

O caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália* e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros

Carolina de Abreu Batista Claro (USP, Nepda/UEPB, Rede
Clima e Observatório de Direitos Humanos)
Email: cclaro@usp.br

Resumo: A Corte Europeia de Direitos Humanos proferiu decisão importante em 23 de fevereiro de 2012 na qual reconhece que a Itália violou normas e princípios do direito internacional dos direitos humanos e do direito dos refugiados ao repatriar solicitantes de refúgio com destino ao seu país. A sentença reconhece violação de quatro núcleos de proteção: (i) o princípio do *non-refoulement*, que informa o direito dos refugiados, (ii) a proibição da tortura ou de outros tratamentos desumanos ou degradantes, (iii) a proibição de expulsões coletivas e (iv) a garantia de acesso às instâncias administrativas do país onde se encontravam os solicitantes de refúgio. Embora o caso *Jamaa* não indique, por si mesmo, uma mudança de política migratória em relação aos estrangeiros, ele é um importante passo na reafirmação dos direitos dos estrangeiros perante o direito internacional e para a responsabilização do Estado por condutas violadoras desses direitos.

Palavras-chave: Corte Europeia de Direitos Humanos. Repatriamento. Estrangeiros. Responsabilidade Estatal. Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Abstract: The European Court of Human Rights has issued an important decision on February 23, 2012 recognizing that Italy has violated norms and principles of Human Rights and International Refugee Law when it expatriated refugee seekers fleeing to Italy. The sentence recognizes violation on four legal aspects: (i) the principle of *non-refoulement* from International Refugee Law, (ii) the prohibition of torture and other inhumane or degrading treatment, (iii) the prohibition of mass expulsions and (iv) the guarantee of access to administrative bodies for refugee seekers. Although the *Jamaa Case* does not indicate *per se* a shift on migration policies on the treatment of foreigners in Europe, it is an important step for reaffirming the rights of aliens under International Law and towards recognizing State responsibility for infringing those rights.

Key-words: European Court of Human Rights. Expatriation. Aliens. State Responsibility. European Convention on Human Rights.

Introdução

O impedimento de ingresso de estrangeiros no espaço territorial do Estado tem sido objeto do direito e da política desde tempos imemoriais, antes mesmo da conformação dos Estados Nacionais pelos tratados da Paz da Vestfália (1648). Francisco de Vitória (1532), considerado um dos precursores do direito internacional, já tratava do tema de ingresso do estrangeiro em suas *Lecciones*, assim como também o fizeram, nas suas respectivas obras, Hugo Grotius (1631), Christian Wolff (1749), Emer de Vattel (1758) e tantos outros teóricos da então nascente disciplina de direito internacional.

Embora sejam encontradas normas de tratamento do estrangeiro mesmo no direito romano, foi apenas a partir de meados do século XVIII que o tema passou a receber maior relevância político-diplomática, encontrando seu ápice já nos séculos XIX e XX. Apesar da multiplicação de tratados internacionais e de normas de direito interno sobre a proteção de direitos humanos, a normatização em torno dos direitos do estrangeiro tem sido quase inexistente nas últimas décadas, considerando a crescente importância do tema tanto sob a perspectiva migratória quanto sob o manto dos direitos humanos.

Em matéria de direito dos estrangeiros, pode-se considerar apenas três tratados internacionais multilaterais de alcance global que são direcionados especificamente sobre a temática: (i) a Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) e seu Protocolo (1967); (ii) a Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Apátridas (1954); e a Convenção da ONU sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e membros de suas famílias (1990). No plano regional, destacam-se os tratados referentes ao direito de asilo, em especial a Convenção Americana sobre Asilo Territorial (1954) e a Convenção Americana sobre Asilo Diplomático (1954).

Destaca-se que a proteção dos refugiados tem gênese no estabelecimento, no pós Primeira Guerra Mundial, do Escritório Nansen para Refugiados Russos, evoluindo rapidamente até chegar à Convenção de 1951 no contexto da perseguição nazista da Segunda Guerra Mundial; os refugiados são necessariamente migrantes forçados em razão de fatores inerentes ou à sua pessoa ou ao grupo a que pertencem (Betts, 2009). A primeira fase de proteção do refugiado vai de 1921 a 1938 em que o refugiado é considerado coletivamente, enquanto grupo socialmente protegido; uma segunda fase, compreendida entre 1938 e 1952, parte da perspectiva individualista de proteção do sujeito perseguido (Andrade, 1996); a fase atual, pós 1952, conta igualmente com a proteção individual.

Enquanto que os refugiados são considerados indivíduos protegidos por uma condição específica de perseguição, os apátridas são aquelas pessoas que ou nasceram sem nacionalidade ou a perderam em algum momento da vida (em virtude de terem adquirido nacionalidade derivada e depois a perdido ou diante da inexistência jurídica do seu Estado sem a posterior concessão de nova nacionalidade, por exemplo). Ambos são grupos socialmente fragilizados que demandaram normativa internacional específica em razão da sua condição de fragilidade e de ineficiência, a seu respeito, da proteção geral conferida pelos instrumentos de direito internacional dos direitos humanos.

Um terceiro tratado internacional específico direcionado aos estrangeiros, a Convenção da ONU sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e membros de suas famílias (1990) não foi ratificada ou sequer assinada pelos países desenvolvidos, a quem mais interessa respeitar normas relativas ao tratamento de imigrantes devido ao grande fluxo de estrangeiros, documentados e indocumentados, que esses países constantemente recebem.

No plano regional americano, prevaleceu até meados do século XX a distinção entre direito de asilo e direito de refúgio, hoje sendo o refúgio considerado um instituto mais amplo que engloba a forma de asilo territorial, embora subsista o instituto de asilo no continente.

Considerando-se, portanto, a pouca normatização sobre direito de estrangeiros e a quase inexistente governança global sobre o tema (Badie *et. al.*, 2008), uma vez que difusa, nos seus

instrumentos e na atuação dos seus atores, o caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália*, traz posicionamento jurisprudencial importante no que diz tange ao tratamento do estrangeiro, especialmente baseado no costume e nas normas gerais, e da necessidade de o Estado respeitar, em definitivo, a consagrada normativa internacional do direito dos refugiados.

1. Políticas Migratórias e Repatriamento de Estrangeiros: o Contexto do Caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália*

A admissão ou não de estrangeiros nos limites territoriais de um Estado tem sido comumente tratada sob a perspectiva do costume internacional, segundo o qual o Estado tem o poder soberano de admitir ou impedir o ingresso de estrangeiros e dos seus próprios nacionais no seu território. Embora a não admissão de nacionais já tenha, em tese, deixado de ser prática exercida por países não democráticos ou sob alguma forma de conflito armado interno, as políticas migratórias relativas aos não nacionais têm ora se pautado pela reciprocidade de tratamento, ora com base em questões de ordem pública, soberania e interesse nacional.

O direito de migrar está expresso no artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) segundo o qual “toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado” (artigo 13.1) e “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (artigo 13.2).

A Declaração também abrange o direito dos imigrantes de buscar proteção fora dos limites territoriais do seu Estado de origem. No artigo 14 ela dispõe que “toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” (artigo 14.1) com a salvaguarda de que “este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas” (artigo 14.2).

Embora a Declaração tenha sido proclamada como na forma da Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU (AGNU), ela claramente tem escopo universal (Comparato, 2008) e demonstra o caráter indivisível e inalienável dos direitos humanos, no sentido abrangido pela Declaração do Programa de Ação de Viena (1993) (Alves, 1994). A Declaração Universal, de acordo com Carvalho Ramos, denota “norma costumeira de proteção de direitos humanos” (CARVALHO RAMOS, 2012a:53), reconhecida, inclusive, pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no *Caso do Pessoal Diplomático e Consular Estadunidense em Teerã* (CARVALHO RAMOS, 2012a).

Para Bertrand Badie *et. al.* (2008), o direito à migração não deveria ser dissociado dos direitos fundamentais. Os autores ainda afirmam que:

Le droit de migrer est un principe autant qu'un moyen de corriger la fatalité d'être né ici ou là. Mais c'est une liberté, non une obligation. Il ne saurait servir les politiques autoritaires de migrations forcées, pas plus que la démission des États à l'égard de leurs responsabilités économiques et sociales. Rappeler que la migration est un droit individuel constitue une protection essentielle contre les tentations de certains de tirer un profit maximal de la « manne migratoire », au détriment de politiques concertées de croissance et de création d'emploi. (BADIE *et. al.*, 2008:88)

Em contrapartida à admissão do estrangeiro, que pode se dar de forma regular, pelo ingresso no território pelas zonas de fronteira, ou de forma irregular, quando este ingressa em território estrangeiro de forma clandestina, sem passar pelo controle migratório, os Estados podem aplicar medidas de retirada compulsória do não nacional por meio de (i) discricionariedade estatal no controle migratório, (ii) punições administrativas pelo ingresso irregular ou (iii) como pena vinculada ao cometimento de crime, como ocorre na expulsão e na própria extradição.

Entre as medidas discricionárias, o repatriamento é medida compulsória realizada contra estrangeiro que tenta ingressar no território de Estado que não aquele de sua nacionalidade. Repatriar significa impedir o ingresso do estrangeiro por meio do controle migratório, sem que esse ato por parte do governo impeça o estrangeiro de nova tentativa de ingresso, pelas vias legais, no país de onde foi repatriado (DOLINGER, 2005).

Importante distinguir o instituto do repatriamento das demais medidas compulsórias aplicadas contra estrangeiros, quais sejam: (i) deportação, (ii) expulsão e (iii) extradição.

Na deportação, o estrangeiro é retirado do território quando nele já ingressou, seja de forma regular ou não. A legislação brasileira informa, no seu artigo 57, que “os casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação”. Já a deportação, conforme o artigo 64 da Lei nº 6.815/1980, não impede novo ingresso do estrangeiro em território nacional.

A expulsão consiste na retirada forçada do estrangeiro que cometeu crime no território do Estado onde se encontra por ali ter cometido crime ou praticado comportamento nocivo aos interesses nacionais, sendo proibido seu retorno àquele território (DOLINGER, 2005). No Brasil, a expulsão é praticada contra estrangeiro depois de cumprida a sentença condenatória do crime que a ensejou, conforme o artigo 64 e seguintes da Lei 6815/1980, e com publicação, no Diário Oficial da União, de decreto expulsório que não apenas formalizará a expulsão, mas também obstará reingresso do estrangeiro expulso por força do artigo 338 do Código Penal, que reza ser crime o estrangeiro que “reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena – reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.”

A extradição, por sua vez, diz respeito à entrega do estrangeiro que cometeu crime em Estado diverso daquele em que se encontra. Essa entrega se dá após o pedido formal do país onde o extraditando foi ou será julgado e desde que preenchidos requisitos legais; no Brasil, a extradição percorre caminho que vai do Ministério da Justiça à apreciação da legalidade do pedido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) até ato do Presidente da República que efetiva a entrega do estrangeiro. Para Mirtô Fraga (1985:290):

A extradição não é pena, mas um instrumento de cooperação internacional na repressão ao crime. As leis e tratados sobre extradição não têm por finalidade direta a punição; objetivam, antes, tornar possível a punição, propiciando meios e formas necessárias à entrega dos criminosos que escapam à jurisdição do Estado, competente para puni-los, como adverte Dardeau de Carvalho. Para ele, com razão, as normas que regulam a extradição se aproximam “das normas de processo penal, que nada mais é do que o conjunto de meios e formas que têm por fim a aplicação da lei penal nos casos concretos”.

Sob a perspectiva política internacional, Catherine Dauvergne (2008) classifica as políticas migratórias do século XXI como o “último bastião da soberania” e chama a atenção para países que, cada vez mais, consideram a ilegalidade de fluxos migratórios. Se considerados ilegais, os imigrantes estarão sujeitos ao direito penal do Estado onde se encontrarem, além de que considerar imigrantes como “fora-da-lei” é incentivar diretamente a diminuição dos fluxos de migrantes (DAUVERGNE, 2008).

Lopes (2009) e Chávez (2008) também mencionam os fatores da atual crise migratória global com políticas ainda mais restritivas de imigração, como nos Estados Unidos após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, e aquelas de “imigração zero”, como praticadas na União Europeia desde o início do século XXI, em especial após a crise econômica de 2008. A respeito do modelo de políticas migratórias, Lopes (2009:59) sustenta que:

A ideologia neoliberal permite sustentar as políticas que reduzem o tratamento da imigração a uma questão de segurança de fronteiras, pois faz parte dessa ideologia a aversão a qualquer forma de intervenção estatal, uma vez que se culpa ao intervencionismo estatal pelas crises recorrentes do capitalismo. [...] O caminho eleito para tratar os fenômenos migratórios atuais é claramente o da repressão, realizado por meio do fechamento de fronteiras (conversão da fronteira em *confim*) e criminalização do imigrante.

As políticas migratórias encontram limites, de acordo com o direito internacional, em algumas normas referentes à proteção de pessoas em situações de maior vulnerabilidade social, como é o caso do reconhecimento do refúgio, tendo seu *status* sido concedido ou não ao estrangeiro que se encontre nas situações descritas no artigo 1º da Convenção da ONU relativa do Estatuto dos Refugiados (1951). De acordo com a Convenção, é considerada refugiada a pessoa que

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

A respeito do direito internacional dos refugiados, Guido Soares (2002:399) comenta:

Uma análise das normas internacionais sobre refugiados, contempladas na Convenção de 1951 e em seu Protocolo de 1967, revela a face verdadeiramente intrusiva dessas normas (o fenômeno que temos denominado de *globalização vertical*), à medida que obriga aos Estados conferirem direitos especiais aos refugiados, nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, as quais, certamente, instituem um regime jurídico nitidamente diferenciado daquele que, nos Estados democráticos, são conferidos aos estrangeiros com residência permanente, ou aos que postulam um visto de entrada.

Há diversos casos conhecidos (e muitos outros desconhecidos do grande público) sobre a negativa de ingresso de solicitantes de refúgio e de imigrantes, num lato sensu: um deles, corriqueiro no noticiário internacional, diz respeito à guarda costeira italiana que, impedindo barcos superlotados de africanos fugidos dos conflitos armados de diversos países do chifre africano, permanecem dias à deriva (sempre vigiados à distância) até que ou eles resolvam voltar para o porto ou venham a óbito no próprio barco devido à falta de água e comida ou mesmo morrem devido às consequências da insolação e do frio a que estiveram expostos.

Dois outros casos pontuais também chamam a atenção: o fluxo de solicitantes de refúgio africanos na ilha italiana de Lampedusa, cuja população mais do que dobrou quando a guarda costeira italiana, por pressão internacional, passou a socorrer esses imigrantes e a alojá-los na cidade em espaços coletivos quase que como criminosos, embora muitos deles fossem efetivamente solicitantes de refúgio.

Em outro episódio dramático, o governo australiano impediu o atracamento do navio Tampa no seu território que havia, pouco antes, resgatado um navio à deriva no mar com nacionais da Indonésia, do Sri Lanka e do Paquistão. A questão também recebeu proporções transnacionais quando o próprio secretário geral da ONU, à época, Kofi Annan, interveio, sob alegação humanitária, para que a Austrália recebesse esses imigrantes.

Embora impere o poder estatal, sob o manto da soberania, na determinação das políticas migratórias, deve-se ter em conta que os Estados estão obrigados aos tratados dos quais fazem parte, em decorrência do próprio princípio do *pacta sunt servanda*, assim como do costume internacional. Em

se tratando de refugiados, as normas da Convenção de 1951 são aplicáveis *in totum* aos Estados parte, especialmente o princípio do *non-refoulement* que informa o direito dos refugiados.

2. O Princípio do *Non-refoulement* e a Proteção Internacional dos Estrangeiros no Direito Internacional

O princípio do *non-refoulement*, que informa o direito dos refugiados, diz respeito à não devolução do refugiado ou do solicitante de refúgio ao país onde ele tenha fundado temor de perseguição nos termos da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951). O artigo 33 da Convenção dispõe que:

Nenhum dos Estados contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

De acordo com Carvalho Ramos (2010:355), “tal princípio consiste na vedação da devolução do refugiado ou solicitante de refúgio (*refugee seeker*) para o Estado do qual tenha o fundado temor de ser alvo de perseguição odiosa”. De acordo com o Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR), o princípio do *non-refoulement* é aplicado não apenas para refugiados, mas também para pessoas que ainda não tiveram sua condição reconhecida. O princípio, segundo o órgão, é aplicável em qualquer situação de migração forçada, incluindo deportação, expulsão, extradição e não admissão na fronteira (UNHCR, 2007).

A Conferência da ONU sobre Asilo Territorial (1980) incluiu dentro do princípio do *non-refoulement* o impedimento de rejeição na zona de fronteira (Hathaway, 2005). Dessa forma, os agentes de fronteira devem visar pelo respeito ao princípio do *non-refoulement* e, mesmo que o solicitante de refúgio ingresse irregularmente no território estatal, sua deportação está proibida por força do artigo 31 da Convenção de 1951 (CARVALHO RAMOS, 2010).

A legislação brasileira sobre refúgio, Lei nº 9.474/1997, também obsta esse tipo de medida compulsória contra estrangeiro, com base no seu artigo 8º, segundo o qual “o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes”.

Mesmo face à negativa da concessão do refúgio, depois de esgotadas as instâncias administrativas pelas quais o pedido é analisado, ainda assim o país não pode entregar o estrangeiro para país onde sua vida ou integridade física possam estar ameaçadas, proibição essa expressa no artigo 32 da lei brasileira e no artigo 33 da Convenção de 1951. Sobre o tema, Carvalho Ramos (2010:356-357) afirma que

Mesmo que o refúgio não seja outorgado há a salvaguarda do *non-refoulement* para o território no qual o indivíduo possa sofrer atentado à sua liberdade, vida e integridade física em geral (e não somente perseguição odiosa), o que impede que autoridades brasileiras promovam uma saída compulsória do estrangeiro, que poderia ameaçar tais direitos fundamentais da pessoa humana.

A obrigatoriedade de admissão do refugiado no território do Estado em que este venha a solicitar proteção pelo instituto do refúgio constitui exceção ao poder discricionário do Estado de permitir ou não o ingresso de estrangeiros nos seus limites territoriais. Como aduz Carvalho Ramos (2010), o primeiro teste ao princípio do *non-refoulement* é o da proibição de arbitrariedade na zona primária de fronteira.

Dessa maneira, o agente da polícia federal não pode utilizar de sua convicção pessoal para denegar o ingresso de solicitante de refúgio por crer, simplesmente, que não se trata de caso de concessão de *status* de refugiado. De acordo com Carvalho Ramos (2010:358),

[o] agente policial deve seguir o que prevê a lei, ou seja, ao receber um estrangeiro que expressa a vontade de obter refúgio no Brasil, deve esclarecê-lo sobre seu *direito*, bem como deve orientá-lo sobre o procedimento adequado, para decisão posterior do CONARE. Logo, deve ser fiscalizada a atuação dos agentes públicos na zona primária de fronteira, impedindo que os agentes federais atuem como substitutos – ilegais – do CONARE, avaliando rapidamente quem é “refugiado” ou quem é migrante econômico ou ainda estrangeiro que vem irregularmente ao Brasil a mando de máfias, como ocorre nos casos de tráfico de seres humanos.

O autor cita importante precedente jurisprudencial do TRF da 3ª Região (SP) em que um *habeas corpus* preventivo foi impetrado em favor de nacionais chineses membros da seita Falun Gong a fim de não precisarem de visto para ingressar em território nacional, pois essas pessoas seriam solicitantes de refúgio. Ao prover o recurso, o TRF da 3ª Região entendeu que não se tratava de conceder refúgio pela via judicial, mas apenas que se conseguisse formalizar o pedido de refúgio, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.474/1997, para que, de acordo com essa legislação, o pedido possa ser processado e analisado pelas autoridades competentes.

Outros dois testes ao princípio do *non-refoulement* seriam a concessão de refúgio para pessoas perseguidas por agentes privados, uma vez que tanto a Convenção de 1951 quanto a própria legislação brasileira seriam voltadas para a perseguição por agentes estatais, embora tal ideia tenha ficado implícita nos seus textos, e o *judicial review* das concessões de refúgio.

No Brasil, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão deliberativo que decide, em primeira instância, sobre a concessão de *status* de refugiado no Brasil segundo a Lei nº 9.474/1997, já reconheceu a possibilidade de concessão de refúgio para pessoas perseguidas por agentes privados

(LEÃO, 2007), o que constitui um importante precedente de que apenas os agentes munidos do poder estatal podem efetuar perseguição ensejadora de refúgio.

No que pese ao *judicial review* em torno da concessão de refúgio, destaca-se, no Brasil a Extradução nº 1008-5 a respeito do Padre Medina, nacional colombiano que buscava refúgio no Brasil a despeito de sua extradição ter sido requerida pela Colômbia por supostos crimes cometidos enquanto clérigo das FARC. O caso Medina foi o primeiro, de que se tem conhecimento, em que uma concessão de refúgio foi concedida pelo CONARE durante o curso do processo judicial, sobre o que recai o disposto no artigo 33 da Lei nº 9.474/1997. Antes da concessão do refúgio, o artigo 34 da mesma lei foi aplicado ao processo, reconhecendo-se a suspensão processual até decisão sobre o pedido de refúgio.

Por ocasião do julgamento de 21 de março de 2007, na Extradução nº 1008-5, foi afirmado que:

Reconhecimento do status de refugiado do extraditando, por decisão do comitê nacional para refugiados-CONARE: pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. De acordo com o art. 33 da L. 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo — a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado — o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder — desde que compreendido na esfera de sua competência — não significa invasão da área do Poder Judiciário. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Relator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-3-07, DJ de 17-8-07).

Apesar de não unânime, a decisão do STF no caso Medina foi pelo não conhecimento da ação e pela extinção do processo extradicional sem julgamento de mérito, com expedição de alvará de soltura ao ora extraditando, devido à preliminar de que Medina não pode ser extraditado por ser ele refugiado protegido pelo governo brasileiro.

Outros instrumentos internacionais que tratam do princípio do *non-refoulement* além do Estatuto dos Refugiados são a Convenção da ONU contra a Tortura ou outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950). O artigo 3º da

Convenção contra a Tortura dispõe que “nenhum Estado parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura”.

A Convenção Europeia, base para os casos levados à julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por sua vez, dispõe, no seu Protocolo IV (1963), artigo 4º, que “são proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros”. O mesmo Protocolo, no seu artigo 3º, impede a pena de banimento, que implica na retirada forçada de nacionais do seu próprio Estado de origem.

3. O Caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália* perante a Corte Europeia de Direitos Humanos

Em 06 de maio de 2009, um barco com 24 tripulantes, sendo 11 nacionais da Somália e 13 da Eritreia, foi interceptado em águas internacionais pela guarda costeira italiana a 35 milhas náuticas da Ilha de Lampedusa. Sem que houvesse qualquer tipo de comunicação com os estrangeiros, os oficiais italianos colocaram esses pretensos imigrantes em navio de bandeira italiana e os levaram à Líbia, onde foram entregues ao governo daquele país.

Ocorre que todos os 24 imigrantes eram solicitantes de refúgio e em nenhum momento fizeram tal pedido às autoridades italianas por acreditarem que haviam sido resgatados do alto mar para serem levados à Ilha de Lampedusa, território italiano próximo à costa africana que serve de porto de entrada para milhares de imigrantes em situação irregular para a Itália e, conseqüentemente, dali para a União Europeia.

A principal argumentação italiana para realizar atos contrários ao direito dos refugiados e, especificamente, ao princípio do *non-refoulement*, esteve baseada em tratado bilateral firmado com a Líbia em 2007 (§ 19 da decisão), segundo o qual os dois países estabelecem cooperação para evitar a imigração clandestina de imigrantes africanos para a Europa (§ 13 da decisão). Em 30 de agosto de 2008, Itália e Líbia assinaram um Tratado de Amizade, Parceria e Cooperação para coibir a imigração clandestina cujo artigo 19 dispõe que, nos seus atos, os países devem agir de acordo com os princípios da Carta da ONU e da Declaração Universal de Direitos Humanos (§ 20 da decisão).

Em conferência com a imprensa em 7 de maio de 2009, o ministro italiano do interior afirmou que a operação para interceptar os navios em alto mar e retornar os imigrantes para a Líbia foi consequência da entrada em vigor em 4 de janeiro de 2009 de acordos bilaterais concluídos com a Líbia, e representou um importante passo na luta contra a imigração clandestina.

Em discurso perante o senado italiano, o Ministro chegou a afirmar que, apenas entre 6 e 10 de maio de 2009, 471 imigrantes foram interceptados em alto mar e transferidos para a Líbia para fins de

cumprimento do tratado bilateral, desencorajando criminosos envolvidos em tráfico de pessoas e como forma de salvamento daquelas pessoas que se encontravam em alto mar.

De acordo com o artigo 98 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (1982), todo Estado tem o dever de prestar assistência às pessoas que se encontrem em alto mar e que corram perigo de se perderem ou de que algo mais grave lhes aconteça. Caso a guarda costeira italiana efetivamente quisesse prestar tal assistência aos 24 demandantes, dificilmente seu ato envolveria falta completa de comunicação com os mesmos, enquanto em navio italiano, e desembarque forçado em Trípoli, conforme relatado pela CEDH.

Em sede preliminar, a Itália questionou a legitimidade da representação dos autores e o fato de não ter havido esgotamento dos recursos legais internos em solo italiano para que o pleito fosse apresentado à Corte. A representação jurídica apresentada possuía vícios formais diversos, tais como: (i) falta de data e lugar da assinatura, (ii) ausência de referência ao número do procedimento, (iii) identificação insuficiente dos autores (sobrenome, nome, assinatura e impressão digital) e (iv) impossibilidade de confrontar a comunicação eletrônica com as assinaturas dos instrumentos.

Em contrapartida, os representantes das vítimas afirmaram que (i) os vícios formais não são suficientes para anular as procurações, (ii) muitas das dificuldades de identificação decorrem diretamente das ações contestadas pelos autores, (iii) que vários peticionários foram identificados pelo ACNUR e, que (iv) apesar das dificuldades de comunicação, mantém contato com alguns representados, o suficiente para caracterizar a representação no caso em tela.

A CEDH rejeitou as questões preliminares arguidas pela Itália e deu procedimento ao caso. No mérito, apesar do suposto cumprimento ao *pacta sunt servanda* de tratado bilateral moralmente contestável, ainda assim a Corte entendeu que a Itália violou o princípio do *non-refoulement*, além dos dispositivos específicos dos artigos 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o artigo 4º do Protocolo IV e o artigo 13 da Convenção, combinado com seu artigo 3º e o artigo 4º do Protocolo IV. A decisão da CEDH, em 23 de fevereiro de 2012, foi unânime e não deixa dúvidas da importância dos direitos por ela protegidos no julgamento do caso.

Os artigos violados dizem respeito ao seguinte:

Artigo 3º da Convenção – “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

Artigo 4º do Protocolo IV – “São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros”.

Artigo 13 da Convenção – “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso

perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais”.

Encontram-se, portanto, quatro núcleos de direitos violados pela Itália em relação aos 24 imigrantes: (i) proibição da tortura, de tratamento desumano ou degradante, (ii) proibição de expulsão coletiva de estrangeiros, (iii) proibição de impedimento de recurso às autoridades competentes em caso de violação de direitos e (iv) o próprio princípio do *non-refoulement*.

Importa destacar que a Líbia não é signatária da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), o que impede o reconhecimento, pelo governo líbio, da condição de refugiado aos demandantes. Apesar disso, o próprio ACNUR, enquanto *amicus curiae* no caso, afirmou que possuía escritório em Trípoli para prestar assistência aos refugiados africanos que se encontravam na Líbia, mas que se viu forçado a fechar sua representação e a retirar seus funcionários em decorrência da *Primavera Árabe*, levante popular ocorrido posteriormente aos fatos que ensejaram o caso levado à CEDH. Importante mencionar que, por força dos acontecimentos da *Primavera Árabe*, o tratado bilateral de cooperação entre Líbia e Itália para prevenir a imigração clandestina foi suspenso em 2011, conforme o §21 da decisão da CEDH.

Sabe-se que os 24 demandantes são protegidos pelo Estatuto dos Refugiados não apenas porque mencionaram tal situação aos seus defensores, mas também porque muitos deles conseguiram o reconhecimento dessa condição no curso do processo perante a CEDH. A situação das vítimas à época do julgamento do caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália*, de acordo com a própria sentença da Corte, é a seguinte:

	Nome do requerente	Local e data de nascimento	Situação atual do requerente
1.	JAMAA Hirsi Sadik	Somália, 30/05/1984	Status de refugiado concedido em 25/06/2009 (N. 507-09C00279)
2.	SHEIKH ALI Mohamed	Somália, 22/01/1979	Status de refugiado concedido em 13/08/2009 (N. 229-09C0002)
3.	HASSAN Moh'b Ali	Somália, 10/09/1982	Status de refugiado concedido em 25/06/2009 (N. 229-09C00008)
4.	SHEIKH Omar Ahmed	Somália, 01/01/1993	Status de refugiado concedido em 13/08/2009 (N. 229-09C00010)
5.	ALI Elyas Awes	Somália, 06/06/1983	Status de refugiado concedido em 13/08/2009 (N. 229-09C00001)
6.	KADIYE Mohammed Abdi	Somália,	Status de refugiado concedido

		28/03/1988	em 25/06/2009 (N. 229-09C00011)
7.	HASAN Qadar Abfillzhi	Somália, 08/07/1978	Status de refugiado concedido em 26/07/2009 (N. 229-09C00003)
8.	SIYAD Abduqadir Ismail	Somália, 20/07/1976	Status de refugiado concedido em 13/08/2009 (N. 229-09C00006)
9.	ALI Abdigani Abdillahi	Somália, 01/01/1986	Status de refugiado concedido em 25/06/2009 (N. 229-09C00007)
10.	MOHAMED Mohamed Abukar	Somália, 27/02/1984	Morto em data desconhecida
11.	ABBIRAHMAN Hasan Shariff	Somália, data desconhecida	Morto em 11/2009
12.	TESRAY Samsom Mlash	Eritreia, data desconhecida	Desaparecido
13.	HABTEMCHAEL Waldu	Eritreia, 01/01/1971	Status de refugiado concedido em 25/06/2009 (N. 229-08C00311); residente na Suíça
14.	ZEWEIDI Biniam	Eritreia, 24/04/1973	Residente na Líbia
15.	GEBRAY Aman Tsyehansi	Eritreia, 25/06/1978	Residente na Líbia
16.	NASRB Mifta	Eritreia, 03/07/1989	Residente na Líbia
17.	SALIH Said	Eritreia, 01/01/1977	Residente na Líbia
18.	ADMASU Estifanos	Eritreia, data desconhecida	Desaparecido
19.	TSEGAY Habtom	Eritreia, data desconhecida	Retido no Campo de Detenção de Chucha, Tunísia
20.	BERHANE Ermias	Eritreia, 01/08/1984	Status de refugiado concedido em 25/05/2011; residente na Itália
21.	YOHANNES Roberl Abzighi	Eritreia, 24/02/1985	Status de refugiado concedido em 8/10/2009 (N. 507-09C001346); residente no Benin
22.	KERI Telahun Meherte	Eritreia, data desconhecida	Desaparecido
23.	KIDANE Hayelom Mogos	Eritreia, 24/02/1974	Status de refugiado concedido em 25/06/2009 (N. 229-09C00015); residente na Suíça
24.	KIDAN Kiflom Tesfazion	Eritreia, 29/06/1978	Status de refugiado concedido em 25/06/2009 (N. 229-09C00012); residente em Malta

Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=901565&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>. Acesso: 23/02/2012, 15h.

A Itália não podia negar desconhecimento de que a Líbia não é parte no Estatuto dos Refugiados e, entregando os imigrantes para aquele país, é duplamente responsável – por violação ao princípio do

non-refoulement e por entregar os solicitantes de refúgio a país onde sabia que eles não teriam a proteção adequada por falta de responsabilidade daquele país em relação à Convenção de 1951.

Conforme ensina Carvalho Ramos (2012a:69) a respeito do embate entre soberania e a obrigação de os Estados respeitarem os direitos humanos,

[...] não é mais cabível, hoje, que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação *interna* de direitos humanos ofenderia sua soberania.

A argumentação de Carvalho Ramos exposta acima, apesar de direcionada para tratamento contrário aos direitos humanos na ordem interna estatal, também se aplica para situações em que houve violação dessas normas e costumes sob a jurisdição do Estado, mesmo que fora do seu espaço geográfico limitado. No caso em tela, a jurisdição italiana foi reconhecida pelo navio de bandeira italiana que transportou os imigrantes somalis e eritreus até Trípoli. Tal jurisdição (e, portanto, dever de respeitar obrigações internacionais no seu território, mesmo que juridicamente fictício), está embasada no artigo 91(1) da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (1982), que dispõe *in verbis* que

todo estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. Deve existir vínculo substancial ente o Estado e o navio.

E também no artigo 4º do Código de Navegação italiano, de 30 de março de 1942, emendado no ano de 2002 (§18 da decisão da CEDH), segundo o qual “navios italianos em alto mar e aeronaves no espaço aéreo que não estejam sujeitos à soberania de um país são considerados território italiano” (Tradução livre da autora).

Ao reconhecer a responsabilidade internacional da Itália face aos 24 demandantes no caso *Hirsi Jamaa e outros*, a CEDH consagrou o entendimento de que o Estado possui obrigações relativas à proteção internacional da pessoa humana que devem ser respeitadas mesmo que isso implique desrespeitar tratado bilateral em vigor entre os Estados (no caso, o moralmente dúbio tratado de cooperação com a Líbia que determinava cooperação para transporte e devolução de imigrantes clandestinos).

A Corte ainda determinou que a Itália arcasse com todos os custos processuais do processo e indenizasse cada um dos imigrantes em 15 mil euros; lembrando que depois do início da ação judicial restaram apenas 23 deles, pois três faleceram de causas desconhecidas e, desses, 11 são nacionais da Somália e 13 da Eritreia. Ainda, o montante é negativamente simbólico para o Estado italiano no

sentido de que a quantia total não exercerá mudança de orientação na política migratória do Estado. Entretanto, o valor em pecúnia é positivamente simbólico, ao menos em parte, por permitir alguma satisfação às vítimas em relação aos danos sofridos. Constatase que o valor estipulado pela CEDH no caso em tela é desproporcional aos direitos violados dos imigrantes e ao risco de morte, tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes que estes sofreram na Líbia ou fora dela, após os eventos que ensejaram o ingresso com o caso na Corte.

No que tange às reparações pecuniárias proferidas pela CEDH, Carvalho Ramos (2012b) critica a eficácia dessa satisfação equitativa na Corte Europeia. Segundo o autor,

[a] origem dessa autolimitação dos poderes condenatórios da Corte está no Direito Internacional clássico do início do século XX, no qual os tribunais arbitrais estipulavam reparação em pecúnia, quando o Estado, por razões de Direito interno, demonstrava estar impossibilitado de executar outras obrigações de fazer ou não fazer.

[...] a Corte foi criada para comprovar a adesão desses Estados aos direitos humanos (ao contrário dos seus inimigos comunistas), mas não para criar embaraços a esses mesmos países.

Adesão aos direitos humanos internacionais, *ma non troppo*. (CARVALHO RAMOS, 2012b:171-172)

Carvalho Ramos (2012b) ainda argumenta que as sentenças da CEDH são, em parte, meramente declaratórias e, quando condenatórias, apenas a indenização pecuniária é oferecida. Segundo ele (2012b:172),

[...] Condena-se o Estado a uma obrigação de dar soma em dinheiro somente. Para todo o resto, a Corte EDH avaliava que o cumprimento da sentença é tarefa do Estado, sob o controle político do Conselho da Europa, que é o órgão em cujo seio foi concebida a Convenção.

Desse modo, a escolha dos meios para fazer cumprir a Convenção caberia somente ao Estado, sendo aceita pela Corte uma *única* exceção, que é a concessão de uma indenização pecuniária, após a constatação da impossibilidade estatal de reparar o dano de outro modo.

A decisão da CEDH foi proferida por unanimidade entre seus juízes, havendo voto em separado do juiz Pinto de Albuquerque para reafirmar a importância do princípio do *non-refoulement*, violado pela Itália. Segundo o juiz, o refugiado é um refugiado independentemente de ter sua situação reconhecida, situação em que o *non-refoulement* é aplicado para prevenir danos à integridade física e à vida humana quando há mero risco deles ocorrerem.

Por fim, tanto no julgamento do caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália* quanto em precedente jurisprudencial europeu (caso *M.S.S. vs. Bélgica e Grécia*, julgado em 21 de janeiro de 2011), a CEDH reconhece as dificuldades impostas aos países europeus frente aos fluxos maciços de imigrantes e,

principalmente, de solicitantes de refúgio. Não obstante, ela reafirma, no parágrafo 122 da decisão, que os percalços impostos pela massa de imigrantes advindos dos conflitos armados em muitos países africanos, a despeito do caso em tela, não obstam que os países se furtem às suas obrigações a respeito dos direitos humanos, em particular ao artigo 3º da Convenção Europeia.

Conclusões

Em período no qual as políticas migratórias estatais têm se sobressaído, na prática, sobre a proteção internacional de direitos humanos, não há dúvidas de que a sentença no caso *Hirsi Jamaa e outros* é importante no que diz respeito ao repatriamento de estrangeiros, especialmente na violação do princípio do *non-refoulement* e a consequente responsabilização do Estado por esses atos contrários ao direito internacional.

Não obstante, mais importante ainda é a mudança de orientação na política migratória estatal, em que não apenas solicitantes de refúgio e refugiados, mas também estrangeiros, de uma maneira mais ampla, recebam o devido tratamento consoante as normas, os princípios e os costumes da proteção internacional da pessoa humana.

O julgamento, embora de alcance *inter partes* no contexto regional europeu, é importante precedente jurisprudencial para tribunais internacionais e domésticos no que tange às políticas migratórias restritivas de repatriamento de estrangeiros, sobretudo de pessoas protegidas sob o manto do direito dos refugiados, ocorridas no controle primário de fronteira, seja por determinação da política estatal ou por juízo de valor do agente de fronteira guiado por suas próprias convicções.

Mesmo que a reparação pecuniária às 24 vítimas do caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália* tenha sido ínfima, o caso serve para lançar luz sobre a impossibilidade de os Estados se desobrigarem das suas obrigações de direitos humanos e, especialmente, quanto ao princípio do *non-refoulement* derivado do direito dos refugiados no seio da sua política migratória.

Referências Bibliográficas

- ALVES, José Augusto Lindgren. (1994) **Os Direitos Humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva.
- ANDRADE, José Henrique Fischel. (1996) **Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar.
- BADIE, Bertrand ; BRAUMAN, Rony ; DECAUX, Emmanuel ; DEVIN, Guillaume ; WIHTOL DE WENDEN, Catherine. (2008) **Pour un autre regard sur les migrations : construire une gouvernance mondiale**. Paris : La Découverte.
- BETTS, Alexander. (2009) **Forced Migration and Global Politics**. London: Wiley-Blackwell.
- BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Publicada no Diário Oficial da União em 21 de agosto de 1980.
- _____. **Lei nº 9.474, de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de julho de 1997.
- CARVALHO RAMOS, André. (2010) O princípio do *non-refoulement* no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. **Revista dos Tribunais**, 892: 347-376.
- _____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. (2012a) 2ª Ed. São Paulo: Saraiva.
- _____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. (2012b) 2ª Ed. São Paulo: Saraiva.
- CHÁVEZ, Nashira. (2008) **Cuando los mundos convergen: terrorismo, narcotráfico y migración post 9/11**. Quito: FLACSO/ Ecuador.
- COMPARATO, Fábio Konder. (2008) **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva.
- DAUVERGNE, Catherine. (2008) **Making People Illegal: what globalization means for migration and law**. Cambridge: Cambridge University Press.
- DOLINGER, Jacob. (2005) **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- FRAGA, Mirtô. (1958) **O Novo Estatuto do Estrangeiro comentado: Lei nº 6.815, de 19.8.80, alterada pela Lei nº 6.924, de 9.12.81**. Rio de Janeiro: Forense.
- HATHAWAY, James. (2005) **The Rights of Refugees under International Law**. Cambridge: Cambridge University Press.
- LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. (2007) **O reconhecimento dos refugiados no Brasil: decisões comentadas do CONARE**. Brasília: ACNUR/ CONARE.
- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. (2009) **Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris.
- SOARES, Guido F. Silva. (2002) **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas.
- UNHCR. (2007) **Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol**. Geneva, January 26.