

GONZALO BELANO E MAIS 807 MIGRANTES WAIRENSES

vs.

REPÚBLICA DE ARCADIA

MEMORIAL DOS REPRESENTANTES DAS VÍTIMAS

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 3 |
| 1.1. Livros, artigos e outros documentos | 3 |
| 1.2. Jurisprudência | 4 |
| 1.3. Abreviações | 7 |
| 2. DECLARAÇÃO DOS FATOS | 9 |
| 3. ANÁLISE LEGAL | 13 |
| 3.1. Exceções preliminares | 13 |
| 3.2. Mérito | 16 |
| 4.2.1. Violação ao art. 22.7 (circulação e residência) | 16 |
| 4.2.3. Violação ao art. 24 (igualdade) | 21 |
| 4.2.3. Violação ao art. 5 (integridade física) | 23 |
| 4.2.4. Violação ao art. 7 (liberdade pessoal) | 26 |
| 4.2.5. Violação aos arts. 8 e 25 (acesso à justiça) | 29 |
| 4.2.6. Violação aos arts. 22.8 e 22.9 | 33 |
| 4.2.7. Da violação aos artigos 4 e 5 da CADH | 39 |
| 4.2.7. Violação aos arts. 17 e 19 | 40 |
| 4. PETITÓRIO | 42 |

1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1.1. Livros, artigos e outros documentos

CE. Conclusão geral nº 21 (XXXII)/1981. UN Doc. 12A (A/36/12/Add.1).

CE. Conclusão geral nº 22 (XXXII)/1981. UN Doc. 12A (A/36/12/Add.1).

CIDH. *Informe de admisibilidad 09/18*, pet. 184-08, T. L. e Bernadette Taylor Lockett.

CIDH. *Movilidad humana y estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15.

CLARK, Tom. "Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation". In *International Journal of Refugee Law*. v. 16, nº 4, Oxford, 2004.

CMMW. Comentário geral nº 2 (28/08/2013), UN Doc. CMW/C/GC/2.

CMRC e CMMW. Comentário geral conjunto nº 3 (16/11/2017), UN Doc. CMW/C/GC/3.

CtIDH. *Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº 2: Pessoas em situação de migração ou refúgio*, 2017.

CtIDH. Relatório Anual de 2012, 2012.

DUCROQUETZ, Anne-Lise. *L'expulsion des étrangers em droit international et européen*. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2007.

GUZMAN, Andrew T. "The design of international agreements". In *European Journal of International Law*. v. 16, nº 4, 2005.

IDI. *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, 1892.

IDC. *Qué esperamos del futuro? Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas*. Melbourne, 2017.

OHCHR. *Recommended principles and guidelines on human rights at international borders*. Ginebra, 2014.

OHCHR. *Behind closed doors: Protecting and promoting the human rights of migrant domestic workers in an irregular situation*. Nova York e Ginebra, 2015.

UNHCR. *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2003.

UNHCR. *Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses. Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2003.

UNHCR. *Legal And Protection Policy Research Series: Cancellation of Refugee Status*, 2003.

UNHCR. *Resettlement Handbook*, 2011.

UNHCR. *The Refugee Convention: The travaux préparatoires analysed with a commentary by Paul Weis*, 1990.

1.2. Jurisprudência

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

CASOS CONTENCIOSOS

CtIDH. Brewer Carías v. Venezuela. Exceções preliminares. Sentença de 26/05/2014, Série C, nº 278 (p.15)

CtIDH. Cabrera García e Montiel Flores v. México. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26/11/2010. Série C, nº 220 (p.29)

CtIDH. Chitay Nech e outros v. Guatemala. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25/05/10, Série C, nº 212 (p.43)

CtIDH. Cinco aposentados v. Perú. Mérito, reparações e custas. Setença de 28/02/2003, Série C, nº 98 (p.24)

CtIDH. Familia Pacheco Tineo v. Bolívia. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25/11/13, Série C, nº 272 (pp.17, 18, 21, 34, 35)

CtIDH. Fleury e outros v. Haiti. Mérito e reparações. Sentença de 23/11/2011, Série C, nº 272 (p.26)

CtIDH. Gangaram Panday v. Suriname. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21/1/94, Série C, nº 16 (p.40)

CtIDH. Liakat Ali Alibux v. Suriname. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30/1/14, Série C, nº 276 (p.32)

CtIDH. Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31/01/2006, Série C, nº 140 (pp.32, 33)

CtIDH. Nadege Dorzema e outros v. República Dominicana. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24/10/12, Série C, nº 251 (pp. 23, 29, 31)

CtIDH. Pessoas dominicanas e haitianas expulsas v. República Dominicana. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28/8/14, Série C, nº 282 (pp. 29, 32, 38, 39)

CtIDH. Servellón García e outros v. Honduras. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21/09/2006, Série C, nº 152 (p. 28)

CtIDH. Velásquez Rodríguez v. Honduras. Mérito. Sentença de 29/7/88, Série C, nº 04 (pp. 14, 15, 16)

CtIDH. Vélez Loor v. Panamá. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23/9/10, Série C, nº 218 (pp. 24, 25, 28, 29, 31)

CtIDH. Wong Ho Wing v. Perú. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30/6/15, Série C, nº 297 (pp. 34, 36)

OPINIÕES CONSULTIVAS

CtIDH. OC - 08/87. O habeas corpus sob suspensão de garantias (p. 16)

CtIDH. OC - 16/99. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal (p.31)

CtIDH. OC - 18/03. Condição jurídica e direitos dos migrantes não documentados (pp.22, 24, 31)

CtIDH. OC - 21/14. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional (p.30)

SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

CASOS CONTENCIOSOS

CtEDH. Andric v. Suécia. Sentença de 23/2/99, Primeira Seção, nº 45917/99.

CMEDH. Becker v. Dinamarca. Decisão de 3/10/75, nº 7011/75.

CtEDH. Hämäläinen v. Finlândia. Sentença de 16/07/14, Grande Câmara, nº 37359-09.

CtEDH. Hirsi Jamaa e outros v. Itália. Sentença de 23/2/12, Grande Câmara, nº 27765/09.

CtEDH. M.S.S. v. Bélgica e Grécia. Sentença de 21/01/2011, Grande Câmara, nº 30696/09.

CtEDH. Olsson v. Suécia. Sentença de 24/03/88, Plenário, nº 10465-83.

1.3. Abreviações

| | |
|---|-------|
| Convenção Americana sobre Direitos Humanos..... | CADH |
| Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados..... | CE |
| Comissão Europeia de Direitos Humanos..... | CMEDH |
| Conselho Econômico e Social das Nações Unidas..... | CESNU |
| Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados..... | CVDT |
| Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial/1965..... | CERD |
| Comitê Executivo..... | CE |
| Caso hipotético..... | CH |
| Comissão Interamericana de Direitos Humanos..... | CIDH |
| Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes/1990..... | CMW |
| Comitê para os Direitos dos Trabalhadores Migrantes..... | CMMW |
| Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência/2006..... | CRPD |
| Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados/1951..... | CRSR |
| Convenção da Organização para a Unidade Africana Governando os Aspectos Específicos do Problema dos Refugiados na África..... | COUA |
| Corte Europeia de Direitos Humanos..... | CtEDH |
| Corte Interamericana de Direitos Humanos..... | CtIDH |
| Convenção de Viena sobre Relações Consulares..... | CVRV |
| Declaração de Cartagena..... | DC |

| | |
|---|--------|
| Institut de Droit International..... | IDI |
| Pergunta de esclarecimento..... | PE |
| Princípios de Saracusa..... | PS |
| Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos..... | RCIDH |
| Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos..... | RCtIDH |
| Resolução..... | Res |

NOBRES JULGADORES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Clínica Jurídica de Puerto Waira, em nome dos 808 migrantes deportados, vem por meio deste, em respeito aos requisitos de interposição de petições constantes da CADH, RCIDH e do RCtIDH, demonstrar mediante os fundamentos que serão expostos ao longo do memorando que a República de Arcadia violou os artigos 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade física), 7 (Direito à liberdade pessoal), 8 (Direito à garantias judiciais), 17 (Direito à proteção da família), 19 (Direitos da criança), 22.8 (Direito à não devolução), 22.9 (Proibição da expulsão coletiva), 24 (Direito à igualdade perante a lei), 25 (Direito à proteção judicial), todos em relação ao artigo 1.1 da CADH.

2. DECLARAÇÃO DOS FATOS

2.1. Conjuntura da República de Puerto Waira

O Estado de Puerto Waira é uma República Democrática com regime presidencial que desde 1954 vem passando por instabilidades políticas, econômicas e sociais. Desde o golpe militar sofrido pelo país, o qual perdurou até 1996¹, com a assinatura de acordos de paz, Puerto Waira suportou diversos conflitos ante o antagonismo presente nos grupos pertencentes à oposição.

Em decorrência do passado marcado pelo forte autoritarismo político, a economia de Puerto Waira pouco se desenvolveu, resultando em graves desequilíbrios sociais, os quais, conjuntamente com políticas de deportações massivas de wairenses residentes na República de Drimlândia, propiciaram, durante a década de noventa, o surgimento de gangues nas zonas marginalizadas do país².

Perante esse cenário, o problema de insegurança pública no país alcançou patamares altíssimos, evidenciando práticas de gangues consistentes em extorsões, sequestros e recrutamento forçado de

¹ CH, § 1.

² CH, § 5.

crianças e adolescentes³, o que suscitou, em retaliação, o surgimento grupos de limpeza social ou esquadrões da morte, formados, segundo fontes jornalísticas, por agentes estatais integrantes da Polícia e do Exército.⁴

Tal cenário fomentou o deslocamento da população local a fim de escapar da violência, entretanto, pelo fato de o território de Puerto Waira estar praticamente dominado pelas gangues⁵, uma decisão recorrente tomada por seus cidadãos é a de migrar ao país próximo mais desenvolvido, a República de Arcadia.

2.2. Cenário da República de Arcadia

Diferentemente de Puerto Waira, Arcadia é marcada pela sua estabilidade política, economia sólida e desenvolvimento social e cultural, além de contar com baixos índices de criminalidade e dispor de um sistema político voltado ao acolhimento de migrantes e refugiados⁶. No que tange à matéria de direitos humanos, Arcadia ratificou todos os tratados do Sistema Universal de Direitos Humanos⁷.

2.3. Circunstâncias da Migração Massiva de Wairenses a República de Arcádia

Em 12 de julho de 2014, aproximadamente 7.000 wairenses⁸, dentre eles crianças, adolescentes, mulheres grávidas e idosos, em grande parte afrodescendentes⁹, se organizaram em um mutirão com o intuito de migrar para Arcadia por via terrestre. No dia 15 de agosto os primeiros grupos

³ CH, § 5.

⁴ CH, § 6.

⁵ CH, § 7.

⁶ CH, § 10.

⁷ CH, § 9.

⁸ CH, § 14.

⁹ CH, § 15.

começavam a chegar à Cidade de Zapata, nos Estados Unidos de Tlaxcochitlán, região fronteiriça a Arcadia, e ali esperaram por suas solicitações de asilo.

Diante da chegada do numeroso grupo e da falta de recursos, em 16 de agosto o governo de Arcadia resolveu realizar uma reunião com diversas entidades e, em 20 de agosto, o presidente Javier Valverde noticiou que abriria as fronteiras do país para a chegada da população de Puerto Waira, além de também garantir o reconhecimento desta como refugiados *prima facie*.

Para o reconhecimento de tal condição, contudo, foi requisitado que os migrantes comparecessem ao escritório da CONARE, a fim de formalizar suas solicitações e realizar uma entrevista. Por fim, seriam verificados os antecedentes penais dos solicitantes. Ocorre que 808 pessoas possuíam antecedentes penais e por tal motivo, 490 delas foram colocadas em um centro de detenção migratória que possuía capacidade máxima para 400 pessoas e 318 delas conduzidas a centros penitenciários até que fossem decididas suas situações.

Outrossim, apurou-se que dentre as 808 pessoas, 729 possuíam um “alto risco” de sofrer tortura e correr perigo de vida caso retornassem a Puerto Waira e 79 contavam com uma “probabilidade razoável”. Em meio aos integrantes deste último grupo, estava Gonzalo Belano¹⁰, que apesar de não estar classificado no grupo mais vulnerável, foi assassinado poucos dias depois de ter sido deportado.

Nesse ínterim, o descontentamento por parte da população e dos partidos nacionalistas aumentava progressivamente, de forma que o governo se viu na necessidade de solicitar ajuda internacional. Não obstante, por não ter obtido retorno, em 21 de janeiro de 2015 as autoridades de Arcadia publicaram um Decreto Executivo estabelecendo a deportação das 808 pessoas a Puerto Waira.

¹⁰ PE 22.

A fim de impedir a deportação, em 10 de fevereiro, 217 pessoas interpuseram recurso de amparo. Em 20 de fevereiro o processo foi suspenso pelo Juizado Migratório de Pima até que o mérito do caso fosse analisado. Entrementes, em 2 de março, o governo de Arcadia convocou uma reunião com os representantes de Tlaxcochitlán, na qual acordou-se a devolução os migrantes a este último. Enfim, em 16 de março, 591 pessoas que não tinham interposto o recurso de Amparo foram deportadas a Ocampo, capital de Tlaxcochitlán. Subsequentemente, em 22 de março o juizado analisou o mérito do caso confirmando a deportação e, contra esse veredito, houve a interposição do recurso de revisão que acabou confirmando novamente a deportação, em 30 de abril. Por fim, as outras 217 pessoas foram devolvidas em 05 de maio.

Ao chegarem à cidade de Ocampo, os grupos foram imediatamente detidos até 15 de junho e logo foram enviados de volta a Puerto Waira. Poucos dias depois, foram confirmados 7 casos de desaparecimento e 30 casos de assassinatos, dentre os quais se incluía o previamente citado Gonzalo Belano. Motivo esse de seus familiares procurarem a Clínica Jurídica para Deslocados, Migrantes e Refugiados da Universidade Nacional de Puerto Waira, a qual apresentou uma demanda por reparação do dano direto a o consulado de Arcadia, em 15 de novembro, em prejuízo das 808 pessoas. Em 15 de dezembro, a Clínica recebeu a notificação de que a demanda havia sido rejeitada por incumprimento de requisitos administrativos.

2.4. Trâmite perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Clínica Jurídica, em 20 de janeiro de 2016, apresentou a petição inicial à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em nome dos 808 migrantes wairenses. Dando andamento ao feito, a CIDH concedeu prazo ao Estado para se manifestar.

Em sua declaração, o Estado fundou-se tão somente em questões preliminares, motivo pelo qual em 30 de novembro de 2017 a CIDH declarou a admissibilidade da petição e deu continuidade ao estudo do mérito da petição. Em 1 de agosto de 2018 emitiu seu Relatório de Mérito arguindo violações aos artigos 4, 7, 8, 17, 19, 22.7, 22.8, 24 e 25 da CADH, em relação ao artigo 1.1 do mesmo diploma.

Por fim, em 5 de novembro, o caso foi submetido à jurisdição da CtIDH visto que o Estado não cumpriu as recomendações elaboradas pela Comissão, fundamentado nos mesmos artigos postos no Relatório da CIDH.

3. ANÁLISE LEGAL

3.1. Exceções preliminares

4.1.1. ESGOTAMENTO DE RECURSOS INTERNOS

Descumprimento da legislação interna & Migrantes que apresentaram amparo

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos da legislação permite ao Estado resolver o problema em conformidade com seu direito interno antes de se ver enfrentado em um processo internacional, o qual é especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos, por esta ser "coadjuvante ou complementar" à interna (Convenção Americana, Preâmbulo)¹¹.

Pois bem, no caso *sob judice*, a exceção do esgotamento dos recursos internos foi cumprida, pois as vítimas requereram a análise do caso ante instância interna que julgavam adequada para remediar a mesma questão, qual seja, o consulado de Arcadia. No entanto, ela não se mostrou adequada e, não sendo adequada, não há sentido em esgotá-la. Por recurso adequado a Corte

¹¹ CtIDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, § 61.

entende a necessidade de que sua função dentro do sistema do direito interno seja idônea para proteger a situação jurídica infringida¹², o que não ocorreu no caso concreto.

Rememora-se que a Clínica Jurídica preparou a demanda por atividade administrativa irregular e reparação integral do dano em favor aos 808 migrantes waienses e remeteu o caso ao consulado de Arcadia devido à falta de recursos, no entanto o pleito foi rejeitado definitivamente por incumprimento de requisitos da legislação interna¹³. Nota-se que nesse cenário não havia outro recurso mais idôneo e adequado aos defensores, senão apresentar a solicitação ao consulado, pois como já mencionado a clínica carecia de recursos para apresentar o processo perante o juizado competente.

À vista da afirmação do Estado de que o consulado não era a autoridade competente e do fato de não remeter a demanda ao juizado com atribuições suficientes para o julgamento, percebe-se que a falha na resolução interna da questão foi sua, e não das vítimas, visto que se trata de um dever de ofício estatal. Nesse sentido, a Comissão Interamericana já sustentou que se a vítima seguiu por alguma das alternativas válidas e adequadas perante o ordenamento jurídico interno e o Estado teve a oportunidade de remediar a questão em sua jurisdição, a finalidade da norma internacional está cumprida¹⁴, pois esta mostra-se atingida com a evidente intenção das vítimas de resolvê-la internamente com a demanda dirigida ao consulado¹⁵.

No caso, nota-se que a demanda foi rechaçada mesmo antes do exame de sua validade, de forma a impedir a certos demandantes a utilização dos recursos internos que, normalmente, estariam ao alcance dos demais. Nesse caso, acudir a esses recursos converte-se em uma formalidade que

¹² CtIDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, §64; CtIDH. *Brewer Carías v. Venezuela*, §86.

¹³ CH, §32.

¹⁴ CIDH, *Informe de admissibilidade 09/18*, §35.

¹⁵ CIDH, *Informe de admissibilidade 09/18*, § 12.

carece de sentido. As exceções do artigo 46.2 da CADH seriam plenamente aplicáveis nestas situações e isentariam a necessidade de esgotar recursos internos que, na prática, não podem alcançar seu objeto¹⁶.

É importante ressaltar que a demandante não está aludindo dita exceção pois o recurso não produziu um resultado favorável, mas que a exceção foi apontada pelo fato de o recurso sequer ter sido analisado, não gerando assim qualquer tipo de efeito, nem favorável tampouco desfavorável.

3.1.2. Migrantes que não apresentaram amparo

O amparo apresentado pelos 217 migrantes waienses beneficiaria a situação de todos os 808, ao passo em que o mérito do recurso concernia à própria ordem de expulsão da integralidade dos migrantes waienses, ou seja, as 591 pessoas restantes seriam igualmente abrangidas pelo recurso de amparo apresentado pelos 217 migrantes. Dessa forma, seria incabível dizer que as 591 pessoas não esgotaram todos os recursos internos.

Nesse sentido a CtIDH já aceitou o instituto do *habeas corpus* “coletivo”, ou seja, sua interposição em favor de uma pluralidade de pessoas¹⁷, em situação na qual foi declarada a efetividade do recurso de *habeas corpus* genérico.

Vale ressaltar que o amparo é gênero do qual do qual o *habeas corpus* é espécie¹⁸. Sendo assim, o recurso de amparo pode ser interpretado de maneira extensiva, englobando o *habeas corpus* em sua acepção.

¹⁶ CtIDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, §68.

¹⁷ CtIDH, *Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai*, §247.

¹⁸ CtIDH, OC-08/87, §34.

Por conseguinte, evidencia-se que os requisitos do arts. 46 e 47 da CADH, o art. 42 do RCtIDH e o art. 37 do RCIDH foram cumpridos pelas peticionantes.

3.2. Mérito

4.2.1. Violação ao art. 22.7 (circulação e residência)

Em conformidade com o artigo 1 da Convenção de 1951, modificada pelo Protocolo de 1967, refugiado é aquele que:

- Devido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencente a determinado grupo social ou opiniões políticas,
- Se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, a causa de ditos temores, não queira valer-se da proteção de tal país,
- Ou que, carecendo de nacionalidade e sendo encontrado, a consequência de tais acontecimentos, fora do país aonde antes tivesse sua residência habitual, não possa ou, a causa de ditos temores, não queira regressar a ele.¹⁹

O mesmo artigo da mencionada Convenção, em seus incisos D, E e F, estabelece uma série de “cláusulas de exclusão” que permitem a não aplicação da proteção da Convenção, ainda que a pessoa cumpra com os requisitos da definição de refugiado.²⁰ A exceção relativa ao caso é a estabelecida no inciso F, item (b), que estabelece que o *status* de refugiado não será concedido aos que tenham cometido um grave delito de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidos como refugiados.

¹⁹ CtIDH. *Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*, §144.

²⁰ CtIDH. *Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*, §146.

No caso em pauta, as 808 pessoas foram excluídas do *status* de refugiados após ter-se considerado que os crimes cometidos por elas, dentre os quais: sequestros, extorsões, homicídios, violência sexual, narcotráfico, tráfico de pessoas e recrutamento forçado²¹, eram de natureza grave, conforme dispõe o artigo 40, inciso II da Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar de Arcadia²² e de acordo com o estabelecido pelas cláusulas de exclusão da Convenção de 1951.²³

Nesse sentido, primeiramente, faz-se necessária a realização de uma análise do refúgio *prima facie* que não foi concedida às 808 pessoas em razão do fato mencionado acima. Sob essa perspectiva, de acordo com a Convenção de 1951, uma pessoa é considerada refugiada tão logo reúna os requisitos enunciados em sua definição, o que necessariamente ocorre antes que se determine formalmente sua condição de refugiado. Assim posto, reconhece-se que a condição de refugiado de uma pessoa não tem caráter constitutivo, mas sim declarativo.²⁴ Dessa forma, seria incabível o não reconhecimento da condição de refugiado a tais pessoas, dado que os requisitos da definição foram preenchidos.

No contexto de não reconhecimento dos migrantes como refugiados, a exclusão fundamentada no artigo 1, F (b) da Convenção de 1951 deveria ter observado os critérios estabelecidos para a exclusão desse *status*. Primeiramente, apenas uma apreciação completa de todos os fatos e circunstâncias relacionado a cada caso individual permitiria as autoridades determinar se o postulante é indigno da proteção concedida pela Convenção de 1951, o que, ressaltamos, não foi realizado no caso concreto²⁵.

²¹ PE 2.

²² CH, §13.

²³ PE 15.

²⁴ CtIDH, *Família Pacheco Tineo v. Bolívia*, §145.

²⁵ UNHCR. Legal And Protection Policy Research Series: Cancellation of Refugee Status, 2003, § 37.

Além disso, os aspectos de inclusão de um caso devem, em princípio, ser considerados antes dos de exclusão, sendo que há ainda a necessidade de avaliar as consequências potenciais da exclusão e considerá-las em relação à gravidade dos crimes cometidos²⁶. No caso de Gonzalo Belano e os outros 36 migrantes, a exclusão do *status* de refugiado e a consequente expulsão resultaram em desaparecimentos forçados e assassinatos, portanto a consequência da exclusão foi muito mais grave em relação aos crimes cometidos, na medida que os crimes cometidos foram realizados em circunstâncias análogas às do senhor Gonzalo Belano²⁷, dessa forma podemos concluir que: (i) que pelo fato de as gangues controlarem praticamente todo o território²⁸ e (ii) por serem vítimas de recrutamentos forçados²⁹ os crimes cometidos estariam relacionados com um grave contexto de reprodução de violência existente no país e também com a não voluntariedade dos envolvidos, sendo que a intenção daqueles 808 migrantes era justamente de escapar desse contexto³⁰.

Esse requisito de “balanceamento” decorre do princípio geral da proporcionalidade e deve ser realizado independentemente da questão da exclusão ter surgido na fase inicial de elegibilidade ou posteriormente, em meio ao processo de cancelamento. Nesse sentido, a visão de equilíbrio é necessária em casos envolvendo a exclusão nos termos do Artigo 1F (b). Ressalta-se, entretanto, que o equilíbrio nas hipóteses artigo 1F (a) e (c) é por vezes considerado desnecessário, dada a gravidade dos atos abrangidos por estas disposições.³¹

Outrossim, ao se definir se uma determinada ofensa é suficientemente grave para justificar a exclusão desse status é necessário que os seguintes fatores sejam levados em conta: (i) a natureza

²⁶ UNHCR. Resettlement Handbook, 2011, pp. 92, 95.

²⁷ PE 26.

²⁸ CH, §7.

²⁹ CH, §5 e PE 2.

³⁰ CH, §7.

³¹ UNHCR Legal And Protection Policy Research Series, §§ 37, 38, 39.

do ato, (ii) o dano real infligido, (iii) a forma de procedimento usada para processar o crime, (iv) a natureza da penalidade e (v) se a maioria das jurisdições consideraria um crime grave³², o que não foi observado pelo Estado de Arcadia.

Vale salientar que o fato de um determinado crime ser designado como não-político em um tratado de extradição é significativo, mas não conclusivo em si³³, ou seja, a mera certificação da existência de um crime comum, por si só, não enseja a imprescritibilidade do dever de excluí-la da condição de refugiada. Como também o fato de uma pessoa ter sido, em algum momento, um membro sênior de um governo repressivo ou membro de uma organização envolvida em violência ilegal não implica, por si só, sua responsabilidade individual por atos. O cuidado deve ser exercitado quando tal presunção de responsabilidade surge, para considerar questões incluindo as atividades reais do grupo, sua estrutura organizacional, a posição do indivíduo nele, e sua o sua capacidade de influenciar significativamente suas atividades, bem como a possível fragmentação do grupo³⁴, o que não é possível inferir do caso em questão.

De toda forma, ainda que um indivíduo seja excluído, ele ainda pode ser protegido contra o retorno por operação de outros instrumentos internacionais, notadamente o art. 3 da CAT, art. 7 do ICCPR ou o art. 3 da CEDH³⁵.

Ademais, o direito de asilo já foi definido como uma liberdade fundamental cujo corolário é o direito da pessoa solicitar o *status* de refugiado³⁶, o qual implica o direito dos solicitantes a uma

³² Guidelines on International Protection N°. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, p. 5.

³³ Guidelines on International Protection N°. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, § 15.

³⁴ Guidelines on International Protection N°. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, § 19.

³⁵ Background note on the application of the exclusion clauses, § 22.

³⁶ CtEDH, *Gebremedhin v. França*, §14.

correta avaliação pelas autoridades nacionais de suas solicitações e dos riscos que possam sofrer em caso de devolução ao país de origem³⁷. O Estado de Arcadia alega ter avaliado os riscos que as pessoas sofririam caso regressassem ao país de origem³⁸, porém, notadamente, tal avaliação não foi levada em conta na decisão de suas respectivas devoluções.

O *status* de refugiado deveria ter sido outorgado aos wairenses devido à razão da migração em massa ter se constituído no refúgio à grave perturbação da ordem pública presente em Puerto Waira à época dos fatos. Nesse sentido, o *standard* de fundado temor de perseguição é o elemento mais importante para o reconhecimento da condição de refugiado³⁹ em virtude do já expresso da conclusão terceira da DC:

A definição ou o conceito de refugiado recomendável [...] é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou **outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.**

O art. 1, inciso 2 da COUA ainda reforça que:

O termo 'refugiado' aplica-se também a todas as pessoas que, devido a agressão externa, ocupação, dominação ou **eventos perturbando seriamente a ordem pública em qualquer parte ou em todo o seu país**

³⁷ CtIDH, *Família Pacheco Tineo v. Bolivia*, §156.

³⁸ CH, § 23 e PE 22 e 69.

³⁹ UNHCR, *The Refugee Convention: The travaux préparatoires analysed with a commentary by Paul Weis*, 1990, introdução.

de origem ou nacionalidade, é obrigado a deixar o seu local de residência habitual para procurar refúgio noutra local seu país de origem ou nacionalidade.

Não obstante, a expressão “ordem pública” como utilizada no Pacto pode ser definida como a summa das regras que garantem o funcionamento da sociedade ou do rol de princípios fundamentais sob os quais a sociedade se funda. O respeito aos direitos humanos é parte da ordem pública⁴⁰. Assim sendo, tendo em vista a desorganização existente no país em razão das gangues que ocupavam quase que a totalidade do território de Puerto Waira é nítido que o Estado não gozava de equilíbrio, mas sim de grave perturbação a ordem público, motivo pelo qual ensejou a migração denominada humanitária, que ocorre em dita situação.

Portanto, resta clara a violação do direito de buscar e receber asilo disposto no artigo 22.7 da CADH.

4.2.3. Violação ao art. 24 (igualdade)

Os migrantes geralmente se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos, o que trata de uma condição individual de ausência de poder com relação aos não-migrantes (nacionais ou residentes). Esta condição possui uma dimensão ideológica e é mantida por uma situação de direito (desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis) e de fato (desigualdade estrutural).⁴¹ Existem também preconceitos envolvendo os migrantes, que permitem a reprodução das condições de vulnerabilidade, tais como preconceitos étnicos, a

⁴⁰ PS, §22.

⁴¹ CtIDH. OC-18/03, §112.

xenofobia e o racismo, que dificultam a integração dos migrantes na sociedade e levam à impunidade das violações de direitos humanos cometidos contra eles.⁴²

Em relação, a CADH estabelece no artigo 1.1 o respeito e garantia dos direitos reconhecidos por ela, "sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, (...) origem nacional ou social, posição econômica (...) ou qualquer outra condição social". Assim mesmo, a CERD define a discriminação como⁴³:

(...) toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

No caso concreto, as manifestações xenofóbicas são várias, com tal intensidade que o Estado se vê obrigado a criar campanhas com o intuito de impedi-las⁴⁴, e tornam-se evidentes na medida que a população de Arcadia se refere aos migrantes de Puerto Waira como "membros de gangues" e "escória", além de difundir diversas notícias falsas com relação aos wairenses.⁴⁵

Em decorrência da profunda rejeição e a falta de acolhimento da população de Arcadia frente a esses imigrantes, as autoridades do país são levadas a concluir que o Estado não tinha estrutura para receber essas pessoas em seu território⁴⁶, motivo pelo qual, de forma discriminatória, faz um

⁴² CtIDH, OC-18/03, §113.

⁴³ CtIDH, Nadege Dorzema y Otros v. República Dominicana, §231.

⁴⁴ PE 40 e 71.

⁴⁵ CH, §24.

⁴⁶ CH, §26.

chamamento à comunidade, de modo a rejeitar esse contingente de imigrantes ao deportar os indivíduos excluídos do *status* de refugiado.

Como manifestado pela Corte, os princípios da igualdade perante a lei e da não discriminação constituem normas *jus cogens*⁴⁷ e instigam toda atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e a garantia dos direitos humanos⁴⁸ o que evidencia a grave violação deste, pois como se pode observar, a deportação desse grupo de pessoas, além de ferir o princípio do direito internacional migratório do “*non-refoulement*”, colocaria em risco a vida de tais pessoas.

Sendo assim, o Estado de Arcadia violou o art. 24 da CADH na medida em que expulsou os migrantes baseando-se em atitudes discriminatórias.

4.2.3. Violação ao art. 5 (integridade física)

Inicialmente, cabe-nos ressaltar que os peticionantes podem arguir a violação de outros direitos não originalmente incluídos na demanda apresentada pela CIDH por serem titulares de todos eles e a negação de tal possibilidade equivaleria a uma restrição indevida à sua condição de sujeitos de direito internacional⁴⁹.

Ao que concerne à violação do artigo 5 da CADH, a Corte já apontou que as pessoas migrantes em situação irregular que hajam sido privadas de liberdade devem cumprir as medidas de segurança em recintos separados das pessoas condenadas ou processadas.⁵⁰

⁴⁷ CtIDH, OC 18/03, §101 e CtIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, §248.

⁴⁸ CtIDH, OC-18/03, §100.

⁴⁹ CtIDH, *Cinco aposentados v. Perú*, § 155.

⁵⁰ Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Personas Situación de Migración o Refugio, p. 40.

A jurisprudência da Corte demonstra também que os migrantes devem ser detidos em estabelecimentos especificamente destinados a tal fim e que sejam apropriados à sua situação legal, e não em prisões comuns, cuja finalidade é incompatível com a natureza de uma possível detenção por sua situação migratória⁵¹.

No caso abordado, a fim de avaliar a situação migratória dos migrantes identificados como possuidores de antecedentes criminais, 318 deles foram detidos em centros penitenciários⁵², reflexo este da falha do Estado em alocá-los em recintos separados, ou então em pavilhões dentro de prisões, visto que o centro de detenção migratória existente na localidade encontrava-se superlotado em função dos outros 490 migrantes.

Com efeito, ao se tratar de pessoas que sofrem condenações, as condições de privação de liberdade devem obedecer a “finalidade essencial” das penas privativas de liberdade, as quais são “a reforma e a readaptação social dos condenados” (CADH, art. 5.6). Ao se falar de migrantes, a detenção e a privação de liberdade por conta de situação migratória irregular devem ser utilizadas somente quando essencialmente necessárias, sendo admissíveis apenas durante o menor tempo possível e em atenção aos fins referidos⁵³.

Ademais, é entendido que o Estado deve dispor de estabelecimentos públicos separados e, em caso de que o Estado não conte com ditas facilidades, deverá dispor de outros lugares, mas em hipótese alguma poderá ser a detenção em centros penitenciários.⁵⁴ Verifica-se que o Estado deveria ter se atentado a tal exigência, dado que os níveis de solicitantes de asilo e de refugiados que chegavam a Arcadía aumentavam de maneira significativa desde 2012, quando se contabilizavam 5.500

⁵¹ CtIDH, *Vélez Loor vs. Panamá*, §208.

⁵² CH, §22.

⁵³ CtIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, §208.

⁵⁴ CtIDH. *Vélez Loor v. Panamá*, §208.

peessoas refugiadas, ao passo que no final de 2015 haviam 18.000⁵⁵. Sendo assim, ao se considerar que o artigo 111, inciso 1, da Lei Geral sobre Migração previa a aplicação de medidas privativas de liberdade para estrangeiros⁵⁶, Arcadia deveria contar com locais apropriados para atender a demanda dos presos administrativos, visto que era claramente previsível que tal situação viesse a se concretizar.

Ainda que o Estado de Arcadia tenha realizado a detenção dos 808 migrantes atentando-se à separação de migrantes do sexo feminino e do sexo masculino⁵⁷, bem como provendo direitos mínimos⁵⁸, não foi contemplada a questão da superlotação do centro de detenção migratória, que estava abrigando 490 pessoas quando sua capacidade era de apenas 400.

Nesse sentido, a Corte já se pronunciou no sentido de que a superlotação, com falta de ventilação e luz natural, sem cama para o repouso ou condições adequadas de higiene, em isolamento e incomunicação ou com restrições indevidas ao regime de visitantes, constituem uma violação à integridade pessoal. As Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos estabelecem critérios básicos para interpretar o conteúdo do direito das pessoas privadas da liberdade a um trato digno e humano⁵⁹. Nesse mesmo sentido, pode-se citar para o caso específico as de nº 12, 13 e 42, que tratam respectivamente sobre: (i) as condições dos dormitórios dos presos devem sempre respeitar a ocupação de um preso por cela; (ii) todos os ambientes de uso dos presos devem satisfazer condições de higiene e saúde, particularmente, o espaço mínimo, a iluminação, a ventilação e o aquecimento, que em um ambiente de superlotação dificilmente essas determinação seria cumprida; e (iii) por fim, todas as condições expressas devem ser aplicadas a todos os presos,

⁵⁵ PE 43.

⁵⁶ PE 11.

⁵⁷ PE 3.

⁵⁸ PE 18.

⁵⁹ CtIDH, *Fleury e otros v. Haiti*, §85.

sem distinção. Portanto, todos os 808 migrantes waienses presos deveriam, sem exceção, ter tido direito a condições básicas de estadia, tais como: conteúdo volumétrico de ar, boas condições climáticas etc⁶⁰.

Em vista disso, o Estado deve ser responsabilizado pela violação à integridade física dos migrantes, especificamente pelo desrespeito aos arts. 5.1 e 5.4 da CADH.

4.2.4. Violação ao art. 7 (liberdade pessoal)

A privação de liberdade das pessoas no contexto de migração tem repercussões que impactam de maneira negativa em respeito, garantia e exigibilidade dos direitos e liberdades reconhecidas pelo direito internacional dos direitos humanos⁶¹. Por essa razão se faz mister a verificação das razões pelas quais os migrantes waienses tiveram o seu direito à liberdade pessoal violado, quando suas respectivas prisões administrativas de caráter migratório foram decretadas.

A prisão administrativa obrigatória implica em (i) um não reconhecimento do direito básico à liberdade pessoal e (ii) violação do princípio da excepcionalidade da detenção por infração à uma disposição migratória⁶².

Neste sentido, é possível aferir que a legislação Arcadiense é falha na medida em que o artigo 111 da Lei Geral sobre Migração autoriza a aplicação de medidas privativas de liberdade para estrangeiros que não possam provar sua presença legal no país⁶⁵, o que funciona como um mecanismo de penalização e criminalização aos migrantes que não conseguem provar sua situação migratória.

⁶⁰ UNODC. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules), 2015.

⁶¹ Informe Regional – Detención Migratoria y Alternativas a La Detención en las Américas, p. 2.

⁶² Informe de Admisibilidad y Fondo n° 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos de América). 4 de abril de 2001, § 219.

Com relação ao critério da legalidade para a detenção, presente no artigo 7.2 da CADH, é necessário que sempre que um Estado vá realizar qualquer ato que prive a liberdade de uma pessoa, tal ato deve respeitar tanto o processo previsto na legislação interna de um país, como também o previsto na CADH e em documentos internacionais dos quais o país seja signatário. Garantindo-se, assim, que qualquer atitude a ser tomada pelo país esteja alinhada com o princípio da legalidade.

O princípio da não-arbitrariedade sugere que toda ordem de detenção deve ser fundamentada, contendo todos os fundamentos e motivos de sua necessidade⁶³. Desse modo, o mero fato das 808 pessoas possuírem antecedentes penais sem que sejam consideradas as circunstâncias individualizadas de cada caso, não legitima a detenção sob a justificativa de manutenção da ordem pública e de segurança nacional⁶⁴.

As detenções programadas e coletivas, que não se encontrem fundadas na individualização de condutas puníveis e que careçam de controle judicial, são contrárias à presunção de inocência, cerceando indevidamente a liberdade pessoal e transformando a detenção em um mecanismo discriminatório⁶⁵.

Em relação especificamente a detenções coletivas, a fim de que se evite arbitrariedades, a CtIDH já consignou que: (i) os Estados devem individualizar e separar as condutas de cada uma das pessoas detidas, de forma a demonstrar que existem indícios razoáveis, baseados em informações objetivas, de que cada pessoa detida se enquadra em alguma das causas de detenção previstas em suas normas internas de acordo com a CADH; (ii) que a detenção seja necessária e proporcional

⁶³ CtIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, §118.

⁶⁴ CH, §21.

⁶⁵ CtIDH, *Servellón García y otros Vs. Honduras*, §96.

para garantir algum propósito permitido pela Convenção, como o interesse geral, e por fim (iii) estar sujeita ao controle judicial. Sem prejuízo das demais condições do artigo 7 da CADH⁶⁸.

Em relação à obrigação de informar os motivos da privação de liberdade ao migrante, previsto no artigo 7.4. da CADH, a Corte considera que “os fatos devem ser analisados sob o direito interno e a normativa convencional, posto que a informação dos ‘motivo e razões’ da detenção deve ocorrer ‘quando esta se produz’, e dado que o direito contido naquela norma implica duas obrigações: a) a informação oral ou escrita sobre as razões da detenção, e b) a notificação, por escrito, das acusações”⁶⁶.

No caso *sob judice*, as autoridades comunicaram às pessoas de forma oral e escrita que não seriam reconhecidas como refugiadas *prima facie* e seriam detidas e submetidas a um processo de asilo devido aos seus antecedentes penais⁶⁷.

Para satisfazer a exigência do artigo 7.5 da CADH o indivíduo privado de sua liberdade deve ser "levado" sem demora a um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais. O detido deve comparecer pessoalmente perante a autoridade competente, a qual deve ouvi-lo e valorar todas as explicações que este lhe fornecer, para, assim, decidir se procede a liberação ou o mantimento da privação de sua liberdade⁶⁸.

Sucedem, porém, que os indivíduos foram postos frente a uma autoridade administrativa, que até onde se sabe, não possuía funções jurisdicionais. Deste modo, não é possível inferir se realmente foi realizado um exame detalhado e individual de forma fundamentada sobre a permanência dos

⁶⁶ CtIDH, *Nadège Dorzema e outros v. República Dominicana*, §132; CtIDH, *Cabrera García e Montiel Flores v. México*, §106; CtIDH, *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas v. República Dominicana*, §369.

⁶⁷ PE 50.

⁶⁸ CtIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, §109.

808 migrantes na prisão. Tampouco é possível admitir que todas as 808 pessoas representavam uma ameaça ao Estado a fim de justificar suas permanências nas mesmas.

Finalmente, o artigo 7.6 da CADH protege o direito de toda pessoa detida poder recorrer a um juiz ou tribunal competente, com o intuito de que este decida sem demora sobre a legalidade de sua detenção e, se esta fora ilegal, ordene sua liberdade.

Assim sendo, o Estado de Arcadia poderia ter tomado outras medidas alternativas a prisão, visto que a detenção por motivos migratórios, conforme os estândares internacionais de direitos humanos, é uma medida que somente deve ser utilizada como último recurso,⁶⁹ quando seja estritamente necessária e outras medidas menos restritivas resultem inadequadas para o fim almejado, em atenção a avaliação individual do caso. Posto isso, alternativas menos gravosas aos migrantes seriam: verificações periódicas de assinaturas ou comparecimentos perante a órgão estatais, fixação de prazos para a saída do país, obrigações ou garantias e restrições à liberdade de circulação determinadas áreas geográficas ou localidades entre outras⁷⁰.

Sendo assim, o Estado de Arcadia violou o direito à liberdade pessoal previsto no art. 7 da CADH.

4.2.5. Violação aos arts. 8 e 25 (acesso à justiça)

(a) Violação ao art. 8. Garantias judiciais. Acesso à justiça e direito à defesa técnica

Faz-se necessário lembrar que os migrantes, sem discriminação, têm direito a todos os meios e recursos necessários para defender seus direitos. Neste sentido, o art. 8 da CADH busca assegurar um efetivo acesso à justiça, que somente é possível com o respeito às garantias mínimas do devido

⁶⁹ CtIDH, OC 21/14, §150.

⁷⁰ Informe Regional - *Detención Migratoria y Alternativas a la Detención en las Américas*, p. 49.

processo legal⁷¹. Essas garantias independem da situação jurídica do migrante, sendo inaceitável a ocorrência de qualquer espécie de discriminação⁷².

Dentre essas garantias está a prevista no art. 8.2, que trata da assistência técnica, direito expressamente irrenunciável e fundamental em casos envolvendo estrangeiros, uma vez que estes dificilmente conhecem o sistema legal do país em que se encontram⁷³. Além disso, quando privados de sua liberdade, essa assistência mostra-se ainda mais relevante⁷⁴ em virtude de sua vulnerabilidade ser ainda maior.

O auxílio de um advogado permite a manifestação contra atos que afetem direitos, de forma que a ausência desse suporte gera um desequilíbrio processual ante o poder estatal punitivo. Em procedimentos que impliquem deportação, como no caso em análise, a existência de um serviço público gratuito de defesa é primordial⁷⁵.

A assistência consular também integra o rol de garantias mínimas do devido processo, contribuindo com a defesa e produção dos atos processuais. Constitui-se um meio de defesa que repercute em outros direitos processuais⁷⁶.

Faz-se pertinente citar a CVRC, que em seu art. 36.1.c estabelece que a assistência consular apenas será dispensada quando da expressa oposição da vítima, constituindo-se, portanto, um direito inalienável.

A falta de organizações da sociedade civil e clínicas jurídicas para darem suporte a todos os waienses detidos viola os direitos acima expostos. O fato de 591 deles não terem utilizado o

⁷¹ Cuadernilo de jurisprudência, p.60; CtIDH, *Nadega Dorzema y otros v. República Dominicana*, §156.

⁷² CtIDH, OC-18/03, §122; CtIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, §143.

⁷³ CtIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, §132.

⁷⁴ CtIDH, *Nadega Dorzema e outros v. República Dominicana*, §164.

⁷⁵ CtIDH, *Vélez Loor v. Panamá*, §§132 e 146.

⁷⁶ CtIDH, OC-16/99, §§122 e 123.

recurso de amparo quando corriam risco de perder a vida e de sofrerem tortura revela a falta de suporte jurídico proporcionado à elas. Ademais, em nenhum momento os 808 detidos expressamente dispensaram a assistência consular, apenas não a requisitaram. Assim, a distribuição de folhetos informativos e listas de contatos distribuído pelas autoridades de Arcadia⁷⁷, não eximem sua responsabilidade pela violação ao acesso à justiça.

(b) Violação ao art. 25. Impossibilidade de interpor recurso da ordem de expulsão e inefetividade do processo administrativo reparatório

O art. 25.1 da CADH diz com o dever dos Estados de ministrar recursos adequados e efetivos às vítimas de violações a direitos humanos, dever este compreendido na sua obrigação geral de garantia tirada do art. 1.1 do mesmo tratado⁷⁸.

Por outra volta, as vítimas terem à sua disposição a possibilidade de interpor recursos da ordem de deportação prolatada pela autoridade executiva de Arcadia é direito inscrito no conteúdo normativo do art. 25⁷⁹.

Em efeito, é necessário haver **acesso real ou efetivo ao direito de recorrer**, sem o qual sequer cabe analisar a adequação e efetividade dos recursos em si⁸⁰. Por outra volta, não se considerarão efetivos os recursos os quais, pelas condições gerais de um país ou pelas circunstâncias particulares de um dado caso, restem ilusórios⁸¹.

⁷⁷ PE 9.

⁷⁸ CtIDH, *Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia*, §169.

⁷⁹ CtIDH, *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas v. República Dominicana*, §§396 e 397.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁸¹ CtIDH, *Liakat Ali Alibux v. Suriname*, §116.

Pois bem, quais foram os recursos postos à disposição dos waienses para questionamento de sua expulsão de Arcadia? A documentação do caso noticia: recursos constitucionais (amparo e revisão)⁸²; e o procedimento de reparação do dano direito por familiares dos waienses expulsos⁸³.

Sobre esse último, a CtIDH já decidiu que o processo contencioso administrativo reparatório, como o aforado pelos familiares de migrantes desaparecidos ou assassinados, não constitui *per se* um recurso efetivo e adequado para reparar integralmente as violações a direitos humanos ocorridas⁸⁴.

Ainda: sem embargo do oferecimento de folhetos informativos e listas contendo os direitos dos migrantes waienses, bem como contatos de organizações da sociedade civil e clínicas jurídicas, está bem estabelecido no caso a incapacidade das precitadas organizações e clínicas jurídicas de oferecer assistência a todos os waienses⁸⁵.

Isto torna razoável afirmar que os 591 waienses que não interpuseram qualquer recurso⁸⁶ não se abstiveram de referida ação por vontade própria, mas por **impossibilidade de acesso aos recursos estatais**. Está, afinal, compreendido no dever de garantia do art. 1.1 a obrigação estatal de organizar o ordenamento interno para efetivar a proteção aos direitos humanos de todas as pessoas que se encontrem sob sua jurisdição.

Assim, essas 591 pessoas foram impedidas de acessar os recursos estatais previstos para questionar sua ordem de expulsão, o que ocasionou a sua pronta expulsão de Arcadia (duas semanas depois da celebração do acordo com Tlaxcochitlán)⁸⁷.

⁸² PE 10.

⁸³ CH, §§32-33 e PE 10.

⁸⁴ CtIDH. *Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia*, §209.

⁸⁵ PE 9.

⁸⁶ CH, §27.

⁸⁷ CH, § 27.

Por essas razões, violou Arcadia o art. 25 da CADH em relação aos 591 waienses que não interpuseram recurso da ordem de expulsão e em relação às 37 pessoas assassinadas e desaparecidas após sua deportação para Puerto Waira.

4.2.6. Violação aos arts. 22.8 e 22.9

(a) Violação ao art. 22.8 - Vedação absoluta do *non-refoulement*

O art. 22.8 da CADH preceitua que nenhum estrangeiro pode ser “expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”.

O dispositivo consagra o princípio do *non-refoulement* (de resto também previsto pela CSRS, art. 33; CAT, art. 3.1; CIPST, art. 14.4; e CED, art. 13.7), norma consuetudinária, pertencente ao direito internacional geral e aplicável a qualquer estrangeiro, não apenas a asilados ou refugiados, não importando sua condição migratória⁸⁸.

Nos termos do art. 53 da CVDT, é norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, não admitindo nenhuma derrogação. Dito de outro modo, em situações nas quais uma pessoa [ou grupo de pessoas] se encontre frente a um risco de tortura, o princípio da não devolução é **absoluto**⁸⁹.

⁸⁸CtIDH, *Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*, §§ 151, 135.

⁸⁹CtIDH, *Wong Ho Wing v. Perú*, §128.

Ademais, esse princípio não se baseia apenas no direito dos refugiados, mas também no direito internacional dos direitos humanos e direito internacional humanitário, devendo ser entendido como um amplo “refúgio baseado em direitos”⁹⁰.

Em sintonia com o exposto, é relevante aludir ao art. 31 da CVDT, o qual estabelece que as convenções devem ser interpretadas à luz do seu objetivo, da sua finalidade e com base em qualquer acordo posterior. A interpretação deve ser sempre aquela que garanta a maior proteção, em acordo com o princípio da primazia da norma mais benéfica às vítimas.

É possível concluir, assim, que não apenas os refugiados são protegidos pelo *non-refoulement*, mas “qualquer indivíduo que possa estar em risco de ser submetido à tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante; em casos de extradição, devolução ou deportação”, sendo a **devolução indireta** igualmente proibida⁹¹.

Mesmo em situações de influxos massivos de migrantes que não sejam aceitos em definitivo pelo Estado de destino, o princípio do *non-refoulement* deve ser escrupulosamente observado⁹².

Por fim, evitar, sobretudo, a prática de devolução indireta pressupõe um exercício de antecipação pelo Estado, o qual a partir das informações disponíveis, deve concluir quais as chances dos migrantes, se deportados, serem depois retornados ao Estado de origem, no qual correriam risco de perder vida ou de serem torturados. Tal exercício se inclui, a toda evidência, no dever estatal de **prevenir** violações à direitos humanos.

⁹⁰ CLARK, Tom. Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation. In International Journal of Refugee Law. Oxford: 2004. Vol. 16, nº4, pp. 585-586.

⁹¹ AGNU. Nota sobre proteção internacional (13/09/01), §16; CtIDH, *Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*, §153.

⁹² CE, Conclusão geral nº 21 (XXXII), § II.A.2; AGNU, Nota sobre proteção internacional (13/09/01), §16.

Assim, o Estado e seus agentes têm a obrigação de adotar medidas de prevenção e proteção toda vez que tenham conhecimento de uma situação de risco real e imediato para grupo de indivíduos determinado, atendendo às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar tal risco⁹³. Ajunte-se a isto, não basta que os Estados simplesmente se abstenham de violar o princípio da não devolução, senão que a tomada de medidas positivas nesse sentido também lhes é igualmente exigível⁹⁴.

E, no caso em análise, o Estado de Arcadia violou o princípio do *non-refoulement* ao devolver os 808 migrantes waienses à Tlaxcochitlán⁹⁵, pois os mesmos migrantes foram posteriormente enviados de volta a Puerto Waira⁹⁶, prática esta caracterizadora de devolução indireta, e da qual haviam **bases razoáveis** para se supor como provável.

Retomem-se os seguintes dados fáticos: **(i)** apuração de 729 waienses com “alto risco” de sofrer tortura ou perigo de vida e os outros 79 com “probabilidade razoável”⁹⁷; **(ii)** o acordo previsto com Tlaxcochitlán previu que os migrantes waienses fossem mandados para Ocampo⁹⁸; **(iii)** esta cidade guarda grandíssima proximidade com Puerto Waira⁹⁹; e **(iv)** Arcadia se limitou a requerer, **apenas por meio de reuniões**, que os waienses não fossem retornados a Puerto Waira¹⁰⁰.

Especialmente quanto a **(iv)**, convém destacar que a efetividade de um tratado ou simples acordo de *soft law*, como o realizado entre Arcadia e Tlaxcochitlán, está ligada à previsão de mecanismos de supervisão ou monitoramento do mesmo acordo, que avaliem a performance do Estado.

⁹³ CIDH, *Movilidad humana y estándares interamericanos*, § 156.

⁹⁴ CIDH, *Wong Ho Wing v. Perú*, §128.

⁹⁵ CH, §28.

⁹⁶ CH, §29.

⁹⁷ CH, §23.

⁹⁸ CH, §27.

⁹⁹ CH, §15 (ver mapa).

¹⁰⁰ PE 66.

Escolher prever procedimentos de monitoramento é um dos fatores de aumento do impacto do acordo no comportamento estatal¹⁰¹.

Nesse sentido, Arcadia deveria ter feito uma análise acerca da alocação dos waienses para Ocampo, verificando se não seria provável a ocorrência de uma deportação indireta à Puerto Waira, dado a proximidade desta com Ocampo. Além disso, uma vez emanada de Arcadia a ordem de expulsão dos 808 migrantes waienses, mostrava-se mais que justificável e razoável: **(a)** o acompanhamento por autoridades de Arcadia da transferência dos waienses para Tlaxcochitlán; e **(b)** a permanência das mesmas autoridades no território deste Estado como forma de supervisionar a inserção social dos waienses.

Este “dar de ombros” de Arcadia em relação as características da cidade de destino dos waienses; e a assinatura de um acordo do qual se desconhece qualquer mecanismo de monitoramento ou supervisão caracterizam a despreocupação do Estado com o prevenir-se o retorno dos waienses à Puerto Waira e reflete sua falta de devida diligência no tratamento dispensado aos waienses após a efetivação de sua expulsão de Arcadia.

Portanto, a República de Arcadia deve ser responsabilizada pelo retorno dos 808 waienses à Puerto Waira, por não ter agido com devida diligência, particularizada aqui pela prevenção do *non-refoulement* dos waienses.

(b) Violação do art. 22.9 - Falta de análise individualizada das solicitações de asilo dos waienses

Ainda que este artigo não esteja previsto no relatório de mérito formulado pela CIDH, não há óbice de que seja aqui arguido, pois, como já exposto anteriormente, a demonstração de sua violação

¹⁰¹ GUZMAN, Andrew T. "The design of international agreements", p. 588.

está compreendida no quadro fático do caso. Ademais, negar tal possibilidade equivaleria a restringir a condição de sujeito de direito internacional das vítimas¹⁰².

Superada essa questão, a proibição da expulsão coletiva de estrangeiros consta amplamente de instrumentos internacionais (*inter alia* CEDH, Protocolo 4, art. 4; CADHP, art. 12.5; CMW, art. 22.1; DNY, § 14; AGNU, Res. 40/144, art. 7). Recentemente, o Pacto de Marrakesh dispôs sobre o compromisso dos Estados na afirmação da proibição *tout court* da expulsão coletiva¹⁰³.

As expulsões coletivas se verificam quando estão envolvidas categorias de indivíduos¹⁰⁴, como, p. ex., os migrantes não documentados. Quanto a tal aspecto, não é necessário um número mínimo de pessoas¹⁰⁵ para que se verifique a natureza coletiva de uma expulsão.

Ressalte-se, que mormente os migrantes não documentados são sujeitos a expulsões coletivas, as quais, além de serem arbitrárias, acarretam múltiplas violações a seus direitos humanos¹⁰⁶.

Explicita o art. 22.1 da CMW que cada caso de expulsão deve ser examinado e decidido individualmente. O seu Comitê observa, acerca de tal comando, que deve ser assegurada uma análise individual e **genuína** das circunstâncias pessoais de cada migrante¹⁰⁷.

A CtEDH, em *Andric v. Suécia*, nota que, juntamente com a conclusão de que o requerente não poderia ser retornado para seu país de origem, a Bósnia e Herzegovina, deveria ser enfrentada a questão de se poderia o mesmo requerente gozar de proteção na Croácia¹⁰⁸.

¹⁰² CtIDH, *Cinco pensionistas v. Perú*, § 155.

¹⁰³ AGNU, Res. 73/195, §§24(a) e 37.

¹⁰⁴ IDI, Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, art. 23; CMEDH. *Becker v. Dinamarca*, p.235.

¹⁰⁵ DUCROQUETZ, Anne-Lise. *L'expulsion des étrangers em droit international et européen*, § 591.

¹⁰⁶ OHCHR, *Behind closed doors: Protecting and promoting the human rights of migrant domestic workers in an irregular situation*, p. 28.

¹⁰⁷ CmMW. Comentário geral nº 2, § 51. Ver também CtIDH. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas v. República Dominicana*, §381; OHCHR, *Recommended principles and guidelines on human rights at international borders*, nº 9(4).

¹⁰⁸ CtEDH. *Andric v. Suécia*, §1.

Transportando referido entendimento para a espécie, tem-se como questão inafastável, envolvida na análise de Arcadia, saber se os waienses expulsos estariam protegidos em Tlaxcochitlán da devolução a Puerto Waira.

Pois bem, sem embargo de ser do Estado, em princípio, a responsabilidade pela avaliação dos riscos envolvidos no retorno do migrante ao país de origem¹⁰⁹, pode a Corte analisar, mediante as circunstâncias da espécie¹¹⁰, se a conclusão à qual chegou ao Estado caracteriza ou não análise individual e genuína de cada situação.

Por essa via, ver-se-á que a expulsão dos 808 waienses levada a efeito por decisão de Arcadia se reveste de caráter coletivo, pois não se reporta ao conjunto de dados colhidos pelas autoridades públicas, a revelar que aquela decisão se amparou em motivos genéricos, não específicos.

Não apenas isto, mas a avaliação de envio dos waienses a Ocampo foi falha, pois não observados fatores básicos que teriam a virtude de mudar a decisão de Arcadia. Convém reenviar esta parte da exposição à análise feita no tópico anterior dos itens **(i)-(iv)** para se concluir de maneira razoável pela insegurança dos waienses em Ocampo.

Os waienses que possuíam antecedentes penais cometeram crimes variados considerados como "graves delitos comuns"¹¹¹ em circunstâncias análogas às de Gonzalo Belano¹¹². Este, no entanto, apesar de ter sido incluído no grupo com "probabilidade razoável" de correr risco de vida se retornasse a Puerto Waira, foi vítima de assassinato logo após a sua chegada lá.

¹⁰⁹ CtEDH, *M.S.S. v. Bélgica e Grécia*, §298.

¹¹⁰ V.g., a conclusão a que chegou a CtIDH em *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas v. República Dominicana*, §382.

¹¹¹ PE 2.

¹¹² PE 26.

Assim, a própria classificação de "alto risco" e de "probabilidade razoável" relacionadas ao perigo de retorno dos migrantes a Puerto Waira pode ter sua efetividade minada ao se ter em mente o assassinato de Gonzalo Belano, inobstante os dados supostamente levados em conta por Arcadia nas análises por ela feitas¹¹³.

Diante disso, é possível afirmar que, na prática, o único parâmetro levado em consideração para resolver-se pela deportação foi o da **mera existência de antecedentes criminais**, o que demonstra negligência estatal na análise individual e detalhada de cada caso. Não se depreende da análise feita, p. ex., o fato chave de que a anterior filiação a gangues criminosas wairenses, ocorreu, muito provavelmente, de forma involuntária, levando-se em consideração todo o contexto de Puerto Waira.

Consideradas as especificidades e diferentes níveis de risco de cada situação, a não consideração sobre se Tlaxcochitlán poderia franquear aos 808 wairenses a necessária proteção sobretudo contra devolução a Puerto Waira atenta contra a exigência de avaliação específica de cada solicitação de asilo, o que vulnera, por sua vez, o art. 22.9 da CADH.

4.2.7. Da violação aos artigos 4 e 5 da CADH

O direito à vida possui papel central na CADH, sendo um direito primordial para a realização dos outros direitos¹¹⁴. Destarte, os Estados devem agir de maneira a protegê-lo e preservá-lo¹¹⁵, o que não ocorreu no caso em questão.

Na esteira fática de tudo que foi apresentado, a violação aos arts. 4 e 5 da CADH, que protegem o direito à vida e à integridade pessoal, é uma consequência lógica. Arcadia, a partir do momento que

¹¹³ PE 22.

¹¹⁴ CtIDH, *19 Comerciantes v. Colômbia*, §153.

¹¹⁵ CtIDH, *19 Comerciantes v. Colômbia*, § 153; CtIDH, *Gangaram Panday v. Suriname*, § 3º.

não cumpriu seu dever internacional de não-devolução, colocou os migrantes em situação de risco, na qual seus direitos foram ameaçados e violados. É necessário frisar que devido a essa deportação ilegal, migrantes desapareceram e foram mortos¹¹⁶.

Essa situação configura o fenômeno do desaparecimento forçado, caracterizado pela privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes (CIDF, art. II).

Em vista do exposto, Arcadia tem responsabilidade pelos desaparecimentos e mortes no contexto de deportação dos migrantes de Tlaxcochitlán a Puerto Waira.

4.2.7. Violação aos arts. 17 e 19

(a) Violação do art. 19. Permanência indefinida de crianças em centros estatais

Mesmo no contexto de migrações em massa a unidade familiar deve ser respeitada¹¹⁷.

Quanto à possível separação familiar por razões migratórias, a CtIDH expressa que, quando um Estado adota uma decisão que envolve alguma limitação ao exercício de qualquer direito de uma criança, tal decisão deve levar em conta seu interesse superior (CRC, art. 3.1 e CADH, art. 19).

¹¹⁶ CH §32.

¹¹⁷ CE, Conclusão geral nº 22 (XXXII), § II.B.2(h).

Tal se aplica sobretudo no concernente a ordens de expulsão ou deportação¹¹⁸, compreendendo-se numa avaliação do interesse superior da criança, inclusive, o tipo de acomodação mais apropriada para os casos nos quais se veja separada de sua família¹¹⁹.

Deveras, as separações familiares decorrentes da execução de ordens de expulsão ou deportação (hipótese contemplada pelo art. 9.4 da CRC) devem ser devidamente justificadas, excepcionais e **temporárias**¹²⁰. Entende-se como temporária a medida intermediária ao atingimento de um fim e passível de ser suspensa a partir da verificação de certas circunstâncias¹²¹.

Pois bem, a alocação de parte das crianças separadas de suas famílias em Centros de Proteção à Infância deveria, pelas diretrizes jurisprudenciais expostas, possuir caráter temporário. Não pode o Estado deixá-las em tais centros **indefinidamente**, mesmo que eles não possuam caráter de centros de detenção, pois ainda assim não consubstanciam uma solução global, segura e durável tendente à inserção social daquelas crianças em Arcadia¹²².

Efetivadas as medidas de expulsão dos 808 wairenses, deveria o Estado envidar esforços para garantir às crianças permanecidas em Arcádia que aí encontrassem ambiente familiar.

Nesse sentido, sua indevida permanência nos pré-citados centros viola a proteção da qual são titulares pelo art. 19 da CADH.

(b) Violação do art. 17. Ausência de esforços estatais para garantir vida familiar às crianças alocadas nos Centros

¹¹⁸ CtIDH, *Personas dominicanas e haitianas expulsas v. República Dominicana*, § 416.

¹¹⁹ CRC e CMW, Comentário geral conjunto nº 3, § 32.f.

¹²⁰ CtIDH, *Personas dominicanas e haitianas expulsas v. República Dominicana*, § 416.

¹²¹ Cf. CtEDH, *Olsson v. Suécia*, § 81.

¹²² CRC e CMW, Comentário geral conjunto nº 3, § 32.j.

Enquanto o objeto precípua do art. 17.1 é a proteção de indivíduos contra ingerências arbitrárias das autoridades públicas, pode-se, por virtude da mesma regra, impor a determinado Estado certas **obrigações positivas** para assegurar o efetivo respeito dos direitos previstos no mesmo preceito¹²³.

Em atenção a isso, a informação de que as crianças, além de se sujeitarem a uma hospedagem indefinida nos centros estatais, ficaram à espera de que familiares seus estabelecessem contato com elas é extremamente grave.

É garantia mínima dos migrantes, em contexto de influxos migratórios em massa, gozar de toda assistência possível na busca de seus parentes¹²⁴, sobretudo, quando se trate de crianças¹²⁵.

Não consta na documentação do caso quaisquer medidas tomadas pelo Estado que caracterizem uma atitude proativa de sua parte em remediar as separações familiares operadas pela execução da ordem de expulsão dos 808 wairenses.

Sua inércia no retorno dessas crianças a um ambiente familiar, contentando-se com a tomada de uma solução temporária, viola o art. 17.1 da CADH.

4. PETITÓRIO

O entendimento da Corte é de que, ao ser condenado, um Estado deve tomar medidas de reparação que não se limitam à indenização, englobando também medidas de restituição, reabilitação, satisfação, garantias de não repetição e a obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar¹²⁶.

¹²³ CtEDH, *Hämäläinen v. Finlândia*, § 62; CtIDH, *Chitay Nech e outros v. Guatemala*, § 158.

¹²⁴ CE, Conclusão geral nº 22 (XXXII), § II.B.2(i).

¹²⁵ CE, Conclusão geral nº 22 (XXXII), § II.B.2(j).

¹²⁶ CtIDH. Relatório Anual de 2012, pp.19, 20.

Diante disso e dos fatos e argumentos apresentados, requer-se:

(i) A admissibilidade do caso;

(ii) A responsabilização internacional da República de Arcadia pela violação aos arts. 4, 5, 7, 8, 17, 19, 22.8, 22.9, 24 e 25 da CADH à luz dos arts. 1.1 e 2 da mesma Convenção;

(iii) O arbitramento das reparações cabíveis em um prazo razoável em relação ao artigo 63.1 da CADH como medida de restituição, dentre as quais:

(a) O oferecimento de acompanhamento psicológico às vítimas sobreviventes e aos familiares das vítimas como forma de reabilitação;

(b) O reconhecimento do desrespeito por parte do Estado aos migrantes deportados por meio de um pronunciamento público com difusão midiática e na presença das vítimas (se possível) e/ou de seus familiares como medida de satisfação;

(c) A análise das solicitações de refúgio sejam detalhadas e individualizadas; a realização de programas de capacitação aos funcionários públicos em vista a correta aplicação da legislação de direitos humanos¹²⁷; e a criação de estabelecimentos específicos destinados aos migrantes em situação irregular, quando esta for a alternativa que se mostrar adequada ao caso concreto, como garantia de não repetição a fim de que se assegure a não ocorrência de outras violações aos direitos humanos, especialmente ao direito dos migrantes;

(d) O pagamento de indenização às vítimas sobreviventes no valor de US\$5.000,00, das famílias das vítimas de assassinato e desaparecimento no valor de US\$10.000,00 e o embolso das devidas custas judiciais pela República de Arcadia.

¹²⁷ CtIDH, *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsas v. República Dominicana*, §462.