internacionais de direitos humanos (FOSTER, 2007). A discussão travada ao redor dessa abordagem concerne, sobretudo, a um aspecto controverso da definição: o significado de “perseguição”.

A Convenção de 1951 não define o que entende por “perseguição”, apenas afirmando ser o refugiado a pessoa que “temendo ser perseguida” cruza uma fronteira internacional (ONU, 1951). Feller (2001) sustenta que não existir, na Convenção, uma definição de se termo “perseguição” é indicativo do fato de que suas formas são variadas. Diante da ausência de explicitação na definição, assim, a determinação sobre se há ou não perseguição geralmente é feita em referência aos direitos da pessoa que estão sendo violados (*idem*). Feller evidencia, portanto, a não existência, na literatura, de uma interpretação consensual do termo “perseguição”, cujo significado, de fato, representa ampla

discordância entre os autores e os tomadores de decisão (*decision-makers*). Já em 1979, o ACNUR tentou suprir tal lacuna apresentando uma interpretação para o *termo*<sup>9</sup>, sustentando que, a partir do artigo 33 da Convenção, é possível inferir que uma ameaça à vida ou à liberdade devido a raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social é sempre perseguição. Ademais, outras sérias violações de direitos humanos pelas mesmas razões também podem constituir perseguição (UNHCR, 1992). Essa publicação do ACNUR, contudo, não encerrou a controvérsia, vide as discussões que a sucederam e que ainda hoje se desdobram na literatura.

Foster (2007) identifica, como um dos desenvolvimentos mais recentes na jurisprudência do Direito Internacional dos Refugiados, o movimento em direção a um entendimento dos componentes da definição de refugiado pautado no contexto dos padrões internacionais dos direitos humanos, ou seja, ressalta como desenvolvimento importante do DIR a adoção, pelos tomadores de decisão, da “abordagem dos direitos humanos”. Segundo essa autora, tal perspectiva foi defendida por Vernant, já em 1953 – quando este sugeriu que perseguição devia ser equacionada a “sanções e medidas severas de natureza arbitrária, incompatíveis com os princípios colocados pela DUDH” –, mas sua ampla aceitação resulta da análise inovadora produzida por Hathaway, em 1991. Segundo esse autor, baseando-se nos propósitos da Convenção, “perseguição” pode ser definido como “a violação prolongada e sistemática de direitos humanos básicos demonstrativa da falha de proteção do Estado” (Hathaway 1991, p. 104-105).

Para Hathaway (*idem*), a Carta de Direitos Humanos (composta pela DUDH, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP – e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC), em razão do consenso que representa sobre o entendimento do dever mínimo devido pelo Estado a seus nacionais, deve conformar o entendimento sobre a existência de perseguição em um determinado caso. Logo, o DIR deve tratar de ações que negam a dignidade humana de forma significativa, e, para tal, a negação prolongada e sistemática de direitos humanos fundamentais é o padrão apropriado (*idem*). De acordo com a Carta de Direitos Humanos, Hathaway (*idem*) identifica quatro tipos distintos de obrigações estatais frente a seus cidadãos, a partir dos quais é possível avaliar a existência de perseguição.

Primeiramente, destacam-se os direitos cuja derrogação não é permitida em caso algum, mesmo em caso de emergência nacional (conforme artigo 4º do PIDCP) – direito contra privação arbitrária da vida; proteção contra tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante; liberdade em relação à escravidão; proibição de acusação por atos cometidos anteriormente à legislação referente; direito de reconhecimento de personalidade jurídica e liberdade de pensamento, consciência e religião. A falha em assegurar-se tais direitos sob quaisquer circunstâncias equivaleria, segundo Hathaway (*idem*), a perseguição.

Em seguida, Hathaway trata dos direitos possíveis de derrogação durante uma emergência pública que ameaça a vida da nação e que seja oficialmente proclamada (também conforme artigo 4º do PIDCP) – liberdade contra detenção ou prisão arbitrária; direito de igualdade de proteção; direito, em procedimentos criminais, à audiência pública e justa e presunção de inocência até provada a culpa; proteção da privacidade e integridade pessoal e familiar; direito à movimentação interna e escolha de residência; liberdade para deixar e retornar a seu próprio país; liberdade de opinião, expressão, assembleia e associação; direito a formar e integrar sindicatos; direito a participação no governo,

<sup>9</sup> No "Manual sobre procedimentos e critérios para determinação do *status* de refugiado", reeditado em 1992.

acesso a emprego público sem discriminação e voto em eleições genuínas e periódicas. A falha em garantir-se quaisquer desses direitos constituirá uma violação do dever básico de proteção do Estado, a menos que se demonstre que a derrogação foi derivada de exigências de uma situação real de emergência, que a mesma não é inconsistente com outros aspectos do direito internacional e que não foi aplicada de forma discriminatória.

O terceiro grupo de direitos não impõe padrões de realização absolutos e imediatamente vinculantes, mas requer que os Estados tomem atitudes para realizá-los progressivamente ao máximo de seus recursos disponíveis, de forma não discriminatória – direito ao trabalho, inclusive a condições justas e favoráveis de emprego, remuneração e descanso; direito a alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos; segurança social; educação básica; proteção da família e liberdade para engajar-se e beneficiar-se de expressão cultural, científica, literária e artística. Em relação a esses direitos, um Estado não cumpre suas obrigações quando os ignora, conquanto sua capacidade fiscal para assegurá-los, ou quando exclui uma minoria da população de seu usufruto.

Por fim, o quarto grupo refere-se àqueles direitos reconhecidos na DUDH, mas não codificados em nenhum instrumento vinculante e que estão, assim, fora do escopo de dever básico de proteção do Estado, como o direito de ter e não ser arbitrariamente privado de propriedade e o direito de ser protegido contra o desemprego. Hathaway (*idem*) propõe, desse modo, um método para averiguação da existência de perseguição baseado na “Carta de Direitos e fundamentado nas obrigações de proteção do Estado em relação a seus cidadãos. A falha em assegurar-se determinados direitos sob determinadas circunstâncias e de determinadas formas representa, logo, uma falha da proteção estatal, equivalendo à perseguição e legitimando a proteção internacional.

Para Foster (2007), a abordagem desenvolvida por Hathaway é essencial para a capacidade de interpretar-se a Convenção de 1951 de forma progressiva, abarcando demandas que envolvem, por exemplo, a perseguição baseada em gênero. Revela-se especialmente relevante para a argumentação da própria Foster, que trabalha com a tese de que a inclusão de direitos socioeconômicos na DUDH e no PIDESC provê autoridade persuasiva para a visão de que as violações de direitos socioeconômicos podem equivaler a perseguição.

A abordagem de Foster está incluída na denominada “abordagem dos direitos humanos”, por basear-se na premissa de que o DIDH é uma referência apropriada para interpretar-se vários aspectos da definição de refugiado. Em primeiro lugar, sustenta a autora, a referência à DUDH no preâmbulo da Convenção de 1951 leva à interpretação de que o objetivo da Convenção é fundamentalmente buscar um propósito inspirado nos direitos humanos – especificamente, prover proteção internacional àqueles indivíduos que se encaixam na definição de refugiado. Outra questão evidenciada é a finalidade do documento, predominantemente relacionada a direitos humanos: os artigos 2º a 34º concernem à clarificação dos direitos conferidos àqueles indivíduos reconhecidos como refugiados. Segundo Foster (*idem*), o objetivo principal da Convenção não foi definir quem é um refugiado, mas dispor os direitos derivados desse reconhecimento. Assim, a Convenção proveria reparação para certas violações de direitos humanos, dando a esses indivíduos a oportunidade de viver com maior liberdade e dignidade que em seu país de origem.

Foster (*idem*) conclui que a Convenção de 1951 é capaz de abranger um conjunto de reivindicações que se pensava estarem fora do escopo desse tratado. Essa conclusão não se baseia somente em possibilidade teórica, mas é sus-

tentada por uma jurisprudência emergente que tem demonstrado serem os tomadores de decisão capazes e dispostos a transcederem rótulos considerados simplistas como “migrante econômico” e “migrante voluntário”. A abordagem da autora trata, assim, sobre como a Convenção, o mais importante instrumento internacional para a questão dos refugiados, pode ser interpretada e implementada de forma que reflita os entendimentos contemporâneos do escopo da proteção dos direitos humanos. Ademais, sustenta que o dano sofrido tem de ser suficientemente sério para equivaler a perseguição – isto é, que há a necessidade de apontar uma *violação* essencial de direitos socioeconômicos que envolva a falha do Estado em assegurar a provisão não discriminatória de direitos básicos – e que há a necessidade de vincular-se o dano sofrido a um dos motivos elencados pela Convenção.

A perspectiva de Aleinikoff (1991) também pode ser incluída no rol da “abordagem dos direitos humanos”, embora se distinga porque não somente equipara perseguição a violação de direitos humanos, mas demonstra outra percepção a respeito dos cinco motivos elencados na Convenção. Esse autor afirma que o foco da Convenção é o próprio significado de perseguição, um entendimento que requer que o dano em questão seja de natureza grave. Aleinikoff nota que uma revisão dos trabalhos preparatórios da Convenção demonstra que não houve ênfase, durante sua elaboração, nos tipos de perseguição que qualificariam um indivíduo como refugiado. Logo, o autor sustenta que a Convenção foi escrita tendo como intenção proteger todas as pessoas existentes na Europa que tinham sido ou provavelmente seriam vítimas de perseguição. Segundo ele, nenhuma forma de perseguição foi intencionalmente excluída, embora várias outras exclusões tenham sido escritas na Convenção (*idem*).

A história da Convenção não provê, portanto, sustentação para uma leitura limitada dos motivos que caracterizam perseguição; ao contrário, demonstra um propósito de escrever uma definição de refugiado ampla o suficiente para cobrir as, então existentes, vítimas de perseguição (*idem*). Para Aleinikoff, duas observações apóiam sua análise. Primeiro, a categoria “membro de grupo social” parece ter sido adicionada com nenhum outro motivo que não suprir uma possível lacuna derivada das outras, mais específicas, categorias. Em segundo lugar, no Manual do ACNUR (UNHCR 1992) é evidente que a utilização dos cinco motivos para explicar “perseguição” indica, apenas, o aspecto injustificado e intolerável da infiltração do dano. Assim, enquanto a existência de um dos cinco motivos pode sinalizar o aspecto qualitativo da definição de perseguição, não está de forma alguma claro que a perseguição deva ser restrita aos mesmos ou que um solicitante deva ser capaz de demonstrar conclusivamente que um dos cinco motivos existe para estabelecer a perseguição (Aleinikoff 1991).

A história da Convenção não provê, portanto, sustentação para uma leitura limitada dos motivos que caracterizam perseguição; ao contrário, demonstra um propósito de escrever uma definição de refugiado ampla o suficiente para cobrir as, então existentes, vítimas de perseguição (*idem*). Para Aleinikoff, duas observações apóiam sua análise. Primeiro, a categoria “membro de grupo social” parece ter sido adicionada com nenhum outro motivo que não suprir uma possível lacuna derivada das outras, mais específicas, categorias. Em segundo lugar, no Manual do ACNUR (UNHCR 1992) é evidente que a utilização dos cinco motivos para explicar “perseguição” indica, *apenas*, o aspecto injustificado e intolerável da infiltração do dano. Assim, enquanto a existência de um dos cinco motivos pode sinalizar o aspecto qualitativo da definição de per-

seguição, não está de forma alguma claro que a perseguição deva ser restrita aos mesmos ou que um solicitante deva ser capaz de demonstrar conclusivamente que um dos cinco motivos existe para estabelecer a perseguição (Aleinikoff 1991).

A análise de Aleinikoff implica, portanto, averiguar a existência de perseguição segundo o dano causado e não conforme o motivo que leva a esse dano – estabelece-se como foco a existência da perseguição, e não o motivo que leva à mesma. A questão, então, passa a ser decidir quais tipos de danos são tão severos que sua imposição constitui perseguição. Nesse sentido, invocam-se os direitos humanos: há perseguição quando se demonstra a existência de privação de direitos humanos fundamentais ou de dano sério imposto como penalidade ao exercício de um direito fundamental.

Também compondo a “abordagem dos direitos humanos”, Gorlick (2000) afirma que diversos instrumentos e mecanismos universais, regionais e domésticos de direitos humanos podem ser utilizados para aumentar a proteção dos refugiados e de solicitantes de refúgio. O autor defende uma abordagem mais flexível e fundada na proteção (o propósito da Convenção) para interpretar a Convenção, inclusive o termo “perseguição”. Nota, ainda, que, no que concerne ao foco desse documento em direitos humanos, há uma linha direta de descendência da Carta das Nações Unidas e da DUDH, afirmada no preâmbulo; e uma análise das provisões contidas nesse instrumento internacional revela-o como uma extraordinária “Carta de Direitos” para os refugiados. Conquanto o conjunto impressivo de direitos que consta na Convenção, Gorlick (*idem*) sustenta que instrumentos internacionais de direitos humanos como o PIDCP e o PIDESC podem prover uma proteção legal ainda mais ampla aos refugiados.

No que se refere à discussão abarcada pelo nosso texto – concernente à vinculação entre violação de direitos humanos e refúgio no momento anterior à determinação do *status* de refugiado – Gorlick (*idem*) declara que o organismo mais ativo em desenvolver jurisprudência no interesse dos refugiados é o Comitê contra Tortura (estabelecido pela Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 1984). Muitos solicitantes cujo *status* como refugiado não foi reconhecido têm recorrido a esse órgão para proteção alternativa contra expulsão e retorno ao país de origem. Esse mecanismo é particularmente importante em casos em que uma interpretação restritiva da definição de refugiado resultou em negação do reconhecimento dessa condição a indivíduos com necessidade de proteção internacional. De forma geral, afirma Gorlick (*idem*), os trabalhos desse comitê com questões envolvendo refugiados têm estabelecido um padrão maior de proteção.

Enquanto autores como Hathaway (1991), Foster (2007) e Aleinikoff (1991) adotam a “abordagem dos direitos humanos”, alguns buscam descontruir seus fundamentos. Uma das críticas a tal perspectiva é apresentada por Steinbock (1998), que declara que os autores que defendem a perspectiva dos direitos humanos não provêem um ajuste adequado entre seus próprios propósitos e o texto da definição de refugiado. Na verdade, eles tentariam extrair um propósito da Convenção e, então, subordinariam a linguagem do texto ao propósito descoberto, um processo que encontra pouca sustentação nos métodos aceitos de interpretação estatutária e de tratados. Steinbock afirma que, segundo a “abordagem dos direitos humanos”, a questão relevante é se a violação de direitos humanos ocorre e se resulta em dano suficientemente sério que equivalha a perseguição. Para Steinbock (*idem*), isso significaria uma mudança equivocada do foco do Direito Internacional dos Refugiados das causas para

os efeitos do dano. Tal interpretação deriva de sua leitura de que para esses outros autores a definição de refugiado protege contra violações de direitos humanos reconhecidos, independentemente se o dano é causado devido a um dos cinco motivos. Ele questiona, então, o porquê de não terem, os redatores da Convenção, especificado a intenção de cobrir a imposição de sérios danos na falta de um dos cinco motivos, caso fosse esse o propósito.

Embora entenda a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 como instrumentos de direitos humanos, Steinbock (*idem*) sustenta que os padrões amplos de direitos humanos não devem ser utilizados diretamente para conformar o entendimento dos elementos da definição de refugiado. Mais especificamente, ele afirma que somente alguns direitos humanos podem ser entendidos como constituindo a estrutura para a interpretação da Convenção. Justificando esse entendimento, o autor destaca o fato de que a Convenção menciona vários dos direitos humanos que haviam sido recentemente enunciados na DUDH, mas não todo esse rol de direitos. Dessa forma, após analisar o texto, a história e o contexto da Convenção, Steinbock (*idem*) conclui que a definição de refugiado centra nos princípios de não discriminação, condenação da culpa coletiva e proteção da liberdade de pensamento e expressão – servindo, portanto, aos propósitos identificados, para proteger importantes direitos humanos, mas não sendo coextensivos ao completo conjunto de direitos humanos.

Por fim, outro ponto mencionado por Steinbock (*idem*), porém pouco explorado, refere-se ao impacto prático da “abordagem dos direitos humanos”. Ele destaca – tomando como base o método proposto por Hathaway (1991) para a verificação de existência de perseguição – que o amplo conjunto de direitos humanos cuja violação corresponderia a perseguição tornaria milhões de pessoas refugiados em potencial. O autor afirma que uma descrição tão extensiva de perseguição ora revolucionaria o DIR, ora demandaria selevidade entre refugiados potenciais, baseada no tipo ou na qualidade do dano. Em qualquer um dos casos, o impacto prático seria enorme (Steinbock 1998).

Em resposta a Steinbock (*idem*), Foster (2007) sustenta que o primeiro critica a “abordagem dos direitos humanos” a partir da noção equivocada de que a mesma simplesmente não considera os cinco motivos para a verificação de existência de perseguição. Foster afirma que essa abordagem não implica necessariamente que toda desconsideração aos direitos humanos automaticamente equivale a perseguição. Assim, o solicitante tem, sim, que satisfazer outros aspectos da definição, notadamente um (ou mais) dos cinco motivos que levam à perseguição. Embora a assertiva de Steinbock possa ser aplicada a Aleinikoff (1991) – que realmente sustenta que os cinco motivos são somente ilustrativos das razões que não justificam danos graves aos indivíduos –, a mesma não encontra fundamento na análise de Hathaway (1991) – também utilizada como parâmetro para a crítica de Steinbock à “abordagem dos direitos humanos” –, pois esta não rechaça a consideração dos cinco motivos para verificação da existência de perseguição.

Foster (2007) também contrapõe a argumentação de Steinbock (1998) no que diz respeito a outra questão, apontando para a problemática denominada, por ela, de “abordagem de dicionário” (*dictionary approach*). Essa perspectiva é aquela que recorre ao dicionário para buscar o significado usual dos termos que compõem a definição de refugiado da Convenção, sem considerar, assim, o objeto e os objetivos do documento (Foster 2007). Foster identifica o impacto prático ressaltado por Steinbock (1998) – como um empecilho à “abordagem dos direitos humanos” – como um “floodgate concern” (Aleinikoff 1991;

Bhabha 1996), ou seja, uma preocupação vinculada à abertura de uma brecha (ou de uma comporta) para a entrada de (um grande número de) indivíduos que, do contrário, não seriam considerados refugiados. A crítica da autora não se relaciona à preocupação de Steinbock com o número possivelmente significativo de refugiados derivado do “novo” entendimento sobre perseguição, mas ao fato de que essa afirmação implica assumir que há um significado usual (ou de senso comum) de “perseguição”, o que não procede. Nesse sentido, a argumentação de Steinbock basear-se-ia em significados estritos oriundos do dicionário. Essa crítica, entretanto, não é sustentada quando se observa atentamente a obra de Steinbock (1998), pois o mesmo afirma que uma abordagem exclusivamente textual da Convenção simplesmente não pode responder a muitas questões levantadas pelos solicitantes de asilo – incorrendo o risco de minar importantes preocupações normativas abarcadas pela definição de refugiado. Exatamente por esse motivo, ele recorre não somente ao texto, como ao contexto e à história da Convenção para inferir os propósitos desse instrumento internacional.

Embora a crítica de Foster (2007) à “abordagem de dicionário” – verificada pela autora em diversas cortes que determinam o *status* de refugiado no mundo – não seja adequada à argumentação de Steinbock (1998), devido às ressalvas elaboradas por esse autor, entendemos que a preocupação levantada concerne à limitação que uma tal perspectiva pode implicar para o conceito de refugiado. O entendimento do significado de “perseguição” baseando-se apenas em definições de dicionários – que ignoram o contexto em que o regime para os refugiados surgiu e seus objetivos –, incorre o risco de criar “exceções anômalas” – isto é, negar proteção a pessoas consideradas refugiadas de acordo com o espírito da Convenção – minando, assim, a estrutura de proteção aos refugiados (Feller 2001).

Interessantemente, o trabalho de Wilsher (2003), ao sustentar a inadequação da “abordagem dos direitos humanos”, alude ao significado de dicionário, porém visando uma interpretação mais ampla do termo “perseguição” – e não a restringindo, como acontece na maior parte dos casos em que se recorre ao sentido literal da palavra. Segundo esse autor, buscar o significado do termo “perseguição” no dicionário implica constatar que a definição de refugiado abarca os atores não-estatais como possíveis agentes da perseguição, não a limitando a resultado de ações do Estado, pois perseguir significa simplesmente “acossar com inimizade e maltrato” (Wilsher 2003, p. 80-81)<sup>10</sup>.

Em seu texto, Wilsher (*idem*) questiona o grau de proteção suprida pela Convenção de 1951 às vítimas de perseguição realizada por atores não-estatais. É amparado por esse debate que o autor rejeita a “abordagem dos direitos humanos”. Basicamente, sua argumentação almeja contrapor-se à afirmação de Hathaway (1991) – de que “perseguição equivale a uma negação prolongada e sistemática de direitos humanos fundamentais”. Wilsher (2003) sustenta que compreender “perseguição” como negação de direitos humanos implica uma dificuldade real para a determinação do *status* de refugiado quando o perpetrador do dano é um agente não estatal. Conforme sua argumentação, em Direito Internacional, o Estado é o único ator que detém o dever que caracteriza a contraparte dos direitos humanos – o dever de proteção –, isto é, as obrigações em termos de direitos humanos são atribuídas ao Estado. Nesse sentido, infere-se que um ator não-estatal não pode, de modo estrito, infringir direitos humanos; somente o Estado pode fazê-lo. Assim, uma formulação do entendimento de “perseguição” baseada somente em direitos humanos pode ser imprópria no contexto de atores não-estatais. Por esse motivo, Wilsher assevera

<sup>10</sup> Tradução livre de “pursue with enmity and ill-treatment”. As traduções são de responsabilidade dos autores.

que perseguição deve ser entendida como a imposição de dano sério e prolongado sobre a vítima, de modo a interferir em qualquer aspecto central da dignidade humana.

Na perspectiva do autor, uma interferência de atores não estatais com interesses que impactam questões protegidas por instrumentos de direitos humanos pode constituir perseguição. Dessa forma, os direitos humanos são evidentemente relevantes para a perseguição, porém não devem defini-la no sentido de requerer uma responsabilidade estatal como condição sem a qual a perseguição não existe. Portanto, Wilsher (*idem*) contrapõe-se à “abordagem dos direitos humanos” por afirmar que a mesma restringe o escopo da Convenção ao não incluir vítimas de perseguição realizada por atores não-estatais.

O mesmo argumento da “subinclusividade” é apontado por Edwards (2003) como fundamento para sua rejeição à “abordagem dos direitos humanos”. Nessa obra, a autora visa apontar a necessidade de sensibilidade a questões de gênero e de idade nas políticas e práticas para os refugiados; sendo esse um importante passo para a aplicação não discriminatória do Direito Internacional dos Refugiados. Edwards ressalta o fato de que o Preâmbulo da Convenção de 1951 convoca os Estados a assegurarem aos refugiados o mais amplo exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, o que implica uma análise do DIR dentro de um contexto humanitário e de direitos humanos mais amplo. Também afirma que a Convenção é um instrumento de direitos humanos que trata de formas contemporâneas de violações a esses. Contudo, argumenta que, embora a perseguição geralmente envolva rupturas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não é necessário em cada caso identificar uma violação desses direitos para identificar a existência de perseguição.

Edwards nota que não há uma definição internacionalmente aceita do que constitui perseguição e, por esse motivo, seria imprudente limitar sua pertinência a, apenas, sérios abusos de direitos humanos. Destaca-se a possibilidade de que nem todas as formas de perseguição tenham sido identificadas ou codificadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo que a equivalência estrita de perseguição à violação de direitos humanos possibilita o não reconhecimento, como refugiadas, de vítimas às quais tal admissão seria pertinente de acordo com os propósitos da Convenção. A proteção disponível sob o Direito dos Refugiados, assim, não deve ser restringida pelo estrito alinhamento ao DIDH (Edwards 2003).

Desse modo, o que observamos na literatura é que diversos autores, ao contraporem-se à “abordagem dos direitos humanos”, focam questões específicas, como a subinclusividade ou a impossibilidade prática. A perspectiva de Nathwani (2003) destaca-se, nesse contexto, por desenvolver uma argumentação que visa desconstruir essa abordagem em diferentes aspectos. Seu trabalho busca encontrar um princípio que possibilite superar uma política severa de controle de imigração que afete, de maneira negativa, a proteção aos refugiados.

A primeira questão discutida por Nathwani diz respeito à frequente assertiva de que a referência, no Preâmbulo da Convenção, à Carta das Nações Unidas e à DUDH, comprova o entendimento de que o DIR é um sistema subsidiário da proteção aos direitos humanos. Para Nathwani, a “abordagem dos direitos humanos”, ao inferir essa “subsidiariedade”, entende que àqueles indivíduos cujos direitos humanos não foram assegurados em seu país é garantida a proteção em outro território por meio do Direito Internacional dos Refugiados, o que, consequentemente, implica dizer que essa vertente do Direito

Internacional somente se torna operativa quando uma violação de direitos humanos ocorre – ou seja, equivale-se perseguição à violação de direitos humanos. Segundo o autor, de fato, um olhar atento ao preâmbulo *somente* revela que o propósito da Convenção é assegurar aos refugiados o usufruto de seus direitos e liberdades fundamentais no país de asilo – isto é, a Convenção reafirma o princípio de que os direitos humanos abarcam todos os indivíduos –, e *não* que a violação de direitos humanos é a condição para o *status* de refugiado. Assim, o texto do preâmbulo não forneceria um argumento forte para a afirmação de que o DIR tem como premissa o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nathwani (*idem*) também ressalta a distorção do processo de reconhecimento do *status* de refugiado que a visão desses indivíduos como vítimas de violação de direitos humanos implicaria. O conceito de refugiado como aquele cujos direitos humanos foram violados gera uma acusação ao Estado de origem. O autor nota que o preâmbulo da Convenção expressa o desejo de que a questão dos refugiados não se torne causa de tensão entre os Estados. Para Nathwani, a teoria da perseguição como violação de direitos leva exatamente a essa consequência. Isso implica conter o reconhecimento do *status* de refugiado uma crítica implícita ao Estado de origem. Toda essa abordagem, portanto, submeteria os refugiados à política internacional, e, como a função principal do DIR é prover espaço seguro para esses indivíduos – a qual somente pode ser desempenhada caso seja neutro –, a “abordagem dos direitos humanos” para a proteção dos refugiados provavelmente levaria à não-realização desse objetivo.

Outro ponto levantado por Nathwani (*idem*) sobre a “abordagem dos direitos humanos” concerne à política de imigração dos países – questão ao redor da qual gira toda a argumentação de seu livro. O autor sustenta que se todas as violações de direitos humanos levarem ao reconhecimento do *status* de refugiado, os Estados ricos do Ocidente não poderão exercer sua política restritiva de imigração, o que geraria a necessidade de enfatizar-se algumas violações de direitos em detrimento de outras. Considerando a proclamada unidade e interdependência do DIDH, tal hierarquização – somente baseada nos direitos humanos – não se revela possível, de modo que esse constitui outro aspecto que torna inadequada a “abordagem dos direitos humanos” para a proteção dos refugiados.

A mencionada dificuldade de hierarquização e a falta de motivação dos Estados constituem, para Nathwani (*idem*), os dois maiores desafios para a “abordagem dos direitos humanos”. Quanto ao último aspecto – a falta de motivação – esse autor afirma que, ao enfatizar os direitos humanos, os autores não consideram o autointeresse como força motivadora dos Estados. Como não se pode sustentar que os Estados servem ao seu autointeresse ao protegerem refugiados de violações de direitos humanos ocorridas em outros territórios, a ênfase nos direitos humanos foca demasiadamente o altruísmo dos Estados. E parece ser exatamente por ter sido atingido o limite do altruísmo que há uma crise da proteção aos refugiados (*idem*).

Por fim, frente às limitações – por ele identificadas – não superadas pela “abordagem dos direitos humanos”, assim como às de outras argumentações que buscam identificar uma razão que justifique a proteção aos refugiados em um contexto de severa política de imigração, Nathwani (*idem*) apóia-se no princípio da “necessidade” como aquele capaz de criar uma exceção dentro desse contexto político de restrição à mobilidade humana. Embora possa haver

uma sobreposição entre direitos humanos e “necessidade” – já que a necessidade frequentemente resulta de violações de direitos humanos –, nem sempre as violações de direitos humanos criam o perigo imediato e intenso associado ao conceito de necessidade.

O que se constata, portanto, é que embora alguns autores – mesmo alguns dos que rechaçam a “abordagem dos direitos humanos” – implicitamente demonstrem entender a relação orgânica discutida anteriormente, não a enfatizam para justificar a ampla proteção internacional a indivíduos que devem ser abarcados pelo escopo da Convenção. O que observamos, ao contrário, é uma tentativa de afastar “direitos humanos” e “refúgio” para embasar-se a ampla proteção. Esses autores não percebem como a “abordagem dos direitos humanos” de fato estabelece bases concretas e fortes para que tais pessoas tenham seu *status* de refugiado reconhecido. Entender e argumentar evidenciando a relação orgânica leva à superação da discussão sobre se os padrões internacionais de direitos humanos devem balizar a interpretação dos termos componentes da definição de refugiado. Uma vez sustentado que a proteção internacional se funda nos princípios dos direitos humanos – que uma vez desconsiderados anulam o fundamento dessa proteção –, torna-se evidente não apenas a possibilidade, como a necessidade de que tais princípios constituam a referência para a interpretação, na contemporaneidade, dos instrumentos internacionais sobre refugiados.

Consequentemente, é possível compreender que o instituto do refúgio busca, sim, reparar uma situação de violação de direitos humanos para garantir que o indivíduo – conforme consta na DUDH – goze de liberdade de palavra, de crença e que esteja a salvo do temor da perseguição. Nesse sentido, podemos sustentar que o reconhecimento como refugiado visa corrigir uma situação específica de violação de direitos humanos: aquela materializada em forma de perseguição. Isso não significa afirmar que toda violação de direitos humanos equivale a perseguição, pois outros elementos da definição devem ser considerados para que se caracterize a condição de refugiado, notadamente o caráter discriminatório da infiltração do dano – o qual se baseia em considerações de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou grupo social – e o cruzamento de fronteiras internacionais. Tais entendimentos possibilitam a concretização de um processo de determinação do *status* de refugiado que fuja das limitações que tentam minar tal proteção devido a interesses que negligenciam o caráter forçado do movimento e os prejuízos que nele resultam e que dele são originados. Ou seja, resulta uma compreensão sobre o refúgio que está de acordo com o desenvolvimento histórico do regime internacional dos refugiados.

## **V. Reafirmando a “abordagem dos direitos humanos”**

Considerando nossa abordagem sobre a relação entre direitos humanos e refúgio, é possível desconstruir as argumentações contra a “abordagem dos direitos humanos” aqui apresentadas. A perspectiva de Edwards (2003) contra essa abordagem refere-se ao fato de que é possível que nem todas as formas de perseguição tenham sido identificadas ou codificadas no DIDH, de modo que interpretar perseguição como estritamente violação de direitos humanos gera a possibilidade de que vítimas de perseguição não prevista no DIDH não sejam reconhecidas como refugiados, limitando assim o alcance da Convenção de 1951 e agindo contra seus propósitos amplos de proteção. Embora essa crítica a princípio seja pertinente, na verdade ela rechaça a “abordagem dos direitos

humanos” por excesso de cautela e ignora a capacidade de adaptação do regime contemporâneo dos refugiados.

Ao longo dos anos, os instrumentos internacionais para os refugiados vêm sendo alterados; não materialmente – pois a redação de tais instrumentos não foi alterada –, mas no que toca à sua interpretação. O entendimento sobre o significado dos termos da definição vem modificando-se lado a lado com as novas compreensões sobre direitos humanos, de modo a abarcar novas formas de perseguição, como a perseguição devida à orientação sexual ou baseada em gênero. Na verdade, entender o propósito de direitos humanos imbricado na Convenção, ao conformar a compreensão de seus termos segundo padrões internacionais de direitos humanos, ao contrário do que afirmado por Edwards (2003), possibilita um maior espaço para adaptação de seu entendimento do que restringe esta possibilidade. Vale ressaltar que a autora em momento algum explicita sua compreensão sobre o termo “perseguição”, porém, quando se refere à questão deixa implícitas considerações fundadas na ideia de direitos humanos.

Wilsher (2003), por sua vez, posiciona-se contra a “abordagem dos direitos humanos” por acreditar que ela obsta a verificação de perseguição quando esta é realizada por atores não-estatais, já que a contraparte dos direitos humanos, ou seja, o imperativo de proteção, se assenta no Estado. Entretanto, esse autor não atenta ao fato de a definição afirmar ser refugiado aquela pessoa que não pode ou não quer valer-se da proteção do Estado. Embora os direitos humanos demandem uma contraparte de atuação do Estado, não significa que a violação de direitos humanos acontece somente quando este é o perpetrador da violação, mas também quando o mesmo não é capaz ou não está disposto a evitar ou corrigir tal situação de violação – o que caracteriza, após o cruzamento de fronteira internacional, a condição de refugiado. Dessa forma, há violação de direitos em situações nas quais atores não-estatais agridem direitos e liberdades fundamentais que integram a ideia de direitos humanos, e o componente de responsabilidade estatal é identificável não por este realizar, propriamente, o abuso, mas por não garantir que tais direitos não sejam violados.

Ademais, Wilsher (2003), tentando evitar o perigo de negar-se proteção a refugiados perseguidos por atores não-estatais, propõe que a perseguição seja entendida como a imposição de dano sério e prolongado sobre a vítima de modo a interferir em qualquer aspecto central da dignidade humana. É possível crer, contudo, que os aspectos reconhecidos – até o momento – como centrais à dignidade humana já tenham sido traduzidos em termos de direitos humanos. Desse modo, resolvido o impasse interpretativo sobre como compreender-se a responsabilidade estatal em caso de perseguição por agentes não-estatais, sua abordagem coincide com a dos direitos humanos.

A questão central da argumentação de Steinbock (1998) relaciona-se à impossibilidade de equacionar perseguição a violação de direitos humanos porque uma análise do texto, contexto e história da Convenção revela que a definição de refugiado serve para proteger pessoas contra três formas relacionadas de dano: (i) a perseguição da diferença, (ii) a atribuição de culpa coletiva e (iii) a punição pelo exercício de direitos de liberdade de expressão e crença. Por esse motivo, perseguição deve ser entendida somente de acordo com tais princípios. Steinbock infere esses princípios como aqueles que regem a definição clássica de refugiado, por ser em torno desses direitos que giram as disposições da Convenção. Ele busca uma abordagem que se distinga da “abordagem dos direitos humanos” para evitar, assim, as críticas direcionadas

a tal perspectiva e conferir maior sustentação teórica à sua. Todavia, esse autor falha em demonstrar em quais aspectos sua própria abordagem difere daquela dos direitos humanos. Considerando (i) que a maior parte dos autores da “abordagem dos direitos humanos” não abandona a necessidade da vinculação a um dos cinco motivos – o que caracteriza a perseguição pela diferença ressaltada por Steinbock; (ii) que a condenação da culpa coletiva está implícita no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o próprio Steinbock indica e (iii) que expressão e crença são dois direitos humanos internacionalmente consagrados, não fica clara a distinção que o autor busca traçar.

Somente em um ponto Steinbock (1998) demonstra a diferença de sua perspectiva para a dos direitos humanos, quando ele faz referência à execução sumária de palestinos que transgrediram a proibição da Autoridade Palestina de vender terras a judeus (Greenberg, 1997). Steinbock ressalta o fato de que tais palestinos sofreram perseguição devido à sua atitude contrária à lei estabelecida no país. Como os propósitos mencionados por Steinbock como aqueles que fundamentam a Convenção centram na perseguição “for what they are or what they believe rather than for what they have done<sup>11</sup>” (Steinbock 1998, p. 798) – perseguição da diferença, atribuição de culpa coletiva e punição pela exercício de direitos de liberdade de expressão e crença –, o autor revela a incapacidade de sua argumentação de incluir tais pessoas na categoria de refugiados – embora ele o entenda como um caso que legitima a demanda por refúgio. Steinbock enfatiza que, por ser mais inclusiva, a “abordagem dos direitos humanos” conseguiria tratar melhor a questão.

No entanto, segundo a análise de Steinbock, a Convenção gira em torno, entre outros princípios, da proteção contra a perseguição pela diferença; e a ação estatal de perseguição direcionada aos palestinos, nesse caso, objetivava exatamente a perpetuação desse tipo de perseguição a terceiros (judeus). Dessa forma, entendemos que a própria argumentação de Steinbock seria capaz de defender o *status* de refugiado desses indivíduos. Uma vez englobados esses indivíduos na categoria de refugiados, a interpretação de Steinbock (1998) novamente coincidiria com a “abordagem dos direitos humanos”.

Também Nathwani (2003) levanta diversas objeções à “abordagem dos direitos humanos”. Primeiramente, não se encontrou sustentação para sua afirmação de que o preâmbulo da Convenção somente revela seu propósito de assegurar aos refugiados o usufruto de direitos e liberdade fundamentais no país de asilo e não que a violação de direitos humanos é a condição para o *status* de refugiado. Nathwani não considera a Convenção de forma ampla para traçar tal inferência. Isso significa analisar um excerto independentemente de todo o conteúdo da Convenção, assim como de seus objetivos e da história que culminou em sua elaboração. Fazer uma inferência baseada unicamente em uma passagem do texto parece não ser suficiente para sustentar uma afirmação tão relevante para o regime dos refugiados.

Nathwani também declara que o conceito de refugiado como aquele cujos direitos humanos foram violados leva a uma acusação ao Estado de origem, o que minaria uma suposta neutralidade do Direito Internacional dos Refugiados – necessária para que o mesmo desempenhe sua função de provimento de espaço seguro para os indivíduos perseguidos. Independentemente se a perseguição é equacionada como violação de direitos humanos, a determinação do *status* de refugiado nunca é um processo neutro. Ainda que se identifique perseguição em outros parâmetros, o refugiado, como conceito, é fruto da política internacional – é sempre aquele que não pode ou não quer valer-se da proteção

<sup>11</sup> “Devido ao que são ou a em que acreditam, mais do que pelo que fizeram”.

do seu Estado de origem ou residência habitual devido a um fundado temor de perseguição. Isso significa que admitir um indivíduo em determinado território como refugiado implica *sempre* fazer uma afirmação condenatória sobre o país de origem. Ademais, foi um arranjo internacional organizado por atores políticos que definiu o conceito e que criou o regime internacional dos refugiados. E é nessa esfera altamente politizada que a proteção se concretiza. Assim, estar sujeito à política internacional é inerente ao conceito de refugiado e ao arranjo institucional desenhado para a aplicação desse instituto.

Sobre a impossibilidade de exercer-se a política de imigração restritiva, que levaria a uma hierarquização dos direitos humanos – impossível de ser realizada satisfatoriamente –, é importante lembrar que, conquanto a percepção de que a “abordagem dos direitos humanos” traria mais refugiados para os países ricos do Ocidente, a maior parte dos refugiados do mundo não se encontra em tais territórios, nem são esses os espaços para os quais a maioria dos solicitantes se direciona buscando refúgio. Atualmente, 80% dos refugiados encontram-se em países em desenvolvimento (UNHCR 2011) – o ACNUR inclui entre esses os países mais pobres do globo – e no fim do ano de 2010 havia, somente na África e na América Latina, em conjunto, 401 000 solicitações de refúgio pendentes, representando 47,9% do total de solicitações a serem avaliadas no mundo<sup>12</sup> (*idem*). Ademais, como aponta Foster (2007), é importante lembrar que uma interpretação mais ampla da Convenção não teria como efeito um número maior de refugiados genuínos deixando seus países e buscando refúgio nos países ricos. As dificuldades para o alcance desses territórios continuariam as mesmas, de modo que os refugiados – como tem acontecido historicamente – continuariam a buscar refúgio em países vizinhos. Dessa forma, não se acredita que haveria um aumento do número de indivíduos solicitando refúgio nesses países, somente que se reconheceria que a um maior número de pessoas esse *status* seria pertinente conforme os propósitos da Convenção – e proteção a pessoas com necessidade de proteção é o princípio ao qual esses países se vincularam ao aderirem a esse documento.

Por fim, sobre a desconsideração do autointeresse do Estado como força motivadora inexistente para a admissão de refugiados é necessário atentar para a literatura sobre regimes internacionais, ou seja, para o motivo pelo qual os Estados se engajam nesse tipo de arranjo. Diversos autores discutiram a questão da cooperação dentro da discussão sobre refúgio (Suhrke 1998; Benz & Hasenclever 2011; Betts 2011), entretanto, Keohane (2007) explicita, de forma geral, o entendimento sobre esse mecanismo, ao afirmar que uma função principal dos regimes internacionais é facilitar a criação de acordos específicos em questões de substantiva importância dentro de uma área-tema coberta pelo regime. Basicamente, Keohane afirma que os regimes internacionais ajudam a tornar as expectativas dos governos consistentes umas com as outras; assim, são desenvolvidos porque os atores da política internacional acreditam que com tais arranjos serão capazes de fazer acordos mutuamente benéficos que, de outra forma, seriam difícil ou impossivelmente atingidos. Isso significa dizer que não falta um componente de autointeresse para a atuação dentro do regime dos refugiados, ao contrário, há interesses estatais que legitimam tal vinculação – e a referência no preâmbulo da Convenção a “encargos pesados” corrobora esse entendimento.

<sup>12</sup> Se somarmos o total de solicitações da Ásia – considerando que o único país no continente a ser considerado rico é o Japão, que não possui números expressivos de refugiados nem de solicitantes –, a proporção é alterada para 56,5%. A proporção de solicitantes na América do Norte e na Oceania é de somente 7,3%. O que implica uma proporção de 36,2% para a Europa – continente no qual nem todos os países são considerados ricos.

## VI. Conclusões

A admissão em um país como refugiado pode representar a diferença entre a vida e a morte. Foi a percepção do limbo em que os refugiados se encontram, assim como da necessidade de garantia não discriminatória de direitos e liberdades fundamentais para balizar condições de vida dignas aos indivíduos, que levou à formulação do arranjo que hoje caracteriza o regime internacional dos refugiados. Logo, o reconhecimento, no plano internacional, de que a soberania estatal e a (derivada) vinculação de cada indivíduo a um Estado soberano territorializado não podem justificar a permanência de uma pessoa que sofre (ou teme fundamentalmente sofrer) perseguição, possibilitou o desenho da proteção internacional do ser humano.

Entretanto, o mundo atual é marcado pelo estabelecimento de diversos obstáculos à mobilidade humana, e os refugiados, conquanto o caráter forçado do seu movimento internacional, têm sido envolvidos por esse contexto de restrição à movimentação, motivo pelo qual se destaca a existência de uma “crise da proteção ao refugiado”. Tal limitação, no que concerne os refugiados, tem se caracterizado, sobretudo, por um processo de determinação do *status* de refugiado que busca preponderantemente desqualificar as condições que determinam tal condição, em vez de visar garantir o refúgio a pessoas com necessidade de proteção internacional. Nesse ambiente, a definição de refugiado tem sido considerada de forma restrita, para que um menor número de pessoas possa ser incluído na categoria.

Esse trabalho buscou mostrar que uma interpretação da Convenção de 1951 desvinculada da ideia de direitos humanos não se sustenta após uma análise do texto, da história e do contexto em que o contemporâneo regime internacional dos refugiados foi formulado. Demonstramos que a ideia de proteção internacional vigente na atualidade se fundamenta em considerações de direitos humanos, de modo que, negligenciado esse vínculo, sequer é possível compreender o instituto do refúgio e as disposições dele derivadas. Dessa forma, a tentativa de restringir-se a definição de refugiado negando a relação entre esse conceito e os padrões internacionais de direitos humanos não possui nenhuma sustentação histórica, filosófica ou conceitual. Se a garantia de direitos humanos representa o propósito principal desse mecanismo internacional, então identificamos a perseguição – elemento central da definição de refugiados – como uma violação de direitos humanos. Embora, para que caracterize uma perseguição, tal violação deva apresentar características específicas, como estabelecido pela definição presente na Convenção de 1951.

Por outro lado, não podemos ignorar o contexto mundial que legitima considerações de caráter econômico ou de homogeneidade cultural para impor dificuldades ao ingresso dos refugiados nos territórios dos países. Esse contexto é o principal responsável pela clamada “crise de proteção” vinculada ao atual regime para os refugiados. Nesse panorama, identifica-se a necessidade de revisão das estruturas normativas e institucionais sobre as quais se apóia a proteção internacional – revisão para a qual é necessário o entendimento dos fundamentos que alicerçam o instituto. Acredita-se que alguns desses fundamentos foram explorados ao longo deste trabalho.

Rossana Rocha Reis (rossanarr@uol.com.br) Pós-Doutora em Ciência Política pela USP e professora do Departamento de Ciência Política e do Instituto de Relações Internacionais da USP.

Thais Silva Menezes (thaissilvamenezes@hotmail.com) Doutoranda em Relações Internacionais pela UNB e mestre em Relações Internacionais pela USP.

## Referências

- Aleinikoff, T.A., 1991. The Meaning of 'Persecution' in United States Asylum Law. *International Journal of Refugee Law*, 3 (1), pp. 5-29.
- Barreto, L.P.T.F., 2006. *Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio*. Brasília: IMDH.
- Benz, S. & Hasenclever, A., 2011. 'Global' governance of forced migration. In A. Betts. & G. Loescher, eds. *Refugees in International Relations*. New York: Oxford University.
- Betts, A., 2011. International Cooperation in the Refugee Regime. In A. Betts. & G. Loescher, eds. *Refugees in International Relations*. New York: Oxford University.
- Betts, A. & Loescher, G., 2011. Refugees in International Relations. In \_\_\_\_\_. Eds. *Refugees in International Relations*. New York: Oxford University.
- Bhabha, J., 1996. Embodied Rights: Gender persecution, state sovereignty, and refugees. *Public Culture*, 9(1), pp. 3-32.
- Boswell, C., 2000. European Values and the Asylum Crisis. *International Affairs*, 76(3), pp. 537-557.
- Cançado Trindade, A.A., 1999. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Comparato, F.K., 2010. *A afirmação histórica de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.
- Crisp, J., 2000. Africa's Refugees: Patterns problems and policy challenges. United Nations High Comissioner for Refugees, *Working Paper*, 28. Genebra: United Nations.
- Edwards, A., 2003. Age and Gender Dimension in International Refugee Law. In E. Feller; V. Türk & F. Nicholson, eds. *Refugee Protection in International Law*. Cambridge (UK): Cambridge University.
- Feller, E., 2001. Address to the Conference of the International Association of Refugee Law: Judges at Bern, Switzerland. *Georgetown Immigration Law Journal*, 15, pp. 381-389.
- Foster, M., 2007. *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refugee from deprivation*. Cambridge (UK): Cambridge University.
- Goodwin-Gill, G.S., 2001. Asylum 2001 – a Convention and a purpose. *International Journal of Refugee Law*, 13(1-2), pp. 1-15.
- Gorlick, B., 2000. Human Rights and Refugees: Enhancing protection through international human rights law. United Nations High Comissioner for Refugees, *Working Paper*, 30. Genebra: United Nations.
- Greenberg, J., 1997. Israeli Accuses Palestinian Aide in Killing of Land-Selling Arabs. *New York Times*, 2.jun. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1997/06/02/world/israeli-accuses-palestinian-aide-in-killing-of-land-selling-arabs.html>. Acesso em: 18 set. 2012.
- Gros Espiell, H., 1988. El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: \_\_\_\_\_. Ed. *Estudios sobre derechos humanos*. V. 2. Madrid: Civitas.
- Haddad, E., 2008. *The Refugee in International Society*: Between sovereigns. New York: Cambridge University.
- Hathaway, J., 1991. *Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths.
- Ibhawoh, B., 2003. Defining Persecution and Protection: The cultural relativism debate and the rights of refugees. In N. Steiner; M. Gibney & G. Loescher, eds. *Problems of Protection: The UNHCR, refugees and human rights*. New York: Routledge.
- Jackson, I., 1991. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: A universal basis for protection. *International Journal of Refugee Law*, 3(3), pp. 403-413.
- Jubilut, L., 2007. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método.
- Keohane, R.O., 2007. The Demand for International Regimes. In B.A. Simmons & R.H. Steinberg, eds. *International Law and International Relations*. Cambridge (UK): Cambridge University.
- Loescher, G., 2009. Human Rights and Forced Migration. In M. Goodhart, ed. *Human Rights: Politics and Practice*. New York: Oxford University.
- Loescher, G. & Milner, J., 2003. The Missing Link: The need for comprehensive engagement in regions of refugee origin. *International Affairs*, 79(3), pp. 595-617.
- Malkki, L.H., 1995. Refugees and Exile: From "refugee studies" to the national order of things. *Annual Review of Anthropology*, 24, pp. 495-523.
- Nathwani, N., 2003. *Rethinking Refugee Law*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Piovesan, F., 2001. O "direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In N. Araújo & G.A. Almeida, eds. *O Direito Internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Rogers, R., 1992. The Future of Refugee Flows and Policies. *International Migration Review*, 26(4), pp. 1112-1143.
- Steinbock, D.J., 1998. Interpreting the Refugee Definition. *UCLA Law Review*, 45, pp. 733-816.
- Surkhe, A., 1998. Burden-Sharing During Refugee Emergencies: The logic of collective versus national action. *Journal of Refugee Studies*, 11(4), pp. 396-415.
- Wilsher, D. 2003. Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, accountability or culpability. *International Journal of Refugee Law*, 15(1), pp. 68-112.

## Outras fontes

- ONU. 2000 [1948]. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: UNIC. Disponível em: [http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf). Acesso em: 2.fev.2014.
- \_\_\_\_\_. 1951. *Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado*. Resolução n. 429, realizada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1950, em New York. Digit. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>. Acesso em: 2.fev.2014.
- UNHCR. 1992. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugee*. Geneva: UNHCR. Disponível em: <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>. Acesso em: 2.fev.2014.
- \_\_\_\_\_. 2011. *2010 Statistical Yearbook*. Geneva: UNHCR. Disponível em: <http://www.unhcr.org/4ef9cc9c9.html>. Acesso em: 2.fev.2014.

## ABSTRACT

This paper analyzes the relation between asylum and human rights, with a focus on the moment preceding refugee status determination, and aims to demonstrate that it is not possible to detach the contemporary concept of international refugee protection and the recognition and guarantee of human rights. The argument was developed from the hypothesis that human rights violation – for reasons of race, religion, nationality, political opinion and membership of a particular social group – is always the criterion to be used to determine the need of international protection. For the analysis, a qualitative research design was delineated, based on a study of international documents and discussions of some authors and international organizations and, thus, a conceptual and theoretical approach about the relation between asylum and human rights was developed. The text shows that an interpretation of the 1951 Convention detached from the issue of human rights does not hold when are regarded the text, the history and context in which the contemporary international refugee regime was formulated. So, it is observed that the recognition as refugee aims, always, to repair a human rights violation: in a context in which refugee definition was not extended, that materialized in the form of persecution. Such conclusions, once they show that the contemporary concept of international protection is based on human rights considerations, imply understanding that once neglected this link it is not possible even to understand the institute of asylum and its provisions. Consequently, it is presented a theoretical and conceptual framework that supports the implementation of a refugee status determination process that escapes the attempts to limit the international protection of individuals to whom the institute of asylum apply.

KEYWORDS: Asylum; International refugee regime; Human rights; Persecution; Human rights violation