

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS

Mestrado em Direito Internacional

CAMILA MARQUES GILBERTO

**A PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO PACHECO TINEO**

Santos – São Paulo

2016

CAMILA MARQUES GILBERTO

**A PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO PACHECO TINEO**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em Direito
Internacional pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Católica de Santos.**

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Fernanda de Magalhães Dias Frinhani

Santos – São Paulo

2016

CAMILA MARQUES GILBERTO

**A PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO PACHECO TINEO**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito Internacional pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Católica de Santos.**

**Orientadora: Prof^a Dr^a Fernanda de
Magalhães Dias Frinhani**

BANCA EXAMINADORA:

Professora Orientadora: Dr^a Fernanda de Magalhães Dias Frinhani

Professor (a) Doutor (a): Dr^a Liliana Lyra Jubilut

Professor (a) Doutor (a): Dr. Gilberto Marcos Antônio Rodrigues

*Este trabalho é dedicado à memória de Ivanise
Marques Gilberto e Antônio Carlos Lemos Gilberto.
Ivanise me ensinou que o que verdadeiramente importa
é a distância entre o alvo e a seta.*

AGRADECIMENTOS

Mais do que concluir uma pesquisa, encerrar este trabalho assemelha-se a uma despedida. Este segundo mestrado foi iniciado pelo apoio incondicional de minha mãe, Ivanise, que assumiu, em 2001, a missão de dar continuidade à criação de dois filhos, após o falecimento de meu pai, Antônio Carlos. Sua súbita passagem, em março de 2015, quebrou a estabilidade, confiança e segurança desta jornada.

Pensar em escrever estes agradecimentos me paralisou em muitos momentos. Iniciar este processo com o apoio de minha mãe, e encerrá-lo, por meio desta dissertação, sem ela, é como abdicar de uma lembrança presente diariamente. Finalizar este mestrado é deixar mais este momento na gaveta da saudade.

Ainda assim é tempo de agradecer, pois esta trajetória só se tornou então possível em razão de uma generosa rede de apoio e acolhimento formada ao meu redor.

Ao André, por ter se tornado, já na fase adulta, meu refúgio. À Adriana, por ser meu território de paz. Este trabalho só pode ser concluído porque cada qual representa um pilar fundamental na minha vida. Ao irmão, André, agradeço pelo apoio em todos os aspectos de minha vida e pela cuidadosa revisão deste trabalho. À minha companheira de vida, Adriana, agradeço pelo carinho, apoio, paciência e compreensão durante todo este processo em que me fiz ausente. Obrigada por me permitir viver este mestrado e cuidar neste período de nossos filhos, Oliver e Maria Alice.

Aos meus tios, Maria José e Arnaldo, por terem assumido uma imensa responsabilidade no cuidado de dois sobrinhos quase adultos. O carinho, amor e atenção dispensados amenizaram grandemente as piores dores que enfrentei na vida. Às tias, Maria Amália e Irene agradeço pelo afeto e torcida em todas as fases de minha vida.

À amiga e orientadora Professora Doutora Fernanda de Magalhães Dias Frinhani, por ter me acolhido como orientanda, ter acreditado na possibilidade desta pesquisa e, principalmente, ter sido tão compreensiva nos períodos mais críticos deste processo. Orientar é muito mais que uma tarefa acadêmica; é um trabalho psicológico carregado de muitas emoções. Minha gratidão por tanta generosidade.

À amiga e Professora Doutora Liliana Lyra Jubilut, por ter me apresentado ao Direito Internacional dos Refugiados e ter me acompanhado, ainda que a distância, durante todo este

processo. As conversas e discussões ao longo deste período certamente contribuíram para o aperfeiçoamento deste trabalho. Seu saber e humildade transcendem as palavras.

Às amigas e professoras, Lilian Muniz Bakhos e Patrícia Gorisch por se fazerem tão presentes, por me darem força quando eu mesma não tinha para seguir em frente no primeiro semestre de 2015 e me fazerem redescobrir a maior dádiva que Deus nos deu: a fé. Lilian me confiou, ainda, um afilhado ao longo desta jornada e me assegurou que minha família estava, novamente, crescendo.

À também amiga e colega de cátedra, Josieni Pereira de Barros por toda a paciência ao longo destes meses de humor instável. Seu apoio me é fundamental. Obrigada por ser um exemplo de profissional e ser humano no qual posso me espelhar.

Às amigas e professoras, Simone Alves Cardoso, Adriana Machado, Rita Zaher, Veronica Altes, Veronica Teresi e Rita Moreno pelos momentos leves de descontração. Juntas formamos uma grande rede de apoio.

À Universidade Católica de Santos, na pessoa da amiga e diretora da Faculdade de Direito, Professora Doutora Renata Soares Bonavides, pela qualidade dos professores da pós-graduação *stricto sensu* e pela oportunidade que me deram para cursar este Mestrado com bolsa integral.

À Professora Doutora Dorothee Susanne Rudiger e ao Professor Doutor Fabiano Lourenço de Menezes por aceitarem participar da banca de qualificação desta dissertação e por todas as valiosas contribuições.

A todos os professores do programa de pós-graduação *stricto sensu* da UniSantos, cuja dedicação e comprometimento em todos os módulos do programa fizeram de mim uma pesquisadora melhor.

Às funcionárias da Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UniSantos, Amanda Andrade e Márcia Leite por toda a paciência e dedicação no trato com os professores – alunos da casa.

Aos colegas de Mestrado que compõem o grupo *Party of Four*, André de Lima Madureira, Rachel de Oliveira Lopes e Jonathan Percivalle. A companhia de vocês trouxe leveza e alegria ao longo deste processo.

Agradeço a Deus pelas inúmeras oportunidades de evolução. Somente Ele para me dar forças para travar e superar cada uma das batalhas desta passagem e me permitir trilhar um caminho de contínua evolução espiritual.

Por fim, mas não menos importante, agradeço, *in memoriam*, aos meus pais, a quem dedico este trabalho. Meus professores de vida, me ensinaram o verdadeiro sentido das palavras “força” e “coragem”. Acreditaram em mim antes que eu me permitisse fazer isso. Agradeço por terem me proporcionado a melhor criação que poderia desejar e terem, cada qual a seu tempo, me apoiado e incentivado a cada nova etapa da minha vida acadêmica, profissional e pessoal. Que Deus me permita orgulhá-los sempre ao longo desta passagem.

*Voltarei mais velho e só
Com uma câmara na mão
Como um estrangeiro a visitar
Minha infância
E num mapa ilustrado está
Cada descrição
Das memórias de um lugar
Escola, prédio, lago, ponte, lar
Avenida
De onde veio, pra onde foi?
Quem eu era e quem eu sou?
Quando há algo familiar
É só o vento*

Cidade Natal – Ludov

RESUMO

O presente trabalho trata da evolução do conceito de refugiado e sua crescente interlocução com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Direito Internacional dos Refugiados tem origem após a Segunda Guerra Mundial e busca proteger cada vez mais indivíduos que, por terem seus direitos humanos (direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais) sistematicamente violados, são obrigados a deixar seus países em busca de proteção internacional em outro local. Mais do que identificar um indivíduo em situação de vulnerabilidade, é necessário reconhecê-lo enquanto refugiado e permitir a ele acesso a um sistema de direitos. Assim, o conceito de refugiado segue vital para o sistema de proteção resultando em constante expansão conceitual por via de interpretações à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesta perspectiva, este trabalho tem como objetivo específico analisar o conceito estabelecido pela Convenção de 1951 Relativa ao *Status* dos Refugiados e os avanços regionais que ampliaram o alcance da definição universal, especialmente no contexto regional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A abordagem de proteção utilizada no contexto das Américas é analisada à luz da Declaração de Cartagena de 1984, da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais instrumentos universais de proteção. Os avanços observados regionalmente são traduzidos em precedente recente do Sistema Interamericano, o Caso *Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia*. Os direitos assegurados, neste caso, demonstram que a região caminha para a consolidação de um sistema de proteção ao refugiado que prima pela análise de demandas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Muito embora o caso não tenha trazido avanços conceituais, trouxe uma série de avanços procedimentais que resultam no reconhecimento e proteção almejados por indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade. A metodologia empregada no presente trabalho é de abordagens descritivas e normativas, com base em pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. O trabalho utiliza obras de referência sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional dos Refugiados e sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O método utilizado é de abordagem dedutivo, pelo qual parte-se da construção do conceito de refugiado ao longo do século XX e da análise da complementaridade das vertentes de proteção da pessoa humana representadas no julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Refugiados. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Definição de Refugiado.

ABSTRACT

This study deals with the evolution of the refugee concept and its growing dialogue with the International Human Rights Law. International Refugee Law stems from the Second World War and seeks to protect more and more individuals whose human rights are systematically violated (civil and political rights and economic, social and cultural rights), and due to those violations are forced to leave their countries in search of international protection. More than identifying an individual in a situation of vulnerability, it is necessary to recognize him as a refugee and to allow him access to a system of rights. In this perspective, the concept of refugee remains vital for the system of protection resulting in constant conceptual expansion through interpretations in light of International Human Rights Law. Therefore, this work has the specific objective of analyzing the concept established by the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the regional advances that have broadened the scope of the universal definition, especially in the regional context of the Inter-American Human Rights System. The protection approach used in the context of the Americas is analyzed in the light of the 1984 Cartagena Declaration, the American Convention of Human Rights, and other universal protection instruments. The progress observed regionally is translated into a recent precedent of the Inter-American System, *Pacheco Tineo vs. Plurinational State of Bolivia*. The rights ensured in this case demonstrate that the region is moving towards the consolidation of a refugee protection system that is based on the analysis of demands in light of International Human Rights Law. Although the case has not brought conceptual advances, it has brought a series of procedural advances that result in the recognition and protection sought by individuals in situations of extreme vulnerability. The methodology used in this study is based on descriptive and normative approaches, based on bibliographical, documentary and jurisprudential research. The analysis uses reference works on International Human Rights Law, International Refugee Law and on the Inter-American Human Rights System. The method used is a deductive approach, starting with the construction of the concept of refugee throughout the twentieth century and analyzing the complementarity of the human protection aspects represented in the judgment of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: International Refugee Law. International Human Rights Law. Interamerican System of Human Rights. Refugee Definition.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

CONARE – Comitê Nacional para Refugiados

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DIH – Direito Internacional Humanitário

DIP – Direito Internacional Público

DIR – Direito Internacional dos Refugiados

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

OC – Opinião Consultiva

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIR – Organização Internacional para os Refugiados

ONU – Organização das Nações Unidas

OUA – Organização da Unidade Africana

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1. O INSTITUTO DO REFÚGIO	24
1.1 Histórico do Refúgio	24
1.2 Conceitos do Direito Internacional dos Refugiados: a definição universalmente aceita de refugiado trazida pela Convenção de 1951	37
1.2.1 A definição ampliada de refugiado adotada em contextos regionais	40
1.3 Princípios do Direito Internacional dos Refugiados.....	44
CAPÍTULO 2. O SISTEMA INTERAMERICANO E O INSTITUTO DO REFÚGIO	48
2.1. Os sistemas de proteção geral e específica de direitos humanos.....	48
2.2. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos	54
2.2.1. A América Latina como espaço de perseguição política: o asilo e o refúgio no contexto regional	55
2.2.2. O funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	60
2.3. O olhar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a questão do refúgio	66
CAPÍTULO 3. O CASO PACHECO TINEO v. BOLÍVIA	74
3.1. Apresentação do Caso no contexto da proteção geral aos refugiados na América Latina	74
3.2. A importância do Sistema Internacional de Proteção da Pessoa Humana na Definição Contemporânea de Refugiado	78
3.2.1. Os Direitos Humanos e a definição contemporânea de refugiado.....	83
3.2.2. Os Direitos Humanos e o conceito adotado no Caso Pacheco Tineo v. Bolívia	90
3.3. Outros padrões de Direito Internacional de Direitos Humanos para a proteção dos refugiados na América Latina a partir do caso Pacheco Tineo v. Bolívia	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUÇÃO

Perseguições deflagradas por uma multiplicidade de motivos – políticos, religiosos, sociais – permeiam a história antiga e contemporânea¹. Ainda assim, antes dos eventos marcados por duas grandes Guerras Mundiais, pelos conflitos no Oriente Médio e no continente africano, a estrutura dos Estados, no geral, manteve relativa estabilidade a despeito dos fluxos migratórios gerados².

Até o início do século XX, as migrações forçadas eram vistas com bons olhos pelos Estados de destino, seja por proporcionarem capital humano apto ao trabalho, seja pela possibilidade de estes indivíduos contribuírem economicamente com a sociedade³. Como os deslocamentos ocorriam em menor escala os impactos negativos eram absorvidos pelos resultados positivos.

O fenômeno de migrações em massa torna-se mais evidente e preocupante com o final da Primeira Guerra Mundial, quando grandes contingentes humanos, expulsos de seus lares, despidos de propriedades, nacionalidade e direitos, não podiam ser absorvidos em lugar algum⁴. Apesar disso, o desenvolvimento de um sistema protetivo universal só ocorreu em meados do século XX, consagrado pelo Direito Internacional dos Refugiados⁵.

Portanto, não é exagero dizer que a primeira metade do século XX trouxe os propulsores necessários à reconstrução e internacionalização de uma cultura de promoção e proteção da pessoa humana em praticamente todos os países afetados pelas mazelas deixadas pela Primeira e Segunda Guerras Mundiais⁶. As atrocidades cometidas neste período reforçaram a noção

¹ ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito Internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 20-27.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Schwartz, 2012. p. 330.

⁵ ANDRADE, José H. Fischel de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-127.

⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 117-145.

de que é dever dos Estados respeitar a característica de universalidade⁷ inerente a tais direitos, jamais condicionando sua titularidade a determinado grupo de pessoas⁸.

Até sua efetiva institucionalização e universalização, a aplicação do Direito Internacional dos Refugiados pode ser analisada por dois prismas⁹: a análise *institucional*, que leva em conta a assistência e proteção prestadas aos refugiados pelas organizações internacionais, e a análise *contratual*, baseada em instrumentos internacionais de proteção (convencionais e extra-convencionais) para conceituar quem é o indivíduo (ou grupo de indivíduos), sujeito de direitos, a merecer a proteção da comunidade internacional¹⁰.

O *refúgio* se apresenta como uma das inquietações mais visíveis e controvertidas¹¹ dos Estados na atualidade. Inúmeros grupos de indivíduos são obrigados a abandonar seu local de origem ou residência por diferentes razões; as mais comuns envolvem situações de violação de direitos humanos, conflitos armados ou a existência de regimes repressivos¹². Dados apontam que em 2015, 65.3 milhões de pessoas foram forçadas a sair do seu local de origem por estas razões no mundo¹³.

⁷ Como destaca Norberto Bobbio sobre a importância da *universalidade* de direitos trazida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948: “Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

⁸ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, Cesar Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004. p. 49.

⁹ No que tange à evolução do conceito de refugiado, que precede à 1951, será adotado neste trabalho a divisão histórica apontada por José Henrique Fischel de Andrade que divide este período em duas fases: a primeira compreendendo o período de 1921 a 1939 (período da qualificação objetiva); e a segunda compreendendo o período de 1938 a 1951 (período da qualificação subjetiva). Cf. ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996.

¹⁰ Ibid. p. 5.

¹¹ A controvérsia em torno da temática do refúgio cinge-se em relação a questões de segurança nacional e questões de ordem financeira dos Estados que recebem estes indivíduos. Em tempos de atentados terroristas, os governos e a própria sociedade têm oposto ainda mais resistência ao fluxo migratório. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/chefe-do-acnur-pede-mais-apoio-da-uniao-europeia-para-a-grecia-em-meio-a-crise-de-refugiados/>>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

¹² GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. *The refugee in international law*. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p.15-16.

¹³ Desta cifra, 20 milhões cruzaram as fronteiras de seus países para buscar refúgio. Somente nas seis primeiras semanas de 2016, 80.000 refugiados chegaram à Europa, ultrapassando o total de pessoas que se dirigiram ao continente nos primeiros quatro meses de 2015. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/news/latest/2016/6/5763b65a4/global-forced-displacement-hits-record-high.html>>; <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/cerca-de-80000-refugiados-chegam-a-europa-nas-primeiras-seis-semanas-de-2016/>>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

No âmbito regional, objeto do presente trabalho, a América Latina é região de destino e produção de refugiados. Enquanto produtora, estima-se¹⁴ que existam, atualmente, 7.765.980 indivíduos em situação preocupante, a merecer atenção da comunidade internacional. Deste número, apenas 197.898 foram reconhecidos como refugiados e 250.404 são indivíduos em situação de refúgio¹⁵. Por sua vez, enquanto região de destino de refugiados, estima-se que, do total de 7.659.144 indivíduos em situação preocupante, 87.294 são refugiados e 250.404 pessoas estão em situação de refúgio.

Somente a Colômbia gerou, ao longo dos últimos 50 anos de conflitos internos, mais de 340.000 refugiados que se deslocaram a países próximos como o Equador e a Costa Rica. Outros 6.9 milhões de deslocados internos foram gerados no período. Em 2015, a Colômbia foi considerado o 10º maior país produtor de refugiados do mundo.

Entre 2012 e 2015, o triângulo norte da América Central (Guatemala, Honduras e El Salvador) teve um aumento de cinco vezes no número de refugiados¹⁶. A natureza das perseguições se resumem basicamente a: crime organizado, violência de gangues e violência de gênero¹⁷. Nesta região os pedidos de asilo aumentaram quatro vezes entre 2010 e 2015 e os índices de mortes violentas perdem apenas para a Síria¹⁸.

Em comparação à visibilidade da crise dos refugiados da Europa, a Anistia Internacional é contundente: “esses milhões de pessoas são agora os protagonistas de uma das crises de refugiados menos visível no mundo”¹⁹. Isto significa que especial atenção há que ser voltada ao contexto regional das Américas.

¹⁴ Os dados estatísticos reproduzidos nos próximos parágrafos foram extraídos do Relatório do *Global Trends 2015* publicado pelo ACNUR em junho de 2016. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

¹⁵ Segundo o relatório *Global Trends*, esta classificação contempla grupos de pessoas que estão fora de seus países ou território de origem e não possuem proteção estatal, do mesmo modo que os refugiados não possuem, mas que, por razões diversas não tiveram o *status* de refugiado reconhecido.

¹⁶ Disponível em <<http://www.acnur.org/donde-trabaja/america/el-acnur-en-america-central-y-mexico/el-salvador-honduras-y-guatemala/>>. Acesso em 24 de outubro de 2016. Em 2015 eram 109.000 refugiados e solicitantes de refúgio.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.wola.org/analysis/five-facts-about-migration-from-central-americas-northern-triangle/>>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

¹⁸ Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf>>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

¹⁹ Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/pessoas-refugiadas-como-omissao-dos-governos-de-honduras-guatemala-e-el-salvador-coloca-pessoas-em-riscos-nas-americas/>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

É importante lembrar que, mais do que um dado estatístico, o refugiado é uma pessoa que, da mesma forma que um estrangeiro, está à mercê de outro país que não o seu²⁰. A única diferença é que, ao contrário do estrangeiro, o refugiado não tem mais relação (ou não deseja mais ter) com seu país de origem e, justamente por isso, carece de proteção estatal.

Na perspectiva do Direito Internacional Público, o Direito Internacional dos Refugiados compõe um dos eixos do Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana²¹, o qual se insere no Direito Internacional Público²². A proteção aos refugiados não se limita, portanto, às relações entre Estados, mas especialmente como estes se comportam diante daqueles em busca de refúgio²³. Desta forma, o reconhecimento do refúgio não é ato discricionário do Estado, pois este direito está vinculado a diplomas e hipóteses legais definidos internacionalmente.

A partir da Segunda Guerra Mundial, o refúgio passou a ser regulado internacionalmente por meio da Convenção de 1951 Relativa ao *Status* dos Refugiados e teve, posteriormente, sua abrangência ampliada pelo Protocolo de 1967 Relativo ao *Status* dos Refugiados. Tais documentos consistem em dois dos principais instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana, pois a definição de *refugiado* neles prevista demonstra a intenção de se evitar a repetição dos piores excessos ocorridos ao longo da Segunda Guerra²⁴.

Os novos fluxos de refugiados que surgiram ao redor do mundo ao longo das décadas de 1960 e 1970 até o final da Guerra Fria, consolidaram a necessidade de expansão da proteção; foi nesse intervalo de tempo que os Estados passaram a adotar instrumentos pioneiros de amparo que contemplassem especificidades regionais, como ocorreu com a edição da Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984²⁵.

Paralelamente a este fenômeno migratório que ocasionou a necessidade de expansão do sistema de proteção, os Estados – por questões econômicas e sob o argumento de prevalência

²⁰ HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. *The law of refugee status*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2014. p. 23.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (obra digital)

²² Ibid.

²³ GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. Op. cit. p.7.

²⁴ STEINBOCK, Daniel F. The Refugee definition as law: issues of interpretation. In: NICHOLSON, Frances; TWOMEY, Patrick. *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*. Cambridge University Press, 1999. p.14.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. O Direito de Asilo e a Proteção Internacional dos Refugiados. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). Op. cit. p. 34-35.

de segurança internacional²⁶ – passaram não apenas a fechar suas fronteiras, como a adotar medidas restritivas à entrada de pessoas em seus territórios, incluindo-se aí os solicitantes de refúgio. Esta tendência se explica pela própria evolução história do conceito (ou princípio) de soberania²⁷, que, entre tantos outros poderes, legitima ao Estado o monopólio da mobilidade dos indivíduos²⁸.

Importante ressaltar que a limitação à mobilidade dos indivíduos e o impedimento à sua entrada em um território que os deixe a salvo do risco ou da perseguição sofrida importa em nova violação de direitos e não se coaduna com o preceituado no artigo 14²⁹ da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948³⁰ e com a evolução das relações entre os Estados ao longo das últimas décadas, onde a ideia de cooperação e responsabilidade internacional se impõem.

De qualquer forma, atualmente o *status* de refugiado é reconhecido a qualquer pessoa que, devido a um fundado temor de perseguição por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, seja obrigada a deslocar-se de seu Estado de origem e/ou residência habitual para outro Estado, onde realizará o pedido de proteção³¹. Os cinco motivos de reconhecimento do status de refugiados mencionados estão ligados a direitos civis e políticos assegurados na esfera internacional e que, no caso dos refugiados, são reiteradamente violados³².

Além desses motivos tradicionalmente aceitos, James C. Hathaway, por sua vez, traz outros fatores para a definição da condição de refugiado, quais sejam: (i) que o solicitante seja estrangeiro com nacionalidade diversa do Estado no qual busca o refúgio; (ii) que existam fatos

²⁶ ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA Julia Bertino. Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios. *Revista de Sociologia Política*, v. 18, n.37. Curitiba, 2010. p. 17-30.

²⁷ O desenvolvimento do Direito Internacional está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento do conceito ou do princípio da soberania, como destaca Olavo de Bittencourt Neto: “Os direitos soberanos são aplicáveis domesticamente, como um poder superior sobre a população de um determinado território, bem como internacionalmente, relativas à independência e igualdade entre nações. Jurisdição estatal completa, entendida como a capacidade de exercer todas as funções públicas, abrangendo a jurisdicional, executiva e judicial; homólogos, estará circunscrita ao respectivo território nacional, e deve ser oferecido em conformidade com o Direito Internacional”. In: BITTENCOURT NETO, Olavo de. *The elusive frontier: revisiting the delimitation of outer space*. IAC-12.E7.1.9. Para compreender a evolução do conceito de soberania vide: SHAWM, Malcom, N. *International Law*. Sixth ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1-69.

²⁸ ROCHA, Rossana Reis. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* – vol. 19, nº 55. p. 150.

²⁹ O conceito geral de asilo é trazido pelo artigo 14, (1) da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que prevê: “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”.

³⁰ Como será analisado ao longo deste trabalho, o Direito Internacional dos Refugiados deriva da matriz axiológica fixada pela própria Declaração Universal de Direitos Humanos. Cf. JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 56.

³¹ Convenção de 1951, artigo 1º, (A), 2.

³² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 44.

objetivos e um risco genuíno de temor; (iii) que haja perseguição e risco de graves danos, sendo o Estado de origem incapaz de proteger o solicitante; (iv) que o risco ou temor do solicitante tenha nexos com raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política; (v) que exista uma necessidade real e um direito legítimo para a proteção³³.

A configuração dessas hipóteses para o reconhecimento do direito ao refúgio constitui o parâmetro mínimo que deve ser resguardado por todos que assumiram compromisso internacional na proteção aos refugiados³⁴.

A Convenção de 1951 autoriza ainda que os Estados adotem outras medidas protetivas a estes indivíduos, como se deu no caso do Brasil, por exemplo, que inseriu a situação de *grave e generalizada violação de direitos humanos*³⁵ no ordenamento jurídico interno – em consonância com a Declaração de Cartagena para Refugiados de 1984 - como justificativa para o reconhecimento do refúgio³⁶.

A realidade demonstra, contudo, que a despeito dos inúmeros diplomas internacionais estabelecendo deveres por parte dos Estados na proteção de acolhimento de refugiados, tais medidas não andam na mesma velocidade do fluxo contínuo de refugiados³⁷, cujos direitos são ainda constantemente violados, seja pelo não reconhecimento de seu *status*, seja pela negativa de efetivação dos direitos consignados nos tratados internacionais e leis domésticas. Nesta perspectiva, as Cortes Internacionais são cada vez mais provocadas para garantir que os Estados cumpram as obrigações internacionais assumidas³⁸.

Importa ressaltar, no entanto, que o acesso às Cortes internacionais, com vistas à proteção dos direitos dos refugiados deverá ser justificado por meio da violação das normas do Direito Internacional de Direitos Humanos, já que o Direito Internacional dos Refugiados não prevê a judicialização internacional da violação das normas sobre refúgio³⁹.

³³ HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. Op. cit. p.13-16.

³⁴ Artigo 5º da Convenção de 1951 - Nenhuma disposição desta Convenção prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados, independentemente desta Convenção.

³⁵ A Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997 define os mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e apresenta em seu artigo 1º as hipóteses para reconhecimento do *status* de refugiado.

³⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 44-45.

³⁷ O mandato do ACNUR foi estendido indefinidamente em razão da grave crise humanitária vivida na atualidade. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c80.html>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.

³⁸ CANTOR, David James. Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence. *Refugee Survey Quarterly*, 2015, 34, 81. Oxford: Oxford University Press.

³⁹ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2013.

Ainda assim, as decisões proferidas pelas Cortes Internacionais em casos de refúgio não são uniformes. A razão é simples: as cortes não trabalham com o mesmo roteiro de proteção⁴⁰. Alguns documentos trazem maior gama de direitos e possuem interpretações diferentes em cada sistema de proteção. Some-se a isso o fato das Cortes lidarem com casos muito diferentes entre si. Estabelecer uma jurisprudência padrão, nestas condições, é extremamente complexo.

No contexto regional, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos atua na proteção aos migrantes forçados há muitos anos. Diante de um cenário migratório tão alarmante, não é surpresa que seja instado a se pronunciar ainda mais.

Ao longo das últimas décadas, o Sistema lidou, porém, com casos de asilo político⁴¹, espécie do gênero *asilo* em sentido amplo, este último previsto no artigo 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Muito embora a doutrina anglo-saxã não faça distinção entre asilo e refúgio⁴², utilizando ambas as terminologias para identificar o que de fato se compreende por *refúgio*, no âmbito das Américas os institutos possuem outra conotação, compreendendo o gênero asilo as espécies *asilo político* – subdividido em asilo diplomático e territorial – e o *refúgio* propriamente dito⁴³.

Portanto, no continente europeu não há a figura do asilado, sendo identificado tão somente o solicitante de asilo, que, tendo seu pedido deferido torna-se um refugiado nos moldes do regime internacional dos refugiados. Nesse sentido, a forma que o instituto do asilo foi construído na América Latina é relevante para determinar que tipos de pessoas serão enquadradas sob a proteção de seus instrumentos jurídicos.

Isso fica claro na decisão proferida pela Corte Interamericana em 25 de novembro de 2013 no caso *Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia*⁴⁴. A análise desse precedente deixa claro que a Corte Interamericana vem buscando adotar um conceito de refugiado

⁴⁰ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 86.

⁴¹ Segundo André de Carvalho Ramos, o asilo político “consiste no conjunto de regras que protege o estrangeiro perseguido por motivos políticos e, que, por isso, não pode permanecer ou retornar ao território do Estado de sua nacionalidade ou residência”. RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (orgs). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 16.

⁴² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 37.

⁴³ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2011. p. 15-16.

⁴⁴ Caso *Família Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolívia*, Sentença de 25 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf>. Acesso em 22 de fevereiro de 2016.

que contemple toda evolução interpretativa dos instrumentos jurídicos que norteiam seu sistema de proteção.

Neste julgado os institutos de Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos convergiram de forma até então inédita, implicando o estabelecimento de um novo conceito específico para o *direito de asilo* em âmbito regional, que passou a contemplar a modalidade específica do *status* de refugiado segundo o conceito universal trazido pela Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967.

À medida que, aparentemente, não há uniformidade entre os sistemas internacionais de proteção no procedimento de reconhecimento do status de refugiado, é relevante analisar as contribuições conceituais e procedimentais derivadas deste precedente produzido pelo Sistema Interamericano que pode servir como paradigma a outras jurisdições em busca da maior proteção à pessoa humana.

Percebe-se, assim, a pertinência e atualidade de analisar a evolução do conceito de “refugiado” em âmbito universal e posteriormente regional, identificando-se a interação e complementariedade do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados como elementos fortalecedores da proteção ao indivíduo em condição de refúgio. Isto porque, todo o sistema internacional de proteção aos refugiados depende da existência de um conceito que permita a melhor proteção a estes indivíduos.

A relevância desta análise se traduz, inclusive, em *Reunião de Alto Nível sobre Grandes Movimentos de Refugiados e Migrantes* realizada na sede da Organização das Nações Unidas em 19 de setembro de 2016. Nesta oportunidade, 193 países “se comprometeram a reforçar a proteção de milhões de pessoas que foram forçadas a se deslocar ou que estão em movimento ao redor do mundo”⁴⁵ através do início de negociações que levem a uma Conferência Internacional e à adoção de um Pacto global para uma migração segura, ordenada e regular em 2018.

Os compromissos assumidos resultaram na *Declaração de Nova York* que, entre outras conclusões, reafirmou que os refugiados têm seus direitos derivados de princípios albergados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito Internacional dos Refugiados⁴⁶.

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/declaracao-de-nova-york-e-uma-oportunidade-unica-para-refugiados-afirma-chefe-de-protecao-do-acnur/>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

⁴⁶ Declaração de Nova York, para. 5 e 6. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

O presente trabalho tem como objeto a análise do conceito de refugiado a partir de uma perspectiva histórica até sua definição contemporânea à luz do Direito Internacional Público, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a interação e convergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados e como esta interação pode aperfeiçoar, conceitualmente ou procedimentalmente, a proteção oferecida aos mais de 65 milhões de indivíduos que vivem, atualmente, em situação de refúgio.

Para tanto, estabelece os seguintes objetivos específicos: (i) analisar a evolução histórica do instituto do refúgio a partir da construção do conceito de refugiado ao longo das últimas décadas pelos instrumentos de proteção internacionais promulgados; (ii) identificar as peculiaridades do sistema interamericano de Direitos Humanos no que tange à proteção de refugiados e solicitantes de asilo e como este sistema tem se comportado em casos de migração no reconhecimento do *status* de refugiado, seja pelo viés conceitual ou procedimental; (iii) identificar o potencial da decisão emanada no âmbito regional pela Corte Interamericana no caso *Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia* em ampliar, em alcance e conteúdo, os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O problema central do presente trabalho consiste em demonstrar que, no atual cenário de crise migratória, os eixos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados demandam maior interação e convergência para proporcionar a melhor e mais efetiva proteção a pessoa humana. O debate sobre a evolução do conceito de refugiado, dos procedimentos necessários a serem aplicados pelos Estados e o comportamento dos sistemas de proteção internacionais em casos de migração é necessário para maior envolvimento da comunidade acadêmica e daqueles que atuam diretamente com a questão, permitindo, assim, o desenvolvimento de estratégias e soluções para mitigar um dos graves problemas da humanidade.

Quanto à metodologia empregada no presente trabalho, optou-se por abordagens descritivas e normativas, com base em pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Serão utilizadas obras de referência sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional dos Refugiados e sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Será utilizado o método de abordagem dedutivo, pelo qual parte-se da construção do conceito de refugiado ao longo do século XX e da análise da complementaridade das vertentes de proteção da pessoa humana representadas no julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos

Humanos, para assim demonstrar que a interação dos eixos de proteção é benéfica ao aperfeiçoamento do sistema de proteção.

Em relação às referências bibliográficas, optou-se pela utilização do sistema *nota de rodapé*. As citações em língua estrangeira foram traduzidas do original para o português pela autora sendo de sua responsabilidade qualquer equívoco presente. Tais citações encontram-se no idioma original em notas de rodapé para dirimir quaisquer dúvidas.

O presente trabalho foi construído em três capítulos. O primeiro capítulo, “O Instituto do Refúgio” apresenta uma abordagem histórica e conceitual do instituto para que se possa compreender em que bases o mesmo foi construído e qual o alcance de proteção proporcionado pelos instrumentos de proteção mais relevantes. O capítulo apresenta o (i) histórico do refúgio para a necessária compreensão da construção do conceito de refugiado, bem como (ii) o conceito universalmente aceito do Direito Internacional dos Refugiados a partir da perspectiva trazida pela Convenção de 1951 e sua (iii) evolução em contextos regionais, para então apresentar os (iv) princípios que regem o Direito Internacional dos Refugiados.

Posteriormente, no segundo capítulo, o foco do estudo está voltado ao “Sistema Interamericano e o Instituto do Refúgio”. O capítulo parte de breve descrição dos (i) sistemas de proteção geral e específica de direitos humanos para então analisar com maior minúcia o desenvolvimento da proteção proporcionada regionalmente pelo (ii) Sistema Interamericano de Direitos Humanos através da necessária contextualização acerca da (iii) América Latina como espaço de perseguição política; abordando, sequencialmente, (iv) o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a análise da evolução de sua interpretação sobre a temática do refúgio.

A partir das premissas traçadas nos primeiros capítulos, o terceiro capítulo centra-se na análise do “Caso *Pacheco Tineo v. Bolívia*”. Após a (i) apresentação do caso sob uma perspectiva cronológica de violação de direitos, é retomado o conceito de refugiado no enfoque do (ii) Sistema Internacional de Proteção da Pessoa Humana. A abordagem circular do conceito é fundamental para estabelecer a (iii) definição contemporânea de refugiado e o importante papel desenvolvido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção de refugiados. Estabelecidas as premissas básicas à construção deste capítulo, o caso *Pacheco Tineo* será retomado para (iv) identificação dos padrões de direitos humanos empregados no conceito adotado pela Corte bem

como a identificação de (v) outros padrões de proteção que possam utilizados na proteção dos refugiados na América Latina.

No último capítulo serão, portanto, apresentadas os resultados da pesquisa a partir do cotejo evolutivo da definição de refugiado e como a Corte Interamericana de Direitos Humanos proporcionou proteção à Família Pacheco Tineo estabelecendo procedimentos específicos a serem observados pelo Estado violador em casos de pedido de refúgio. Seja pelo viés conceitual ou procedimental, o último capítulo demonstra que é necessária maior convergência e interação das vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados no reconhecimento e efetivação de proteção a indivíduos que estejam vivendo em situação de refúgio.

CAPÍTULO 1. O INSTITUTO DO REFÚGIO

1.1 Histórico do Refúgio

A história da humanidade é repleta de períodos que descrevem a necessidade de pessoas abandonarem seus locais de origem em busca de proteção. A busca por *asilo*⁴⁷ está presente na Bíblia e história da humanidade há milênios, por diversos motivos, seja pela necessidade de fugir em virtude de crimes cometidos, seja por privações ambientais ou mesmo como resultado de discriminações a grupos sociais ou religiosos deflagradas pelos governantes⁴⁸.

A migração forçada revela uma situação que não decorre exclusivamente da vontade da pessoa em situação de refúgio, mas é acrescida de elementos que a obrigam a abandonar seu lar em prol de sua própria sobrevivência. Não sendo mais possível permanecer onde estava, o indivíduo migra para se ver longe da causa para seus problemas e em busca de proteção em um novo lugar⁴⁹.

Hugo Grocio⁵⁰ sustentava que o *asilo* decorria de “um direito natural e uma obrigação do Estado”⁵¹. Neste sentido, a responsabilidade pela proteção de indivíduos que são forçados a sair de seu país de origem tornou-se objeto de discussão e tema de constante preocupação do Direito Internacional e da doutrina, seja pelo arcabouço de normas necessário a proteger tais pessoas, seja

⁴⁷ O asilo e refúgio possuem a mesma origem histórica, mas compreendem, atualmente, no âmbito da América Latina, institutos jurídicos diversos, razão pela qual os termos serão utilizados, num primeiro momento, como sinônimos de busca por proteção. A definição adotada regionalmente será trazida no capítulo 2 quando for analisado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

⁴⁸ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 07-09.

⁴⁹ Ibid. p. 09.

⁵⁰ O holandês Hugo Grocio exerceu grande influência no desenvolvimento do instituto do asilo. Responsável pela nova concepção do Direito Natural e considerado criador do Direito Internacional, seu pensamento preconizava que: “(...) a lei natural que regula a convivência das diversas nações é o Direito das Gentes e esse direito é um fragmento destacado da lei natural. Para Grocio, tanto as relações entre os indivíduos, tão somente, como as relações entre os indivíduos e os governos, e, por fim, as relações entre os diversos Estados Soberanos baseiam-se na ideia de um contrato. Tais pactos são de cumprimento obrigatório, porque impostos pelas próprias partes que o assinam. É dessa posição que surge a famosa máxima do Direito Internacional: *pacta sunt servanda* (“Os pactos existem para serem cumpridos”). Saliente-se que os contratos eram feitos pela reta razão que, por meio do uso do raciocínio dedutivo, aquilatava os princípios do Direito Natural pertinentes ao caso em tela”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 281.

⁵¹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 2001. p.108-109.

pela suposta “ameaça” que representam à segurança nacional do Estado que as acolhe. Como destaca Guy S. Goodwin-Will:

O refugiado ocupa um espaço legal no direito internacional caracterizado, por um lado, pelo princípio da soberania do Estado e princípios relacionados à supremacia territorial e autopreservação; e, por outro lado, pela concorrência de princípios humanitários decorrentes do direito internacional (incluindo os propósitos e princípios das Nações Unidas) e de Tratados⁵².

Observa-se a preocupação com os fluxos migratórios desde a Idade Antiga, quando o desenho de normas e princípios como o *non-refoulement*, praticados atualmente, já pode ser identificado⁵³. Como destaca José Henrique Fischel de Andrade:

É interessante notar que vários dos princípios e normas hoje aplicáveis pelo Direito Internacional dos Refugiados já estavam presentes, *mutatis mutandis*, na Antiguidade Clássica. Um bom exemplo se encontra na tragédia “As Suplicantes”, escrita por Ésquilo há quase 2.500 anos. Ela contém referências à existência de um procedimento determinado a se seguir no que respeita à solicitude de refúgio; à já mencionada inviolabilidade do asilo; à impossibilidade de se seguir, quando se está fugindo, os procedimentos migratórios normais – o que deve isentar o faltoso de sanção por ingresso ilegal no território do país onde se busca proteção -; ao princípio da não-devolução; e ao direito de asilo, reconhecido milênios mais tarde no artigo XIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁵⁴.

Na história mais recente, o aparecimento sistemático de refugiados pode ser identificado a partir do século XV, com a expulsão e migração forçada, em 1492, de judeus da região atual da Espanha em virtude de questões religiosas. Ao longo do século XVI, muçulmanos nacionais do Império Otomano, também são expulsos da região que se tornou rival dos Estados ibéricos no mediterrâneo. Entre 1577 e 1630, protestantes são expulsos dos Países Baixos por não

⁵² Tradução livre. No original: “The refugee in international law occupies a legal space characterized, on the one hand, by the principle of State Sovereignty and the related principles of territorial supremacy and self-preservation; and, on the other hand, by competing humanitarian principles derived from general international law (including the purposes and principles of the United Nations) and from treaty.” GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. Op. cit. p.1.

⁵³ A Idade Antiga é compreendida como o período do ano 4.000 antes de Cristo até o ano 476 depois de Cristo, quando ocorreu a queda do Império Romano do Ocidente. A prática de concessão de asilo em território estrangeiro, por exemplo, é encontrada em referências de textos escritos há 3.500 anos, quando surgiram os antigos impérios do Oriente Médio como o de Hitita, o império Babilônico, Assírio e Egípcio antigo. Há indícios, inclusive, que o direito de asilo e o princípio hoje conhecido como *non-refoulement* (tal princípio proíbe a devolução do solicitante de refúgio e/ou do refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo) tiveram sua origem neste período. ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 2001. p.100-113.

⁵⁴ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 2001. p. 102.

terem aderido à religião oficial. Finalmente, no século XVIII, novamente com base no argumento religioso, puritanos, *quakers* e católicos irlandeses são expulsos da Grã-Bretanha⁵⁵.

Foi na França iluminista do século XVIII que a positivação do *direito de asilo* surgiu pela primeira vez em uma Constituição⁵⁶. O fundamento jurídico da elevação deste direito a nível constitucional já pode ser encontrado, contudo, nos ideais consagrados anos antes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu os direitos à segurança, à proteção e à dignidade⁵⁷.

Este progresso não foi, entretanto, replicado nas décadas que se seguiram pela Europa, onde o direito subjetivo sobre acolhimento de estrangeiros em seu território (direito à proteção) voltou a ser uma prerrogativa estatal⁵⁸.

Pode-se dizer, neste sentido, que a comunidade internacional passou a se preocupar efetivamente com a questão do refúgio somente a partir do século XX, ao agir de forma coordenada e institucionalizada por intermédio das atividades da Liga das Nações⁵⁹.

Ao contrário do que o senso comum poderia sugerir, o final da Primeira Guerra Mundial não fez cessar o surgimento de novos refugiados. Além dos refugiados políticos (ocasionados precisamente pelo conflito), muitos surgiram pela ausência de proteção estatal fruto do desemprego generalizado, do nacionalismo político e econômico, e de restrições migratórias intensificadas neste período⁶⁰.

⁵⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 23-24.

⁵⁶ Como descreve José Henrique Fischel de Andrade: “o artigo 120 da Constituição francesa, de 24 de junho de 1793, afirmava que o povo francês ‘dá asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da Liberdade. Recusa-o aos tiranos’. À época, a Assembleia Nacional declarou que ‘em nome da Revolução francesa, conceder-se-ia fraternidade e socorro a todos os povos que desejassem readquirir sua liberdade, encarregando o Poder Executivo de dar aos generais as ordens necessárias para que se levasse ao socorro a esses povos e para que se defendesse seus cidadãos quando tivessem sido prejudicados, ou ainda pudessem sê-lo, por amor à liberdade’”. Cf. ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 16.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. p. 16-17.

⁵⁹ A Liga das Nações (ou Sociedade das Nações) foi criada em 1919 após o fim da Primeira Guerra Mundial com o objetivo de ser um órgão internacional para contenção das guerras. Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, os objetivos da Liga não prosperaram e esta acabou dissolvida em 1946, com a criação da Organização das Nações Unidas. Ibid. p. 22-25.

⁶⁰ Estima-se que no período de 1914 e 1922 o número de refugiados gerados pela Primeira Guerra Mundial e pela Revolução Russa oscilou entre 4 a 5 milhões de pessoas. Cf. HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 58.

Essa multiplicidade de causas geradoras de refugiados influenciou, assim, na escolha do tipo de proteção a ser provida pela comunidade internacional a estes indivíduos. Tal proteção passou a ser, a partir dali, objeto de preocupação e institucionalização mais coordenada⁶¹.

Foi durante este período que o mundo conheceu uma nova figura jurídica, os denominados apátridas⁶² que no futuro passariam a ser classificados também como refugiados.

Hannah Arendt descreve que, ao serem deliberadamente despidos de sua nacionalidade, não em razão não de suas convicções políticas ou religiosas, mas pelo que “imutavelmente eram”⁶³, estas pessoas não podiam mais contar com nenhum sistema de proteção de direitos (não tinham o direito de ter direitos) e tornaram-se o “refugo na terra”⁶⁴.

Num primeiro momento, a proteção aos refugiados não foi adotada em caráter amplo e irrestrito, sendo cautelosamente voltada a grupos específicos de refugiados, “vez que se partia de critérios coletivos para se qualificar uma pessoa como refugiada, ou seja, baseado unicamente em função de sua origem, nacionalidade ou etnia”⁶⁵.

Ainda que não tenha negado proteção jurídica aos refugiados, a Liga da Nações e seus órgãos não chegaram a definir o conceito de refugiado no Pacto que a instituiu; as ações de proteção por ela deflagradas foram pautadas em virtude de apelos específicos, ou de políticas e simpatias humanitárias⁶⁶.

Como destaca José H. Fischel de Andrade, muito embora não existisse previsão específica no Pacto que instituiu a Liga das Nações acerca da problemática dos refugiados, a organização passou a sofrer intensa pressão para buscar soluções em razão do grande volume de pessoas em busca de proteção, pois “o sentimento geral era o de que esta seria a instituição que melhor poderia combinar a autoridade moral para representar os direitos dos refugiados com a necessária abordagem prática dos problemas criados para os Estados que os recebiam”⁶⁷.

⁶¹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 22.

⁶² Por apátrida, entenda-se o indivíduo que nasce sem nacionalidade, porque não lhe pode ser aplicado o princípio do *ius soli*, tampouco do *ius sanguinis*, ou ainda, o indivíduo que teve sua nacionalidade retirada pelo Estado, encontrando-se sem proteção de um Estado nacional, e se vê obrigado a depender da proteção de um terceiro Estado.

⁶³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Schwartz, 2012. p. 330.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 31.

⁶⁶ Ibid. p. 23-24. Há que se considerar, contudo, que o cenário das relações internacionais não permitia maior atuação da Liga das Nações sem que a Organização sofresse hostilidades de potenciais Estados-membros que tivessem negado proteção a estes indivíduos.

⁶⁷ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 2001. p. 119-120.

Com a Revolução Russa de 1917, houve um deslocamento em massa de refugiados, o que levou a Liga das Nações a apontar o primeiro Alto Comissário para os Refugiados Russos, Fridtjof Nansen⁶⁸. Durante este período, uma série de acordos e ajustes foi realizada pelo Alto Comissariado para os Refugiados Russos para a concessão de um documento, o Passaporte Nansen, aos refugiados russos (1922), benefício estendido posteriormente aos armênios (1926) e mais tarde aos assírios, assírio-caldeus, turcos e montenegrinos (1928)⁶⁹.

O Passaporte Nansen funcionava como Certificado de Identidade e permissão ao titular para regressar ao país emitente. Os refugiados que puderam se beneficiar deste documento de identificação, especialmente aqueles cuja nacionalidade fora retirada, tiveram minimamente restaurada sua noção de identidade, uma vez que “num mundo cada vez mais burocratizado, não tinham existência burocrática em qualquer Estado”⁷⁰. Em 1922, em razão da relevância do trabalho realizado, Fridtjof Nansen recebeu o Prêmio Nobel da Paz⁷¹.

Apesar de terem ocorrido em períodos semelhantes, a crise dos refugiados armênios foi muito diferente dos refugiados russos⁷². Isto porque, enquanto os russos migraram em virtude da discordância com o regime socialista vigente e por questões econômicas⁷³, os refugiados armênios foram perseguidos pelos turcos, que lhes tomaram a nacionalidade⁷⁴ e propriedades.

Esta situação de apatridia e ausência de proteção jurídica estatal exigiu uma junção de esforços⁷⁵ da comunidade internacional, notadamente para o desenvolvimento de soluções duráveis, como o reassentamento para mitigar a crise dos quase 400.000 indivíduos armênios⁷⁶.

⁶⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p.75-76

⁶⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p.75-76.

⁷⁰ HOBBSAWN, Eric. Op. cit., 1995. p. 57.

⁷¹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p.39-40.

⁷² Considera-se que o primeiro grande genocídio da história da humanidade ocorreu com a população armênia, onde cerca de 1,5 milhão de armênios foram deportados e massacrados pelo Império Otomano, entre 1915 e 1923. Ibid. p. 47-50.

⁷³ Especialmente os judeus que, discriminados pelo regime vigente, não tinham condições de exercer suas atividades laborativas e conseqüentemente subsistir. Ibid. p. 33-35.

⁷⁴ Uma lei promulgada em 23 de maio de 1927 autorizava o Conselho de Ministros turco a subtrair a nacionalidade turca dos cidadãos que não tivessem participado do movimento nacional de independência ou estivessem fora da Turquia após 24 de julho de 1923. Ibid. p. 48.

⁷⁵ Os diálogos travados no âmbito da Liga da Nações para ajudar os refugiados armênios denotam os princípios básicos de cooperação, assistência e busca de soluções duráveis que permearia, nas décadas seguintes, o Direito Internacional dos Refugiados.

⁷⁶ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 50-52.

As aparentes deficiências – e dificuldades – de definição⁷⁷ sobre quem seria considerado refugiado no Ajuste de 1922 (refugiados russos) e no *Plano Relativo à Expedição dos Certificados de Identidade para os Refugiados Armênios* (Plano de 1924), foram sanadas pelo *Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para os Refugiados Russos e Armênios* (Ajuste de 1926) que trouxe a primeira definição jurídica de *refugiado*⁷⁸.

Não sendo possível aplicar uma definição genérica⁷⁹, cada grupo merecedor da proteção internacional contou com uma definição sutilmente diferente no Ajuste de 1926:

Russos: toda pessoa de origem russa que não goze, ou que não mais goze, da proteção do governo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e que não tenha adquirido outra nacionalidade.

Armênios: toda pessoa de origem armênia, preteritamente cidadã do Império Otomano, que não goze, ou que não mais goze, da proteção do governo da República Turca e que não tenha adquirido outra nacionalidade⁸⁰.

Perceba-se que, enquanto a definição de refugiado russo se restringiu a aspectos territoriais e não étnicos - o que permitiu que diferentes etnias presentes no território russo pudessem gozar de proteção - a definição de refugiado armênio apresentou qualificação étnica, necessária a identificação precisa dos indivíduos que sofriam perseguição⁸¹.

Em 1929, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, na iminência de ter seu mandato encerrado, passou a ser subordinado à Liga das Nações uma vez que a questão dos refugiados ainda estava longe de ser encerrada⁸². Em 1930, estabeleceu-se o Escritório Nansen para os Refugiados⁸³, cuja grande conquista foi a instituição da Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados de 1933, adotada pela Liga das Nações⁸⁴.

⁷⁷ Interessante notar que os acordos e ajustes realizados neste período para proteger estes indivíduos foram desenhados sob diferentes perspectivas no que tange ao reconhecimento do *refugiado*. No que tange aos refugiados russos, o *Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para os Refugiados Russos* (Ajuste de 1922) não definiu o que poderia se compreender como *refugiado russo*, limitando-se a declinar que se tratava de indivíduo de *origem russa* que não tivesse adquirido outra nacionalidade. Ibid. p. 33-35.

⁷⁸ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 50-52.

⁷⁹ José Henrique Fischel de Andrade justifica que uma definição genérica – e mais abrangente – não pode ser adotada em razão dos Ajustes e Planos anteriormente formulados terem sido assinados por número diferente de Estados o que denota um dissenso na comunidade internacional no que tange a quem se comprometeria a proteger tais indivíduos. Ibid.

⁸⁰ *Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para os Refugiados Russos e Armênios*, 1926.

⁸¹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 52-53.

⁸² JUBILUT, Líliliana Lyra. Op. cit. p.75-76.

⁸³ O Escritório Nansen para os Refugiados foi assim denominado em homenagem ao Dr. Nansen, falecido em 1930.

⁸⁴ JUBILUT, Líliliana Lyra. Op. cit. p.75-76.

Embora a Convenção tivesse conteúdo limitado, a positivação da proteção do Direito Internacional dos Refugiados pode ser identificada a partir de sua criação⁸⁵, contemplando, ainda, o princípio de *non-refoulement*, que consiste em um imperativo de Direito Internacional reconhecido nas décadas seguintes⁸⁶.

A situação jurídica dos refugiados, suas condições de trabalho, bem-estar, assistência, educação e regime fiscal também foram tratadas na Convenção de 1933, que deixou a desejar, entretanto, quanto à conceituação de quem poderia ser considerado *refugiado*⁸⁷. Isso porque o instrumento não introduziu nenhuma nova definição, deixando a cargo de cada Estado-contratante a introdução de modificações ou ampliações na definição⁸⁸, o que, diante do panorama político econômico mundial da época não despertou interesse dos Estados em modificar ou ampliar o alcance daquele instrumento.

Observa-se, desde essa época, a reticência da comunidade internacional em abordar o tópico da definição *do refugiado* de forma mais abrangente. Qualquer conceito mais abrangente implicaria na obrigação dos Estados de garantir o reconhecimento a mais indivíduos do que a necessidade demandava.

Poucos anos depois, com o nascimento e fortalecimento do nacional-socialismo na Alemanha, surgiu um novo grupo de refugiados, os judeus alemães. Este grupo não pôde ser auxiliado pelo Escritório Nansen para Refugiados, pois a Alemanha, membro da Liga das Nações, manifestou-se contrariamente ao reconhecimento desse grupo de pessoas perseguidas. A pressão sofrida pelo Escritório Nansen para manter-se distante deste problema levou à criação de um órgão específico para ajudar esse grupo de pessoas: o Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha, cuja competência foi posteriormente expandida para atender, também, a demanda de refugiados judeus-austríacos⁸⁹.

Esta passagem histórica é extremamente relevante pois, como será analisado no capítulo 3, marca o surgimento de um novo elemento – não mais restrito à origem nacional – na

⁸⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p.75-76.

⁸⁶ LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). Op. cit, 2001. p. 183-184.

⁸⁷ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 75.

⁸⁸ A Convenção de 1933 foi ratificada apenas por oito Estados, além de ter sofrido várias reservas no que concerne à proibição da expulsão do refugiado. O artigo 1º da Convenção dispõe: “A presente Convenção é aplicável aos refugiados russos, armênios, e assimilados, tal como definidos pelos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, sujeitos às modificações ou ampliações no momento da assinatura ou da adesão”

⁸⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p.76-77.

definição de refugiado: o da perseguição⁹⁰. Sua dimensão, todavia, foi subestimada pelo mundo no início do governo nazista⁹¹.

Em virtude da aproximação do término do mandato do Escritório Nansen para Refugiados e do Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha ao final de 1938, tornou-se clara a necessidade de criação de um órgão capaz de proporcionar proteção às vítimas de perseguição independentemente de sua nacionalidade. É nesse contexto que foi criado o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, que levou ao encerramento das atividades dos dois órgãos mencionados⁹².

Ainda em 1938 foi criado o Comitê Intergovernamental para Refugiados (CIR). Este organismo teria como objetivo atuar de forma complementar às atividades de proteção aos refugiados desenvolvidas pelo Alto Comissariado da Liga das Nações e teve por grande mérito buscar, finalmente, definir o termo *refugiado*⁹³.

Os trabalhos desenvolvidos pelo CIR fizeram menção, assim, à motivação da fuga dos refugiados, incluindo-se opiniões políticas, credos religiosos e origem racial como causas a ensejar o direito de refúgio, ao mesmo tempo que o CIR se tornou o primeiro organismo internacional que reconheceu como *refugiado* os indivíduos que ainda se encontrassem em seu país de origem e, conseqüentemente, aptos a receber proteção e assistência internacional⁹⁴.

É ilustrativa, nesse sentido, a seguinte passagem da Resolução desenvolvida pelo ICR:

Que as pessoas que se encontram no âmbito de atividade do Comitê Intergovernamental devem ser (1) pessoas que ainda não partiram de seu país de origem (Alemanha (incluindo Áustria)), mas que devem emigrar em razão de suas opiniões políticas, credos religiosos ou origem racial, e (2) pessoas definidas no item (1) que já partiram de seu país de origem e que ainda não se estabeleceram permanentemente alhures⁹⁵.

A partir do reconhecimento do *status* de refugiado, por motivos que iam além de aspectos coletivos como origem, nacionalidade ou etnia, para incluir as histórias e características

⁹⁰ BARRICHELLO, Stefania Eugenia; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. Aspectos Históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 12, n. 2, p 63-76, jul./dez.2014.

⁹¹ Segundo José Henrique Fischel, uma grande distinção (em relação aos motivos ensejadores de refúgio) há que ser feita neste período pois o problema judeu não era considerado um problema de divergência de religião e sim um problema racial, impossível de ser solucionado pela conversão ao Cristianismo. ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 88.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid. p. 126-127.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Recomendação primeira da Resolução de 14 de julho de 1938.

peçoais dos indivíduos, o Alto Comissariado da Liga das Nações inaugurou uma nova fase do Direito Internacional dos Refugiados⁹⁶.

Em 1945, foi criada a Administração das Nações Unidas para Socorro e Reconstrução (UNRRA), organização de caráter temporário que tinha por objetivo tratar dos problemas dos refugiados pós Segunda Guerra Mundial e cuidar do retorno dos refugiados aos seus países de origem pela repatriação⁹⁷.

Enfraquecida pela eclosão da Segunda Guerra Mundial, a Liga das Nações foi extinta em 1946, momento em que a temática dos refugiados ganha ainda mais repercussão e passa a ser tratada de modo mais amplo e centrado no âmbito da recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU).

Desse modo, a preocupação com os refugiados após a Segunda Guerra Mundial dá ensejo a um novo momento de proteção pois o número de deslocamentos em massa superou em muito o que se viu à época da Liga das Nações. Com o fim da guerra, a maior parte dos deslocados retornou ao seu local de origem; porém, cerca de um milhão⁹⁸ de indivíduos decidiu não voltar. A razão para isso era simples: com a nova configuração geopolítica, tais pessoas haviam perdido o vínculo com seus países de origem, seja porque seus países haviam sido anexados a outros, seja porque o regime político social foi alterado⁹⁹.

Houve, assim, a formação de dois diferentes grupos de refugiados: (i) os chamados “refugiados de fato” e apátridas, representado por judeus já privados de bens e nacionalidade, deportados para além das fronteiras alemãs no início do conflito; e (ii) os chamados “refugiados propriamente ditos”, indivíduos não apenas judeus, mas de religião diversa que não contavam com proteção estatal e abandonaram seus países em razão de perseguição¹⁰⁰.

⁹⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p.78.

⁹⁷ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 137.

⁹⁸ “O último milhão” ou *the last million* - terminologia utilizada pela doutrina para identificar aproximadamente 275.000 poloneses, 200.000 judeus, 200.000 espanhóis, 190.000 lituanos, latislavos e estonianos, 150.000 iuguslavos – sérvios e croatas-, e 100.000 ucranianos. Cf. STOESSINGER, J. G. *The refugee and the World Community*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1956. p. 55-58.

⁹⁹ José Henrique Fischel de Andrade ressalta que entre 1939 e 1947, 53.536.000 pessoas foram deslocadas de suas cidades e países de origem, sendo este o evento histórico que gerou o maior número de refugiados até então. A Liga das Nações lidou com número dez vezes menor de deslocados. ANDRADE, José Henrique Fischel de. *O Brasil e a Organização Internacional para os Refugiados (1946-1952)*. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, v. 48, n.1, jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292005000100003>. Acesso em 22 de fevereiro de 2016.

¹⁰⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 25-26.

Foi com a proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 (DUDH) que um modelo universal de propósitos foi proposto a toda a humanidade, inspirados na vontade da maioria dos povos do mundo em busca de paz para que os horrores da Segunda Guerra não fossem mais repetidos. O artigo 14 da DUDH trouxe, neste sentido, a concepção básica de que todo indivíduo tem o direito de buscar asilo em caso de perseguição e, sendo constatada violação a tal direito, restará configurada, conseqüentemente, uma série de violações de direitos humanos. Como destaca Flávia Piovesan:

Ao focar os contornos do direito de asilo, percebe-se que a Declaração assegura o direito fundamental de toda pessoa de estar livre de qualquer forma de perseguição. Conseqüentemente, na hipótese de perseguição decorre o direito fundamental de procurar e gozar asilo em outros países. A perseguição a uma pessoa caracteriza grave violação aos direitos humanos. Vale dizer, cada solicitação de asilo é resultado de um forte padrão de violência a direitos universalmente garantidos. Quando pessoas têm que abandonar seus lares para escapar de uma perseguição, toda uma série de direitos humanos são violados, inclusive o direito à vida, liberdade e segurança pessoal, o direito de não ser submetido à tortura, o direito à privacidade e à vida familiar, o direito à liberdade de movimento e residência e o direito de não ser submetido a exílio arbitrário. Os refugiados abandonam tudo em troca de um futuro incerto em uma terra desconhecida. É assim necessário que as pessoas que sofram esta grave violação de direitos humanos possam ser acolhidas em um lugar seguro, recebendo proteção efetiva contra a devolução forçada ao país em que a perseguição ocorre e tenham garantido ao menos um nível mínimo de dignidade¹⁰¹.

Nesta perspectiva, foi criada em 1948, no marco da ONU, a Organização Internacional para os Refugiados (OIR), com o objetivo de solucionar o problema daqueles que não retornaram aos seus países, substituindo as funções temporárias da UNRRA. Dentre as funções previstas na Constituição da OIR destacam-se: repatriação, identificação, registro e classificação; auxílio e assistência; proteção jurídica e política; transporte; e reassentamento. A OIR atuou ainda junto à administração dos campos de refugiados e deslocados e junto à localização de desaparecidos¹⁰².

Um dos grandes avanços trazidos na Constituição da OIR foi a definição mais ampla do termo “refugiado”. O conceito foi individualizado – não se trabalhava mais com o aspecto coletivo – para contemplar também as razões de sua perseguição, mencionando, além do elemento

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178.

¹⁰² ANDRADE, José Henrique Fischel de. Op. cit., 2005.

perseguição o seu respectivo *fundado temor*, associando, assim, elemento parcialmente subjetivo essencial à caracterização da condição de refugiado¹⁰³.

Os “deslocados internos”¹⁰⁴ foram também contemplados com dispositivo protetivo na Constituição da OIR, algo inédito até então. Deu-se início, então, à construção de toda uma gama de direitos, reconhecidos internacional, regional e nacionalmente, voltados às pessoas em busca de proteção em outros países.

Tendo em vista que a problemática dos refugiados superou o prazo¹⁰⁵ estabelecido para o funcionamento da OIR, foi instituído, em 1º de janeiro de 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR): tratava-se de uma Organização humanitária, apolítica e social que, de acordo com o seu Estatuto¹⁰⁶, teria a competência de assegurar a proteção internacional dos refugiados e buscar soluções duradouras para esta questão¹⁰⁷. O ACNUR herdou, portanto, grande parte das funções da OIR, solidificando o alcance mundial da proteção internacional para o refugiado.

Da mesma forma que os demais órgãos que o precederam, o ACNUR foi criado com o otimista prazo de duração de três anos. Obviamente, como a crise migratória não cessou nas décadas que se seguiram, a Assembleia Geral da ONU decidiu, após inúmeras prorrogações, que o Alto Comissariado permaneceria em atividade até que a crise migratória fosse solucionada¹⁰⁸. O mais recente Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, Filippo Grandi, foi eleito para o mandato de 01 de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2020¹⁰⁹.

¹⁰³ ANDRADE, José Henrique Fischel de. Op. cit., 2005.

¹⁰⁴ Segundo os Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos de 1998, estes podem ser definidos como: “as pessoas, ou grupo de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vista a evitar, os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2016.

¹⁰⁵ A OIR possuía prazo para encerramento de suas atividades em junho de 1950.

¹⁰⁶ A Resolução 428 (V), de 14 de dezembro de 1950 aprovou o Estatuto do ACNUR.

¹⁰⁷ Breve histórico do ACNUR. ACNUR, 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/index.php?id=244>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2016. Conforme prevê o artigo 1º do Estatuto do ACNUR, este “assumirá a função de proporcionar proteção internacional aos refugiados que reúnam as condições previstas no presente Estatuto, e de buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados, ajudando aos governos e, dependendo da aprovação dos governos interessados, às organizações privadas a facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados, ou sua absorção nas novas comunidades nacionais”.

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c80.html>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2016.

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c8.html>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2016.

Na medida em que os instrumentos jurídicos até então adotados para a proteção dos refugiados promoviam recortes de definição ou não eram abrangentes¹¹⁰ o suficiente para contemplar a necessidade imediata e urgente de milhões de pessoas, a elaboração de um instrumento que ampliasse o espectro protetivo, no ato de reconhecimento do *status* de refugiado e na busca de soluções duráveis para estes indivíduos se fez necessária¹¹¹.

Sob esse prisma, a ONU elaborou a Convenção de 1951 Relativa ao *Status* dos Refugiados¹¹², definindo que o refugiado é uma categoria diferenciada de pessoa, com *status* jurídico diverso do migrante voluntário e que:

c) (...) em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude deste temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele¹¹³.

Deste breve conceito, que será analisado no próximo tópico e retomado no capítulo 3, depreende-se que o refúgio, tal qual delineado na Convenção de 1951, é um instituto jurídico, não se tratando, de um *estatuto*. Traduzir o nome da Convenção de 1951 (*Convention on the Status of Refugees*¹¹⁴) levaria a uma perda não apenas conceitual, mas qualitativa deste instrumento de proteção, como destaca Liliana Lyra Jubilut:

Status não significa estatuto (...) *Status* vem a ser a condição de uma pessoa em face da lei, que determina seus direitos e deveres em contextos particulares (...) pode ser alterado caso o contexto do qual aquele decorre seja modificado, mesmo que o estatuto que o regula permaneça o mesmo. Desse modo, tem-se que o refúgio é um instituto regulado por um estatuto (atualmente, em nível internacional, a Convenção de 1951 revisada pelo Protocolo de 1967), o qual assegura a algumas pessoas em função de determinadas circunstâncias o *status* de refugiado¹¹⁵.

¹¹⁰ Como será abordado no próximo capítulo, nem mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trouxe previsão específica sobre refúgio. O artigo 14,1 da DUDH contempla, de forma genérica, o direito de asilo em sentido amplo que atende apenas genericamente, enquanto base internacional positivada, a proteção almejada às pessoas em condição de refúgio. JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 41.

¹¹¹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 183.

¹¹² Doravante referida como Convenção de 1951. Os direitos e princípios trazidos no documento serão tratados no próximo tópico.

¹¹³ Artigo 1º, parágrafo 1º, alínea c da Convenção de 1951.

¹¹⁴ Em português “Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados”.

¹¹⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 43.

Contudo, a Convenção de 1951 apresentava uma limitação¹¹⁶ temporal e geográfica (optativa) de aplicação: só alcançaria as pessoas em condição de refúgio em virtude dos acontecimentos ocorridos na Europa antes de 1º de janeiro de 1951, ou seja, situações decorrentes da Segunda Guerra Mundial¹¹⁷.

A redefinição do conceito de refugiado ocorreu com a adoção do Protocolo de 1967 Relativo ao *Status* dos Refugiados¹¹⁸, que ampliou a proteção trazida pela Convenção de 1951 ao retirar a limitação temporal¹¹⁹ atendendo, assim, aos novos fluxos¹²⁰ de refugiados que surgiram ao redor do mundo, especialmente ao longo da Guerra Fria (1945-1991), e com a chegada da globalização que marca a fase atual da questão dos refugiados¹²¹.

Observa-se, assim, que o sistema internacional de proteção aos refugiados foi sendo construído gradativamente, sem grandes sobressaltos, mas atendendo às necessidades de indivíduos que sofrem perseguição. Partiu-se de um conceito que utilizava a qualificação coletiva para garantir proteção até alcançar o conceito que considera o indivíduo, a pessoa em situação de refúgio, como destinatária final de proteção¹²². O conceito de refugiado revela-se, assim, como o núcleo central de todo o sistema de proteção aos refugiados.

Nesta perspectiva, o período do pós-Segunda Guerra Mundial é considerado o marco do surgimento de um núcleo maior de proteção de direitos, denominado Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana¹²³, o qual será abordado no último capítulo deste trabalho.

¹¹⁶ Artigo 1º, parágrafo 1º, alínea c e parágrafo 2º da Convenção de 1951.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2001. p. 32.

¹¹⁸ Doravante referido como Protocolo de 1967. Os direitos e princípios trazidos no documento serão tratados no próximo tópico.

¹¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2001. p. 32.

¹²⁰ Conflitos étnicos e religiosos eclodem ao redor do mundo, especialmente no Oriente Médio, e a crise humanitária vivida no continente africano marcam o novo perfil de refugiados em busca de proteção.

¹²¹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 29.

¹²² ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p.181-183.

¹²³ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 51.

1.2 Conceitos do Direito Internacional dos Refugiados: a definição universalmente aceita de refugiado trazida pela Convenção de 1951

Antes de apresentar o conceito universalmente adotado para o reconhecimento do *status* de refugiado abarcado no artigo 1º da Convenção de 1951, é importante mencionar os trabalhos que antecederam a construção deste marco conceitual tão relevante.

A pedido do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC), foi estabelecido um Comitê *ad hoc* para Refugiados e Apátridas (Comitê *ad hoc*) para desenvolver um documento que pudesse implementar os princípios trazidos nos artigos 14 (direito de asilo) e artigo 15 (direito a uma nacionalidade) da DUDH, e, assim, firmar as raízes da Convenção de 1951 no Direito Internacional dos Direitos Humanos¹²⁴.

O objetivo maior do trabalho desenvolvido por este Comitê foi consolidar todos os direitos e princípios até então delineados e, finalmente, definir o *status* desses indivíduos na nova Convenção, criando um regime de proteção até então inédito¹²⁵.

A Convenção deveria estabelecer padrões práticos e universais para os direitos dos refugiados que fossem além do mínimo denominador comum, ‘já que uma convenção dificilmente seria útil se apenas contivesse o mínimo aceitável a todos’. Resoluções iniciais da Assembleia Geral da ONU apoiam a base subjacente de direitos humanos, com ênfase na assistência aos mais necessitados, afirmando princípios básicos relativos a soluções e recomendando maiores trabalhos de proteção¹²⁶.

Não faria sentido, portanto, que a definição do indivíduo merecedor do *status* apresentasse limitações. Apesar da aprovação inicial do próprio ECOSOC à elaboração de um documento abrangente, o Comitê *ad hoc*, com o apoio dos Estados Unidos e da França, rechaçou a proposição de inclusão de proteção aos apátridas no texto da Convenção¹²⁷.

¹²⁴ MCADAM, Jane. The Refugee Convention as a right blueprint for persons in need of international protection. *New Issues in Refugee Research*. Research Paper nº 125, UNHCR, 2006.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ No original: “The Convention was to establish practical but universal standards for the rights of refugees that went beyond the lowest common denominator, ‘since a convention would hardly be useful if it contained only the minimum acceptable to everyone’. Early UNGA resolutions support its underlying human rights basis, with an emphasis on assisting the most needy, affirming basic principles relating to solutions, and recommending increased protection activities”. Ibid. p. 7.

¹²⁷ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 83-85.

Delimitado o objeto da Convenção, o conteúdo do artigo 1º (definindo o conceito de *refugiado*) foi marcado por divergências político-ideológicas entre duas correntes distintas; isso resultou na inclusão de reservas temporais e geográficas importantes no texto final¹²⁸, como mencionado no tópico anterior.

Embora a adoção da Convenção de 1951 tenha se aplicado a milhares de pessoas, as reservas impostas pelos Estados acabaram por limitar, assim, seu escopo de atuação e impedir que outros indivíduos obtivessem a proteção da qual necessitavam. De um lado, a corrente universalista entendia que a Convenção deveria ter caráter universal e ser aplicável a todos os refugiados independentemente de sua origem; de outro lado, a corrente eurocêntrica sustentava que a Convenção só deveria ser aplicada aos refugiados originários de países europeus¹²⁹. Como destaca José Henrique Fischel de Andrade:

Esse posicionamento indica que os atores tinham consciência de que a questão dos refugiados é de natureza contínua, e que, portanto, novos fluxos envolvendo a comunidade internacional, voltariam a surgir. A maioria dos Estados não queria, contudo, se responsabilizar pela proteção desses novos refugiados¹³⁰.

Segundo Liliana Lyra Jubilut, a existência dessa reserva geográfica foi fruto da pressão dos Estados europeus, que se sentiam prejudicados com o grande contingente de refugiados em seus territórios e queriam uma redistribuição desse contingente. Seria impossível, todavia, atender a esta solicitação, caso se incluíssem refugiados provenientes de outras localidades, sobretudo de países em desenvolvimento e subdesenvolvidos¹³¹; tudo isso fortaleceu ainda mais o caráter eurocêntrico da Convenção de 1951.

Neste sentido, apesar da proposição inicial ter sido a elaboração de um instrumento de proteção universal que contemplasse o princípio do artigo 14 (direito de asilo) da DUDH, o texto final da Convenção não alcançou esse objetivo, o que gerou muitas críticas ao texto. Passados mais

¹²⁸ ANDRADE, José H. Fischel de. Guerra Fria e Refugiados: Da Gênese Política do ACNUR e da Convenção de 1951. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 777.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid. p. 777. José Henrique Fischel de Andrade ressalta, contudo, que a Grã-Bretanha adotou posicionamento diverso da maioria dos Estados favoráveis à reserva geográfica; os britânicos consideraram que um documento sob a tutela das Nações Unidas não poderia ser excludente, devendo abranger garantias mínimas a todos os refugiados. Ibid. p. 778.

¹³¹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 84. A autora aponta ainda que as limitações implicaram na ausência de proteção a violações de direitos econômicos e sociais, também recorrentes em países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo.

de 60 anos de sua adoção, não é surpresa que as críticas então formuladas tenham, de fato, se tornado realidade.

Ainda que o preâmbulo da Convenção de 1951 faça menção tanto à DUDH quanto à necessidade e reconhecimento do direito de asilo, os princípios, direitos e obrigações delineados ao longo do texto não reproduziram uma obrigação estatal. Isto reflete a intenção (da época e atual) dos Estados em manter sua soberania em moldes absolutos¹³².

A falta de previsão específica da obrigação de reconhecimento de asilo impediu que a definição de *refúgio* pudesse ser reformulada para também contemplar o direito de asilo, como previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos¹³³.

Assim, o texto final da Convenção de 1951¹³⁴ aprovado na Conferência dos Plenipotenciários de julho de 1951, reconheceu como refugiado o indivíduo que, devido a um bem fundado temor de perseguição por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, é obrigado a deslocar-se de seu Estado de origem e/ou residência habitual para outro Estado¹³⁵, onde realizará o pedido de proteção¹³⁶.

O artigo 1º da Convenção de 1951 traz outros elementos para o reconhecimento do *status* de refugiado: (i) o solicitante deve ser estrangeiro com nacionalidade diversa do Estado no qual busca o refúgio; (ii) devem existir fatos objetivos¹³⁷ e um risco genuíno de temor, de caráter subjetivo; (iii) que exista perseguição e risco de graves danos, sendo o Estado de origem incapaz de proteger o solicitante; (iv) o risco ou temor do solicitante deve ter relação com raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política; (v) que haja uma necessidade real e um direito legítimo para a proteção¹³⁸.

¹³² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 85.

¹³³ Ibid. Este ponto será objeto de análise no capítulo 2.

¹³⁴ As críticas às reservas temporal e geográfica, bem como a limitação de aplicação da Convenção a violações de direitos civis e políticos foram rechaçadas pela Assembleia Geral da ONU, que aprovou o texto sem tais limitações. Apesar disso, com exceção ao Reino Unido e Bélgica, todos os demais Estados europeus e os Estados Unidos aprovaram o texto nos termos apresentados pelo Comitê *ad hoc*, ou seja, com todas as reservas mencionadas, sendo este o texto que entrou em vigor. Cf. JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 85-86.

¹³⁵ A extraterritorialidade é elemento essencial para reconhecimento do direito, ou seja: o indivíduo deve atravessar a fronteira para então solicitar refúgio. Esta lógica protege a soberania dos Estados e garante a não intervenção.

¹³⁶ Convenção de 1951, artigo 1º, (A), 2.

¹³⁷ Liliana Lyra Jubilit classifica tal momento como a análise da *situação objetiva* do país de origem: “Os critérios objetivos estão representados pela expressão ‘bem fundado’ e vêm a ser caracterizados pela comparação entre a situação objetiva do país de origem do refugiado com a situação relatada por esse como base de sua solicitação de refúgio. Já o critério subjetivo está presente na expressão ‘temor de perseguição’, o qual deve ocorrer em função de um dos cinco motivos já mencionados”. Cf. JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 115.

¹³⁸ HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. Op. cit. p.13-16.

Este arcabouço jurídico consagra o padrão mínimo de proteção¹³⁹ que deve ser respeitado pelos Estados que aderiram à Convenção de 1951 e, ou, ao Protocolo de 1967. Em se tratando de proteção à pessoa humana, não se impede, e sim se incentiva a ampliação de alcance dos institutos no âmbito interno dos Estados. É exatamente essa conduta que vem sendo observada no plano regional e será retomada ao longo dos próximos capítulos deste trabalho.

1.2.1 A definição ampliada de refugiado adotada em contextos regionais

A Ata Final da Conferência de Plenipotenciários que aprovou a Convenção de 1951 trouxe a tônica de incentivo à ampliação do conceito de refugiado:

A Conferência manifesta a esperança de que a Convenção relativa ao *Status* dos Refugiados tenha valor como exemplo, para além da sua abrangência contratual e que todas as Nações se guiem por ela, garantindo, tanto quanto possível, a todos os que se encontrem no seu território como refugiados e que não sejam abrangidos nos termos desta Convenção, o tratamento nela previsto¹⁴⁰.

Foi assim que, em 1969, a Organização da Unidade Africana (OUA) adotou pioneiramente a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos (Convenção da OUA), reiterando os termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 e ampliando em seu artigo 1º¹⁴¹ (com fundamento no perigo generalizado), as hipóteses de reconhecimento do *status* de refugiado às pessoas que, em virtude de desastres causados pelo homem – agressão, ocupação externa, dominação estrangeira, ou acontecimento que perturbe gravemente a ordem pública – sejam obrigadas a deixar seu local de origem¹⁴².

¹³⁹ Artigo 5º - Convenção de 1951.

¹⁴⁰ No original: “The Conference, expresses the hope that the Convention relating to the Status of Refugees with have value as an example exceeding its contractual scope and that all nations will be guided by it in granting so far as possible to persons in their territory as refugees and who would not be covered by the terms of the Convention, the treatment for which it provides”. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protection/travaux/40a8a7394/final-act- united-nations-conference- plenipotentiaries-status-refugees-stateless.html>>. Acesso em 07 de outubro de 2016.

¹⁴¹ Article 1 - The term *refugee* shall apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2001. p. 35.

Como ressalta Guilherme de Assis Almeida:

(...) a definição ampliada da Convenção da OUA busca descrever uma situação coletiva onde as pessoas individualmente estejam ameaçadas, foi motivada pelos acontecimentos que têm lugar na África desde 1956. Deste modo, esta definição é dita ampliada, pois ela consegue abarcar um número muito maior de possibilidades, nas quais o ser humano encontra-se vulnerável e necessitado de proteção¹⁴³.

Nesta perspectiva, a base jurídica histórica explicitada no artigo 1º da Convenção da OUA denota a preocupação com a realidade enfrentada pelos indivíduos do continente Africano que sofrem “sistemáticas violações à dignidade da pessoa humana em formas diversas das dos cinco motivos consagrados internacionalmente”¹⁴⁴.

O foco de proteção aos refugiados ultrapassa a perspectiva individual para uma dimensão coletiva e transforma “a concessão do refúgio em um ato de caráter humanitário”¹⁴⁵. Em razão disso, a Convenção da OUA é considerada um marco no sistema de proteção aos refugiados por trazer de forma até então inédita a situação objetiva do país de origem como elemento ao reconhecimento do *status* de refugiado¹⁴⁶.

A Convenção da OUA contrapõe-se, ainda em outros aspectos, à Convenção de 1951, ao dispor sobre (i) a vedação à rejeição de refugiados nas fronteiras¹⁴⁷, (ii) o instituto do asilo¹⁴⁸,

¹⁴³ ALMEIDA, Guilherme A. de. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). Op. cit. p. 162-163.

¹⁴⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 135.

¹⁴⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 88.

¹⁴⁶ ARBOLEDA, Eduardo. Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism. *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, n. 2, 1991. Oxford: Oxford University Press. p. 189.

¹⁴⁷ Artigo 2º (3) da Convenção da OUA - “Ninguém pode ser submetido por um Estado-Membro a medidas tais como a recusa de admissão na fronteira, o *refoulement* ou a expulsão que o obriguem a voltar ou a residir num território onde a sua vida, a sua integridade física ou a sua liberdade estejam ameaçadas pelas razões enumeradas no artigo 1º, parágrafos 1 e 2”.

¹⁴⁸ Artigo 2º (2) da Convenção da OUA - “A concessão do direito de asilo aos refugiados constitui um ato pacífico e humanitário e não pode ser considerado por nenhum Estado como um ato de natureza hostil”.

(iii) a responsabilidade compartilhada, solidariedade e cooperação internacional na concessão de residência¹⁴⁹ e (iv) como ocorrerá o repatriamento voluntário¹⁵⁰.

Os avanços produzidos pela Convenção da OUA foram incorporados, por sua vez, na América Latina por meio da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984¹⁵¹. Após quase duas décadas de repressão oriunda dos regimes ditatoriais, a região enfrentou o deslocamento maciço de refugiados¹⁵². Resultado de um simpósio acadêmico e posteriormente adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração de Cartagena estabelece um marco no âmbito regional para tratar do problema dos refugiados, uma vez que apresenta um conceito ampliado de refugiado.

Trouxe, assim, em sua Conclusão III, parágrafo 3º uma definição ampliada de refugiado:

(...) face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, para além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas

¹⁴⁹ Artigo 2º (4) e (5) da Convenção da OUA – “Quando um Estado-Membro tenha dificuldade em continuar a conceder o direito de asilo aos refugiados, este Estado-Membro poderá lançar um apelo aos Estados- Membros, tanto diretamente como por intermédio da OUA; e os outros Estados- Membros, dentro do espírito de solidariedade africana e de cooperação internacional, tomarão as medidas adequadas para aliviar o fardo desse Estado Membro, concedendo o direito de asilo. (5) Todo o refugiado a que não foi concedido o direito de residir num determinado país de asilo, poderá ser admitido temporariamente no primeiro país de asilo onde se apresentou como refugiado, aguardando que sejam tomadas disposições para a sua reinstalação de acordo com a alínea precedente”.

¹⁵⁰ Artigo 5º da Convenção da OUA – “(1) O caráter essencialmente voluntário do repatriamento deve ser respeitado em todos os casos e não pode ser repatriado nenhum refugiado contra a sua vontade. (2) Em colaboração com o país de origem, o país de asilo deve tomar as medidas adequadas para o regresso são e salvo dos refugiados que solicitam o seu repatriamento. (3) O país de origem que acolhe os refugiados que aí retomam deve facilitar a sua reinstalação, conceder todos os direitos e privilégios dos seus nacionais e sujeitá-los às mesmas obrigações. (4) Os refugiados que voltam voluntariamente ao seu país não devem incorrer em nenhuma sanção por o terem deixado independentemente da razão que deu origem à situação de refugiado. Sempre que seja necessário, devem ser lançados apelos por intermédio dos meios nacionais de informação ou do Secretário-Geral da OUA, para convidar os refugiados a voltar ao seu país e dar-lhes garantias que as novas situações que vigoram nos seus países de origem permitem que lá voltem sem qualquer risco e de lá retomar uma vida normal e pacífica, sem receio de serem incomodados ou punidos. O país de asilo deverá remeter aos refugiados o texto desses apelos, explicando-os claramente. (5) Os refugiados que decidem livremente voltar à sua pátria em consequência dessas garantias ou por sua própria iniciativa, devem receber da parte do país de asilo, do país de origem bem como de instituições voluntárias, de organizações internacionais e intergovernamentais, toda a assistência possível susceptível de facilitar o seu regresso”.

¹⁵¹ Doravante denominada Declaração de Cartagena.

¹⁵² O contexto histórico que precedeu a promulgação de importantes documentos de proteção aos migrantes forçados na América Latina será apresentado em maior detalhe no capítulo 2 desta dissertação.

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.

Perceba-se que a conclusão do documento, da mesma forma que a Convenção de 1951, possui caráter preventivo, configurado pela *ameaça* que o indivíduo tenha sofrido, ou seja, o medo de perseguição figura como elemento definidor de *refugiado*. Muito embora o documento seja um instrumento de *soft law*¹⁵³, diferente da Convenção da OUA (que possui força cogente), seu conceito ampliado para além de situações de perseguição instaladas tornou-se a regra vigente em diversos ordenamentos jurídicos domésticos da América Latina¹⁵⁴.

A maior parte dos países da América Latina adota, assim, o *espírito de Cartagena*¹⁵⁵, segundo o qual o conceito de refugiado deve contemplar, também, os indivíduos que são forçados a fugir de seus países em razão da violência maciça e generalizada de direitos humanos.

A título de exemplo, a Lei nº 9.474/97 adotada pelo Brasil, fez valer o espírito de Cartagena ao trazer a *grave e generalizada violação de direitos humanos* como um dos motivos ensejadores do refúgio no seu artigo 1 (3), além daqueles já previstos na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967. Por essa razão, essa lei tornou-se um dos instrumentos legais mais avançados e abrangentes da América Latina¹⁵⁶.

Além do Brasil, outros países, como a Bolívia, inseriram este elemento em seus ordenamentos jurídicos domésticos para definir quem se enquadra como refugiado. Denota-se, assim, uma tendência de ampliar o alcance conceitual de refúgio com base em elementos que tem ligação direta com direitos humanos, ou seja: *quaisquer* graves e generalizadas violações de direitos humanos serão situações que merecerão atenção na América Latina¹⁵⁷.

Na Europa, contudo, não se estabeleceu um conceito ampliado de refugiado. Isto não significa que a proteção não seja proporcionada. A Convenção Europeia de Direitos Humanos

¹⁵³ Compreende-se por *soft law* um documento internacional desprovido de caráter jurídico em relação aos signatários; considerados, assim, de cumprimento facultativo.

¹⁵⁴ ARBOLEDA, Eduardo. Op. cit. p. 187.

¹⁵⁵ A referência é feita em virtude da ampliação e alcance da definição trazida no documento. BARRETO, Luiz Paulo Teles; LEÃO, Renato Zerbini. O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena. *Forced Migration Review*. Edição 35, julho de 2010. Disponível em: <<http://www.fmreview.org>>.

¹⁵⁶ ALMEIDA, Guilherme A. de. Op. cit., 2001. p. 165.

¹⁵⁷ JUBILUT, Liliana Lyra; ANDRADE, Camila M. Sombra; GILBERTO, Camila Marques. Human rights in refugee protection in Brazil. In: CANTOR, David James; BURSON, Bruce. *Human rights and the refugee definition: comparative legal practice and theory*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2016.

(Convenção Europeia) recomenda, em seu artigo 3º, que seja garantida proteção aos indivíduos que, embora não sejam reconhecidos como refugiados, corram risco de ser torturados ou submetidos a tratamento cruel, desumano ou degradante, caso sejam devolvidos ao seu país de origem¹⁵⁸.

1.3 Princípios do Direito Internacional dos Refugiados

Ainda que o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) possua conceitos e elementos próprios, sua base normativa são as fontes do Direito Internacional Público (DIP) trazidas pelo artigo 38 do Estatuto da Corte de Haia¹⁵⁹. Os princípios gerais de direito¹⁶⁰, por sua vez, completam o rol de fontes e aprimoram os princípios do DIR¹⁶¹. Dentre os que possuem aplicação ao refúgio podemos destacar o princípio da solidariedade e o da cooperação internacional.

Consagrado no preâmbulo do artigo 4º¹⁶² da Convenção de 1951, o princípio da solidariedade pressupõe a divisão dos custos – *burden sharing* – inerentes à efetivação da proteção aos refugiados e dos esforços na busca de soluções para os inúmeros desafios globais abrangendo a temática do refúgio¹⁶³.

Estabelecido há mais tempo, o referido princípio ainda é adotado na Europa. Interessante notar, no entanto, que no âmbito da América Latina adota-se princípio mais atual denominado *responsabilidade compartilhada*, que foge da retórica tradicional de encarar o refugiado como um encargo a ser assumido e busca enaltecer a ideia de solidariedade enquanto dever¹⁶⁴.

¹⁵⁸ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 93.

¹⁵⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 94-95.

¹⁶⁰ Os princípios gerais do direito “são, com efeito, as ‘primeiras propostas’ obtidas por um lento trabalho de indução, das regras particulares da ordem jurídica. Pela via dedutiva, podem depois ser aplicados a situações concretas que não são expressamente reguladas pelo direito positivo”. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 316.

¹⁶¹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 80-82.

¹⁶² Artigo 4º da Convenção de 1951 – “Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida em cooperação internacional”.

¹⁶³ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 95-96.

¹⁶⁴ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia M. O. S. O Direito Internacional dos Refugiados e seu Contexto Atual na América Latina. In ROSA, Renata de Melo; DOMÍNGUEZ AVILA, Carlos Federico (orgs.). *América Latina no Labirinto Global* - Economia, Política e Segurança. Brasília: CRV, 2012. p. 353-369.

O princípio da cooperação internacional também se apresenta como princípio fundamental da Carta da ONU¹⁶⁵, partindo da premissa de que se os Estados dividem o mesmo *habitat*, o desenvolvimento de ações conjuntas é uma realidade e necessidade a ser enfrentada¹⁶⁶.

O Direito Internacional dos Refugiados baseia-se, sobretudo, em outros princípios específicos¹⁶⁷, dos quais se destacam: (i) o princípio da não discriminação; (ii) princípio da não sanção por ingresso irregular; (iii) o princípio da unidade familiar; e (iv) o princípio do *non-refoulement*.

Previsto no artigo 3º da Convenção de 1951, o princípio da não discriminação dispõe que a Convenção de 1951 deverá ser aplicada de forma não discriminatória pelos Estados que a adotaram “sem discriminação quanto à raça, religião ou apoio ao país de origem”¹⁶⁸ dos solicitantes de refúgio.

Muito embora o princípio da unidade familiar não encontre previsão específica na Convenção de 1951, está consagrado em princípio de maior abrangência previsto no artigo 6º¹⁶⁹ da DUDH e resguardado na Recomendação da Ata Final da Conferência que adotou a Convenção de 1951. Com efeito, a Recomendação dispõe que os governos devem tomar as medidas necessárias para a proteção da família do refugiado, em especial na manutenção da unidade familiar e na “proteção dos refugiados menores, em particular crianças não acompanhadas e meninas, com especial referência para a tutela e adoção”¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Nos termos do artigo 1º (3) da Carta da ONU, fica estabelecido que um dos propósitos das Nações Unidas é alcançar a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário e encorajar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

¹⁶⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit. p. 95-96.

¹⁶⁷ James C. Hathaway pontua que os padrões de cumprimento de cada princípio (ou direito) variam individualmente. Isto porque o refugiado deve receber a mesma proteção que os nacionais do país de destino no que diz respeito à liberdade religiosa (artigo 4º da Convenção de 1951), processo de racionamento imposto no país de destino (artigo 20 da Convenção de 1951), acesso à educação pública de ensino fundamental (artigo 22 da Convenção de 1951), igualdade fiscal (artigo 29 da Convenção de 1951). No entanto, o refugiado terá os mesmos direitos que os estrangeiros não nacionalizados no que diz respeito ao direito de propriedade (artigo 13 da Convenção de 1951) e educação no ensino médio (artigo 22 da Convenção de 1951). Outros direitos, tidos como princípios, são aplicáveis pelo simples fato de submeter-se à jurisdição do país de destino ou ali estar fisicamente, como: não discriminação (artigo 3 da Convenção de 1951), direito ao *status* pessoal adquirido no país de origem, como o casamento (artigo 12 da Convenção de 1951), acesso ao judiciário (artigo 16 da Convenção de 1951), acesso à assistência administrativa (artigo 25 da Convenção de 1951), emissão de documentos de identificação (artigo 27 Convenção de 1951), não penalização pela entrada irregular e liberdade em razão de prisão arbitrária (artigo 31 Convenção de 1951), *non-refoulement* (artigo 33 Convenção de 1951) e naturalização (artigo 34 Convenção de 1951). HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. Op. cit. p.46-47.

¹⁶⁸ Artigo 3º da Convenção de 1951.

¹⁶⁹ Artigo 6º da Declaração Universal de Direitos Humanos – “Toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela”.

¹⁷⁰ ACNUR, Op. cit., 2004. p. 62.

Do conjunto dos princípios referidos, destaca-se o princípio do *non-refoulement* – princípio da não-devolução - consagrado no artigo 33 da Convenção de 1951. Considerado o núcleo central do Direito Internacional dos Refugiados, este princípio consiste na proibição da devolução do solicitante de refúgio e, ou, do refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo.¹⁷¹

Neste sentido, partindo da premissa de que o que torna o indivíduo *refugiado* é a situação do país de origem, os Estados parte assumem o compromisso da não-devolução de refugiados e solicitantes de refúgio para as fronteiras de territórios onde suas vidas ou liberdades sejam ameaçadas em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

Flávia Piovesan aponta ainda que o *non-refoulement* é “princípio geral de direito tanto do Direito dos Refugiados como do Direitos dos Direitos Humanos, devendo ser reconhecido e respeitado como um princípio de *jus cogens*”¹⁷².

Nesta perspectiva, no contexto específico da América Latina, merece destaque a Conclusão Quinta da Declaração de Cartagena de 1984:

Reiterar a importância e a significação do princípio da não devolução (incluindo a proibição do rechaço nas fronteiras), como pedra de toque da proteção internacional dos refugiados. Esse princípio, imperativo aos refugiados, deve ser reconhecido e respeitado no estado atual do Direito Internacional como um princípio de *jus cogens*¹⁷³.

Traçadas as premissas históricas e conceituais iniciais, é possível identificar a responsabilidade do Estado perante um indivíduo extremamente vulnerável (cujos direitos humanos foram violados), que não faz parte da sua população. O grande desafio enfrentado na atualidade é justamente reconhecer essa responsabilidade, que permitirá elevar este mesmo

¹⁷¹ Estudos de Guy S. Goodwin-Gill e Jane McAdam explicitam maior compreensão acerca da evolução histórica e aplicabilidade, ao longo das décadas, do princípio da não-devolução. GOODWIN-GILL, Guy S. Op. cit.; MCADAM, Jane. Op. cit. p. 202-284;

¹⁷² PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2016. p. 132. O *non-refoulement* possui lugar de tanto destaque no Direito Internacional dos Refugiados que alguns doutrinadores, como Guy S. Goodwin-Gill, apontam, ainda que de forma minoritária, que se trata de costume internacional a despeito da positivação na Convenção de 1951. GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. Op. cit. p. 345-354.

¹⁷³ Conclusão Quinta da Declaração de Cartagena de 1984.

indivíduo, à condição de sujeito de direitos no plano internacional a despeito de sua cidadania ou nacionalidade¹⁷⁴.

¹⁷⁴ ROCHA, Rossana Reis; et. al. Op. cit., Curitiba, 2010. p. 17-30.

CAPÍTULO 2. O SISTEMA INTERAMERICANO E O INSTITUTO DO REFÚGIO

2.1. Os sistemas de proteção geral e específica de direitos humanos

Além de poderem contar com seu sistema específico de proteção, os refugiados têm a possibilidade de acessar, como qualquer indivíduo, o sistema global (universal) de proteção de direitos humanos estabelecido no âmbito da ONU em virtude de violação de normas do Direito Internacional de Direitos Humanos¹⁷⁵.

O sistema global é composto por diversos tratados internacionais de proteção da pessoa humana. Destacamos, como exemplos dos mais essenciais, os tratados contra a tortura, contra a discriminação racial, de proteção das mulheres, de proteção das crianças e os dois Pactos Internacionais de Direitos: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹⁷⁶.

Todos estes instrumentos de proteção possuem comitês que zelam pela sua aplicação, seja através de relatórios enviados pelos Estados, por meio de comunicações interestatais e, em alguns casos, por comunicações individuais; além disso, os Pactos preveem a criação de órgãos e mecanismos específicos que visam salvaguardar e garantir efetivamente estes direitos¹⁷⁷.

Estabelecido pelo PIDCP, o Comitê de Direitos Humanos da ONU (Comitê) tem como função precípua controlar a aplicação das disposições do PIDCP pelo Estado parte e formular comentários gerais sobre artigos e disposições do Pacto¹⁷⁸. O Comitê também tem competência para receber petições de indivíduos se os Estados ratificaram o Primeiro Protocolo ao PIDCP¹⁷⁹.

Neste sentido, a "jurisprudência" produzida por este órgão, que permite a adesão de todos os Estados membros da ONU, representa a interpretação mais abrangente de padrões de

¹⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2013.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94-96.

¹⁷⁹ Ibid.

direitos humanos a serem respeitados¹⁸⁰. Isto se deve ao fato de que o conceito trazido pela Convenção de 1951 traz violações de direitos humanos afetas ao PIDCP.

Apesar disso, há críticas quanto à abordagem utilizada pelo Comitê na proteção aos solicitantes de refúgio. Isto porque o Comitê adota interpretação menos protetiva, que é mais ligada à questão do risco de expulsão arbitrária desses indivíduos e consequente exposição a riscos de danos (que não deixam de ser padrões de procedimento de direitos humanos a serem seguidos), do que às questões de acesso a um julgamento justo (hipótese de proteção mais abrangente)¹⁸¹.

Além do sistema global da ONU, os refugiados podem contar com os sistemas regionais de proteção. Tais sistemas complementam, regionalmente, a proteção universal estabelecida pelas Nações Unidas.

Como explica Flávia Piovesan:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos¹⁸².

Existem, atualmente, três¹⁸³ sistemas jurídicos regionais que têm por objetivo assegurar a dignidade da pessoa humana e garantir a efetivação de seus direitos humanos: o sistema europeu

¹⁸⁰ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 87.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords). *Igualdade, Diferença e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2008. p. 53.

¹⁸³ Existem ainda dois outros insipientes sistemas, sem atuação efetiva: o sistema regional árabe, estabelecido em 1945 quando foi criada a Liga dos Estados Árabes, sendo que em 1994 os Estados da Liga adotaram a Carta Árabe de Direitos Humanos. O outro sistema permanece ainda em fase de propositura, qual seja: o sistema regional asiático, cuja Carta Asiática de Direitos Humanos foi elaborada em 1997.

de direitos humanos (sistema europeu)¹⁸⁴, o sistema interamericano de direitos humanos (sistema interamericano)¹⁸⁵ e o sistema africano de direitos humanos (sistema africano)¹⁸⁶.

Muito embora não seja o foco do presente trabalho, algumas linhas devem ser tecidas a respeito da atuação dos sistemas europeu e sistema africano com o objetivo de identificar padrões de atuação em casos de refúgio analisados por estas jurisdições que possam ser ou já sejam utilizados pelo sistema interamericano.

O sistema europeu tem por fundamento a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos de 1950 (Convenção Europeia). Como a Convenção Europeia dispunha apenas sobre direitos civis e políticos, foi complementada pela Carta Social Europeia em 1961¹⁸⁷.

Em 1983, uma nova emenda que alterou substancialmente o Sistema foi promovida pelo Protocolo nº 11; em síntese, essa emenda (i) promoveu uma profunda reestruturação nos mecanismos de controle da Convenção, substituindo os três órgãos de decisão até então existentes – Comissão, Corte e Comitê de Ministros do Conselho da Europa – pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte Europeia); (ii) atribuiu funcionamento integral à Corte, cujas funções passaram a ser desenvolvidas a partir de 1º de novembro de 1998; (iii) assegurou o *ius postulandi* ao indivíduo, permitindo-lhe acesso direto à Corte¹⁸⁸.

O sistema europeu é considerado um dos mais influentes e avançados de todos, não só pelo reconhecimento da capacidade processual postulatória do indivíduo diretamente à Corte Europeia, mas pelo dever dos Estados no cumprimento da sentença definitiva da Corte¹⁸⁹. A Convenção não possui, entretanto, a previsão do direito de asilo, e suas disposições são interpretadas segundo violações de direitos humanos e não, especificamente, violações ao direito dos refugiados¹⁹⁰.

Seguindo a mesma linha de atuação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, a abordagem da Corte Europeia é focada, em casos de refúgio, nos direitos inerentes (e antecedentes)

¹⁸⁴ Para maior compreensão acerca da estrutura e funcionamento do Sistema Europeu de Direitos Humanos, vide: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p.63-85.

¹⁸⁵ Doravante denominado Sistema Interamericano.

¹⁸⁶ Para maior compreensão acerca da estrutura e funcionamento do Sistema Africano de Direitos Humanos, vide: FEFERBAUM, Marina. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Análise do Sistema Africano*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-94.

¹⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2016. p. 165-204.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid. Tal disposição é assegurada pelo artigo 46(1) da Convenção Europeia, alterado pelo Protocolo 14 que entrou em vigor a partir de 01.06.2010.

¹⁹⁰ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 90.

à expulsão do indivíduo em detrimento de uma abordagem focada na determinação de seu *status* de refugiado¹⁹¹. Ou seja, antes de se considerar expulsão, o refugiado, como qualquer outro estrangeiro, deve ter assegurado o direito a procedimento acessível e efetivo para atender à sua solicitação¹⁹².

O procedimento adotado pela Corte é ligado à disponibilização de remédios legais que possam impedir a expulsão (*refoulement*) do indivíduo. Nesta perspectiva, o solicitante de refúgio não pode ser expulso antes que o resultado de sua solicitação lhe seja comunicado e possa ser contestado¹⁹³. O procedimento de apelação, mais do que um critério de justiça, consiste em uma garantia legal e por tal razão deve ter efeito suspensivo¹⁹⁴.

O sistema africano de direitos humanos, por sua vez, tem na Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul) de 1981, em vigor desde 1986, seu principal instrumento de proteção¹⁹⁵. A Carta Africana, que prevê tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos, econômicos, sociais e culturais, tem como objetivo priorizar os direitos dos povos¹⁹⁶.

Assim como o Sistema Interamericano (que será analisado no próximo item), o sistema africano possui dois mecanismos de proteção e promoção de direitos humanos: a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Comissão Africana) – que tem o papel de fiscalizar o respeito à Carta de Banjul, e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte Africana)¹⁹⁷.

Como destaca David Cantor, sempre que estiver à frente de petições enviadas por Estados parte ou indivíduos, a Comissão Africana deverá buscar, à luz dos princípios da Carta de Banjul, inspiração em documentos internacionais de proteção de direitos humanos e de pessoas, bem como utilizar outras fontes cogentes de direito internacional como medidas subsidiárias para determinar violações a princípios de direito¹⁹⁸.

¹⁹¹ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 90.

¹⁹² Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *MSS v. Bélgica e Grécia*, para. 315. Disponível em: <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mss-v-belgium-and-greece-gc-application-no-3069609>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹⁹³ Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *MSS v. Bélgica e Grécia*.

¹⁹⁴ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 93.

¹⁹⁵ A Organização da Unidade Africana (OUA) responsável pela Convenção Africana foi extinta e substituída pela União Africana em 2002.

¹⁹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2016. p. 275-284. A Carta Africana é pioneira ao contemplar, no mesmo documento, conceitos considerados antagônicos como: indivíduo e povo, direitos individuais e coletivos, direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 94.

Frise-se que a própria Carta de Banjul traz previsão específica ao direito de asilo em seu artigo 12 (3)¹⁹⁹, e a Comissão Africana já se pronunciou no sentido de interpretar tal previsão como indicativo de um direito geral de proteção, que permite a busca de refúgio em outro Estado a todas as pessoas sujeitas a perseguição²⁰⁰.

Apesar disso, em casos²⁰¹ que claramente poderiam ser analisados à luz do artigo 12 (3) da Carta de Banjul para a determinação do *status* de refugiado, a Comissão optou por outra abordagem: identificou violações gerais de proteção em razão de questões procedimentais, como a violação ao direito a um julgamento justo²⁰², previsto no Artigo 7(1)²⁰³.

No único caso²⁰⁴ que lidou diretamente com a determinação do *status* de refugiado, novamente a abordagem utilizada pela Comissão Africana percorreu a via do artigo 7(1) da Carta de Banjul. Embora não tenha enfrentado o direito trazido no artigo 12 (3), essa decisão encontrou no próprio artigo 7(1) uma via “dúplice” de proteção mais próxima do Direito Internacional dos Refugiados.

Falamos de uma via “dúplice” porque essa decisão identificou, por um lado, que a referida previsão demanda que, em caso de solicitações de asilo, as autoridades administrativas devem adotar padrões de procedimentos emanados pelo ACNUR. Por outro lado, a decisão identificou o direito do indivíduo a garantias judiciais para contestar a decisão administrativa²⁰⁵.

Contudo, ainda que a Comissão Africana tenha decidido o referido caso à luz de violações gerais de direitos humanos em questões procedimentais, também ousou tocar em questões conceituais. Nesse sentido, a Comissão Africana deixou claro em sua manifestação que, na determinação do *status* de refugiado, não há conflito ou incompatibilidade entre a Carta de

¹⁹⁹ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Artigo 12 (3) - Toda pessoa tem o direito, em caso de perseguição, de buscar e de obter asilo em território estrangeiro, em conformidade com a lei de cada país e as convenções internacionais.

²⁰⁰ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 94..

²⁰¹ Comissão Africana - *Organisation mondiale contre la torture, Association Internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes, Union interafricaine des droits de l'Homme v. Rwanda*, 27/89-46/90-49/91-99/93. Disponível em: [www.refworld.org/docid/51b6f4374.html]. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

²⁰² CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 95.

²⁰³ Carta de Banjul – Artigo 7º - Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. (1) Esse direito compreende: o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor.

²⁰⁴ Comissão Africana – Caso *Curtis Francis Doebbler v. Sudan*, 235/00. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4facc98a2.html>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

²⁰⁵ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 95-96.

Banjul e as duas Convenções de refugiados (Convenção de 1951 e Convenção da OUA) que norteiam o regime de proteção internacional dos refugiados:

A esse respeito, a Comissão deverá ler as disposições dos três instrumentos como complementando-se mutuamente. O argumento da recorrente de que as disposições da última convenção prevalecem sobre os primeiros não afetam de forma alguma a interpretação que a Comissão dará às disposições aplicáveis, caso seja necessário fazê-lo nos termos da presente comunicação. Isto porque as disposições são, no máximo, complementares umas às outras e não se excluem mutuamente²⁰⁶.

A Comissão Africana reafirmou, assim, a complementariedade dos três instrumentos (tendência contemporânea que será analisada no capítulo 3), ainda que, ao final tenha utilizado a via de violação geral de direitos humanos (ao invés do recorte específico de DIR) para concluir pela ausência de violação à Carta de Banjul²⁰⁷.

Pode-se perceber, assim, no que diz respeito à proteção aos refugiados, que o papel desempenhado pelas Cortes internacionais na consolidação de uma cultura que busca melhorar a proteção tem se intensificado ao longo dos últimos anos²⁰⁸. Isto se deve ao fato de as cortes internacionais buscarem dar significado a princípios estabelecidos em tratados de direitos humanos que possam ser aplicados aos migrantes²⁰⁹.

Contudo, no que tange ao aperfeiçoamento da definição de refugiado, que permitisse reconhecer um maior número de indivíduos nesta condição, as Cortes não avançaram tão significativamente. Apesar da indiscutível proteção proporcionada, nem mesmo o Comitê de Direitos Humanos da ONU (de maior abrangência) e tampouco o sistema europeu e o sistema africano agregaram em termos conceituais. Resta saber o que o sistema interamericano acrescenta a esta discussão; esse aspecto será abordado no capítulo 3 do presente trabalho.

²⁰⁶ Tradução livre. No original: “In that respect the Commission shall read the provisions of the three instruments as complementing each other. The Complainant’s argument that the provisions of the latter convention prevail over the former do not in any way affect the interpretation the Commission will give to the applicable provisions, should it be necessary to do so under this communication. This is because the provisions are at most complementary to each other and not mutually exclusive”. Comissão Africana – Caso *Curtis Francis Doebbler v. Sudan*, 235/00, para. 126.

²⁰⁷ Comissão Africana – Caso *Curtis Francis Doebbler v. Sudan*, 235/00.

²⁰⁸ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 97.

²⁰⁹ Ibid.

2.2. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Como pôde ser observado ao longo do primeiro capítulo, o contexto histórico que antecede a edição de todo e qualquer documento que tenha por objetivo assegurar direitos fundamentais não pode ser descartado. No que diz respeito ao Sistema Interamericano, o recorte histórico torna-se ainda mais relevante em função não apenas dos efeitos gerados pelas Grandes Guerras Mundiais, mas em razão de todo o processo de desenvolvimento político e social das Américas, bem como de suas especificidades regionais²¹⁰.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos surgiu na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos²¹¹, quando foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana). Nas duas décadas que se seguiram, este foi o principal instrumento normativo regional, até que fosse adotada a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969 (Convenção Americana)²¹².

Muito embora a Convenção Americana tenha sido assinada em 22 de novembro de 1969 em São José da Costa Rica (razão pela qual a Convenção é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), a mesma só entrou em vigor 9 anos depois, em julho de 1978 quando foi realizado o depósito do 11º instrumento de ratificação.

Sem prejuízo da adoção da Convenção Americana de 1969, coexistem harmonicamente dois regimes de proteção de direitos humanos no sistema interamericano: o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), para os Estados que não adotaram a Convenção Americana, e o sistema da Convenção Americana²¹³.

No que tange aos direitos assegurados na Convenção Americana, o documento reproduz em grande parte o rol de direitos elencados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 da ONU²¹⁴.

²¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2007. p.85.

²¹¹ Realizada em Bogotá, de 30 de março a 2 de maio de 1948.

²¹² PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2007. p.86.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ressalvas devem ser feitas, no entanto, à falta de amplitude protetiva aos direitos econômicos, sociais e culturais, que ficaram limitados ao artigo 26. Não fosse essa restrição, não teria sido possível obter a assinatura dos Estados Unidos à Convenção Americana. A lacuna deixada pelo artigo 26 da Convenção Americana foi sanada na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro 1988, com a adoção do Protocolo Adicional à Convenção Americana de direitos econômicos, sociais e culturais, o Protocolo de São Salvador.

Analisados em conjunto, estes instrumentos regionais proporcionam maior amplitude ao catálogo de direitos assegurados no Pacto de 1966, devendo ser aplicado a essas novas disposições, na ocorrência de uma violação e aparente conflito de normas, o princípio da prevalência²¹⁵, que por sua vez determina a aplicação da norma mais protetiva à pessoa humana²¹⁶.

Como será analisado no capítulo 3, este princípio foi adotado no caso *Pacheco Tineo* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para identificar as violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado boliviano e oferecer a melhor proteção às vítimas.

2.2.1. A América Latina como espaço de perseguição política: o asilo e o refúgio no contexto regional

Parece contraditório que um sistema de proteção de direitos humanos tão atuante e promissor quanto o Sistema Interamericano tenha sido construído por Estados que viveram longos períodos de regimes ditatoriais. Assim, antes de analisar como este sistema protetivo tem se comportado em casos de migrações, especialmente em questões de refúgio, é importante compreender em que bases foi construído.

Como observa Fábio Konder Comparato, “os direitos humanos nunca fizeram parte do nosso patrimônio cultural, mas sempre existiram como um elemento estranho, se não estrangeiro, na vida de nossas instituições sociais”²¹⁷. Enquanto produto de um meio colonizado, e marcada por regimes ditatoriais e repleta de desigualdades sociais, a região em que se insere o sistema interamericano ainda vive em contínuo processo de construção e transformação²¹⁸.

²¹⁵ Convenção Americana, artigo 29 - Normas de interpretação - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

²¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.368.

²¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A estrangeidade dos direitos humanos na América Latina: razões e soluções. In: *Para Viver a Democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1989. p. 38.

²¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2007. p.86.

Na perspectiva de deslocamentos, desde o final do século XVIII e ao longo do século XIX e início do século XX, a América Latina enfrentou fluxos migratórios por razões diversas. Ao mesmo tempo que a região se tornou destino de refugiados provenientes da Europa após a Segunda Guerra Mundial, muitos Estados ainda lutavam por sua independência e a consolidação de regimes democráticos.

Durante os anos 1970 e grande parte dos anos 1980, inúmeros Estados das Américas, entre eles El Salvador, Nicarágua, Guatemala, Chile, Argentina e Brasil foram governados por ditaduras civis e militares. Esses regimes de governo resultaram em nova afluência de deslocamentos. Inspiradas na doutrina de segurança nacional, esses governos implementaram planos sistemáticos para a violação de direitos humanos com o objetivo de erradicar qualquer oposição às suas práticas autoritárias e implementar seus modelos socioeconômicos²¹⁹.

A migração forçada, portanto, não foi apenas uma consequência das ações repressivas dos governos militares; na verdade, a migração tornou-se, em alguns casos, uma estratégia de repressão implementada pelas ditaduras, que levou seus nacionais a buscarem exílio²²⁰ em outros Estados²²¹. Como destaca Mario Sznajder:

O exílio tem sido um mecanismo regulador para os sistemas políticos incapazes de criar modelos pluralistas e inclusivos de participação; e, embora o exílio tenha se desenvolvido como um fenômeno de elite no século XIX, quando a participação política era restrita, tornou-se uma tendência enorme no século XX quando mobilizações e uma participação mais inclusiva levaram a regimes autoritários²²².

²¹⁹ TERMINIELLO, Juan Pablo. Dictatorships, refugees and reparation in the Southern Cone of Latin America. *Forced Migration Review*. Oxford, Issue 45. February, 2014.

²²⁰ O exílio é considerado uma forma de exclusão institucional, uma ferramenta utilizada abundantemente por Estados para banir dissidentes políticos. SZNAJDER, Mario; RONIGER, Luis. *The politics of exile in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 11.

²²¹ No Chile, por exemplo, durante a ditadura militar de Augusto Pinochet (1973 a 1990) uma série de decretos foram promulgados para forçar a migração de membros da oposição e redefinir, assim, o mapa político do país. Em dezembro de 1973, um decreto garantindo a expulsão discricionária de cidadãos permitiu que todos os presos – exceto aqueles que aguardavam julgamento – aplicassem pela sua libertação desde que fossem imediatamente expulsos do país. Uma lei de 1974 garantiu então à ditadura militar a autoridade de impedir o retorno de cidadãos chilenos ao país. A aplicação destes decretos forçou milhares de chilenos a abandonar o país e impediu seu retorno. *Ibid.*

²²² Tradução livre. No original: “Exile has been a regulatory mechanism for political systems unable to create pluralistic and inclusive models of participation; and although exile developed as an elite phenomenon in the 19th century when political participation was restricted, it became a massive trend in the 20th century as mobilizations and more inclusive participation led to authoritarian rule”. SZNAJDER, Mario; RONIGER, Luis. *The politics of exile in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 01.

Em termos protetivos, a tradição latino-americana de *asilo* tem sua origem em instrumentos focados primordialmente na relação entre estados, e não necessariamente nos indivíduos em busca de proteção²²³. O primeiro instrumento jurídico regional relacionado ao asilo, concluído em 23 de janeiro de 1889, foi o *Tratado sobre Direito Penal Internacional*²²⁴ (Tratado de 1889) firmado em Montevideú, que trazia nos artigos 15 a 19 previsão ao instituto do asilo em relação à extradição e delitos políticos²²⁵.

Como mencionado no capítulo 1, o instituto protegido no âmbito global difere bastante daquele protegido no âmbito regional. Como destaca José Henrique Fischel de Andrade:

A necessidade particular desse continente fez com que, na regulamentação jurídica *regional* do *asilo*, características próprias e peculiares fossem moldadas nos seus respectivos instrumentos. Apesar de o instituto do asilo, em sua *concepção regional latino-americana*, ter sido, e ainda ser, deveras importante para a solução de alguns casos que surgem no continente, sua influência direta na gênese do instituto *refúgio*, considerado aqui em seu *âmbito global*, é sobremaneira limitada²²⁶.

Décadas mais tarde, outros tratados abordaram o tema do asilo na América Latina, como a Convenção sobre Asilo de 1928 (Havana), a Convenção sobre Asilo Político de 1933 (Montevideú), o Tratado sobre Asilo e Refúgio Político de 1939 (Montevideú), a Convenção sobre Asilo Diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial, ambas de 1954 (Caracas)²²⁷.

Antes mesmo da promulgação da DUDH, a Declaração Americana, aprovada em abril de 1948, já previa o direito de asilo: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais”²²⁸.

A previsão de tal direito foi replicada, duas décadas depois, no artigo 22, §7º da Convenção Americana, que dispõe: “Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais”.

²²³ ARBOLEDA, Eduardo. Op. cit. p. 187.

²²⁴ Tratado sobre Direito Penal Internacional de 1889. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.pdf>. Acesso: 28 de setembro de 2016.

²²⁵ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 18.

²²⁶ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., 1996. p. 19.

²²⁷ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 38.

²²⁸ Artigo 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Conceitualmente, o asilo político “consiste no conjunto de regras que protege o estrangeiro perseguido por motivos políticos e, que, por isso, não pode permanecer ou retornar ao território do Estado de sua nacionalidade ou residência”²²⁹, subdividindo-se em *asilo territorial* e *asilo diplomático*.

O asilo territorial corresponde à situação em que o solicitante já se encontra dentro dos limites territoriais do Estado ao qual solicita proteção; por asilo diplomático compreende-se quando é concedido em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado ao qual se solicita a proteção do asilo²³⁰. Segundo André de Carvalho Ramos, este último configura exceção especialmente difundida na América Latina, uma vez que:

(...) basta que um Estado não celebre tratados sobre o tema ou ainda que não aceite o costume latino americano para não ser obrigado a conceder o salvo conduto aos perseguidos políticos abrigados nas Missões Diplomáticas estrangeiras em seu território (...)²³¹.

Traçando paralelos entre os dois institutos de proteção (*asilo* e *refúgio*), é importante mencionar que, nas duas modalidades de asilo descritas, a proteção será concedida sempre que se identifique a perseguição por motivos de opinião ou de prática de atividades políticas. Por outro turno, o refúgio se caracteriza como um instituto jurídico internacional, regulado por Convenção Internacional de alcance universal, prevendo situações diversas (que ultrapassam a perseguição por dissidência política) para sua concessão²³².

Destaque-se, ainda, que um dos pressupostos à concessão do asilo político é o estrangeiro estar sob perseguição política atual; já o refúgio, por sua vez, objetiva tanto a proteção de pessoas efetivamente perseguidas como aquelas com fundado temor de que a perseguição venha a ocorrer²³³. Este contexto político levaria, por exemplo, um solicitante de refúgio a esbarrar nas

²²⁹ RAMOS, André de Carvalho; et. al. Op. cit., 2011. p. 16.

²³⁰ RAMOS, André de Carvalho; et. al. Op. cit., 2011. p. 20-24.

²³¹ Ibid. p. 23.

²³² RAMOS, André de Carvalho; et. al. Op. cit., 2011. p. 20-24.

²³³ Ibid.

cláusulas de cessação²³⁴, perda e exclusão²³⁵ da Convenção de 1951, inexistentes na concessão de asilo.

Outra diferença entre os institutos reside no local onde a proteção pode ser implementada. Enquanto o asilo pode ocorrer no próprio país onde se solicita a proteção (asilo territorial) ou pode ser concedido em embaixadas, navios ou aviões da bandeira desse Estado (asilo diplomático), o refúgio (por força da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967) só pode ser concedido para quem já ultrapassou as fronteiras do Estado de origem²³⁶.

No que diz respeito à discricionariedade para concessão do asilo, entende-se tradicionalmente que trata-se de direito único e exclusivo do Estado dentro do exercício do seu poder discricionário, com fundamento na Convenção Interamericana sobre Asilo Diplomático²³⁷²³⁸.

Por outro lado, é possível afirmar que, em virtude da evolução do DIDH e à luz do que precedente estabelecido no *Caso Pacheco Tineo*, o asilo não mais se encontra restrito à total discricionariedade estatal, podendo ser rechaçado pelos organismos internacionais, haja vista o direito consagrado no Art. 22, §7º da Convenção Americana já mencionado.

A consequência da internacionalização do asilo é a possibilidade do crivo internacional das decisões de concessão ou denegação de asilo. A antiga discricionariedade plena da concessão de asilo passa, agora, por ser um tema de direito internacional, a ser regulada e o Estado pode vir a ser chamado perante um tribunal (por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violação do Pacto de São José)²³⁹.

²³⁴ Cláusulas de cessação na Convenção de 1951: Artigo 1 C (5) e (6): “C .Esta Convenção, nos casos mencionados a seguir, deixará de ser aplicável a qualquer pessoa abrangida pelas disposições da secção A acima: (...) (5) Se, tendo deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi considerada refugiada, já não puder continuar a recusar pedir a proteção do país de que tem a nacionalidade; (6) Tratando-se de uma pessoa que não tenha nacionalidade, se, tendo deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi considerada refugiada, está em condições de voltar ao país no qual tinha a residência habitual”.

²³⁵ A Convenção de 1951, nas Seções D, E e F do Artigo 1, contém disposições aplicáveis a pessoas que, ainda que preencham os requisitos definidos no Artigo 1(A), não podem se beneficiar da condição de refugiado. Essas pessoas podem ser divididas em três grupos. O primeiro grupo (Artigo 1D) engloba as pessoas que já se beneficiam da proteção ou assistência das nações Unidas; o segundo grupo (Artigo 1 E) trata das pessoas consideradas como não necessitadas de proteção internacional; e o terceiro grupo (Artigo 1 F) enumera as categorias de pessoas que se considera não merecerem a proteção internacional.

²³⁶ RAMOS, André de Carvalho; et. al. Op. cit., 2011. p. 20-24.

²³⁷ RAMOS, André de Carvalho; et. al. Op. cit., 2011. p. 20.

²³⁸ Convenção sobre Asilo Diplomático, Artigo II – Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega.

²³⁹ RAMOS, André de Carvalho; et. al. Op. cit., 2011. p. 18-19.

Nesta perspectiva, pode-se concluir que o gênero asilo compreende as espécies *asilo político* (diplomático e territorial) e o *refúgio*²⁴⁰. Enquanto o primeiro possui caráter constitutivo, dependente de decisão política do país a que se solicita a proteção, o segundo tem caráter declaratório, pois a condição jurídica de refúgio pode ser identificada antes de ter o reconhecimento formal pelo Estado acolhida²⁴¹.

A despeito das diferenças ressaltadas entre os institutos (*asilo* e *refúgio*), ambos convergem em diversos aspectos: por exemplo, ambos (i) independem da nacionalidade do indivíduo, (ii) fundamentam-se na cooperação internacional, (iii) são medidas unilaterais não dependentes de reciprocidade, e, principalmente, (iv) têm por objetivo maior a proteção da pessoa humana²⁴².

Neste sentido, no contexto regional houve maior preocupação em restringir a aplicação do conceito de *refugiado* – quando este seria cabível – justamente aos casos de asilo político. Contudo, como será observado ao longo dos próximos tópicos, o contexto histórico (político) da América Latina parece ter favorecido a construção de conceitos e princípios passíveis de serem adotados por outras jurisdições²⁴³.

2.2.2. O funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

No que diz respeito aos órgãos competentes para promover a aplicação da Convenção Americana e julgar litígios, o sistema interamericano assemelha-se ao modelo europeu, composto de órgãos de fiscalização e julgamento. O poder fiscalizatório e arbitral foi atribuído à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão). O poder contencioso, por sua vez, foi atribuído à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana).

Atualmente, a Comissão é o principal órgão da OEA na aplicação dos termos da Convenção Americana. Suas funções alcançam, também, todos os Estados da OEA em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana. A Comissão está encarregada, assim, de investigar

²⁴⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 36.

²⁴¹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2016. p. 273

²⁴² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 41.

²⁴³ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 103.

alegações e suspeitas de violação às normas da Convenção Americana e da Declaração Americana, e possui função de assessoramento, crítica, legitimadora, promotora e protetora com relação aos mesmos documentos.

Com relação às questões afetas à migração irregular e refúgio, a possibilidade de a Comissão se valer de dois tratados lhe permite uma atuação mais abrangente, pois, em casos de violações de direitos perpetradas por Estados que não tenham aderido à Convenção Americana, poderá aplicar a Declaração Americana²⁴⁴.

A Comissão é formada por 7 membros nacionais de qualquer Estado parte da OEA, eleitos pela Assembleia Geral por quatro anos com direito a uma reeleição, que devem possuir *alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos*²⁴⁵.

Um importante avanço trazido na Convenção Americana às funções da Comissão, que neste ponto se diferencia do sistema europeu, permite à Comissão aceitar denúncias por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, a despeito de prévio reconhecimento de sua competência investigativa pelo Estado parte investigado²⁴⁶.

No entanto, no que tange às comunicações interestatais que digam respeito às violações identificadas por um Estado em relação a outro, há necessidade de reconhecimento expresso da competência da Comissão não só pelo Estado parte denunciante como pelo denunciado²⁴⁷.

Como observa Thomas Buergenthal:

A Convenção Americana inverte o padrão tradicional, até então utilizado pela Convenção Europeia por exemplo, em que o direito de petição individual é opcional e o procedimento da comunicação interestatal é obrigatório. Os elaboradores da Convenção Americana aparentemente assumem que as comunicações interestatais podem ser usadas por certos Estados para objetivos políticos e propósitos intervencionistas e que este risco existe em menor extensão relativamente às comunicações privadas. (...). Contudo, é indiscutível que a disponibilidade do direito de petição individual assegura efetividade ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Ao garantir que os indivíduos encaminhem suas próprias reclamações, o direito da petição individual torna a efetividade dos direitos humanos menos dependente de considerações políticas outras, que tendam a motivar uma ação ou inação governamental²⁴⁸.

²⁴⁴ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 103.

²⁴⁵ Convenção Americana, artigo 34.

²⁴⁶ Convenção Americana, artigos 44 e 41.

²⁴⁷ Convenção Americana, artigo 45, 1.

²⁴⁸ BUERGENTHAL, Thomas. Apud Flávia Piovesan, Op. cit. p.97-98.

A tramitação de petições de denúncia ou reclamações perante a Comissão observa um procedimento composto de quatro fases²⁴⁹: a primeira (e mais importante) é a de admissibilidade, onde é verificado, especialmente, se foi observado o prazo prescricional de seis meses para apresentação do caso após a notificação sobre a sentença interna, se houve o esgotamento dos recursos internos, e se existe litispendência internacional.

Segundo parte da doutrina, a necessidade de esgotamento dos recursos domésticos impede maior efetividade na atuação da Comissão²⁵⁰. Não é este, no entanto, o pensamento de Fábio Konder Comparato, para quem o efetivo cumprimento do requisito impede que os Estados denunciados aleguem, em sede de defesa, que ainda existem recursos internos aptos a reparar os danos²⁵¹.

No mesmo sentido, pontua Antônio Augusto Cançado Trindade:

O dever de provimento pelos Estados partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais. Com efeito, é precisamente porque os tratados de direitos humanos impõem aos Estados partes o dever de assegurar às supostas vítimas, recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos reconhecidos (nos tratados ou no direito interno), que, reversamente, requerem de todo reclamante o prévio esgotamento dos recursos de direito interno como condição de admissibilidade de suas petições a nível internacional²⁵².

Não obstante essa condição de admissibilidade, a Comissão dispensa o cumprimento do prévio esgotamento de recursos sempre que estes não se mostrem eficazes para apurar as violações cometidas ou para imputar responsabilidades e prover reparações, seja pela falta de garantias ao devido processo legal, seja pela impossibilidade de o denunciante utilizar o sistema²⁵³.

Esta dispensa é especialmente relevante em casos de reconhecimento do *status* de refugiado, haja vista que as autoridades migratórias têm por prática violar garantias procedimentais,

²⁴⁹ Convenção Americana, artigos 44 a 51.

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2007. p.85-118; WEIS, Carlos. Op. cit. p. 157-158.

²⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 373.

²⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apud Flávia Piovesan, 2007, Ob. cit., p. 94.

²⁵³ Convenção Americana, artigo 46, 2.

notadamente o devido processo legal, e expulsar solicitantes de refúgio do país antes que possam acessar a jurisdição doméstica²⁵⁴.

A segunda fase do trâmite perante a Comissão corresponde à notificação ao Estado parte denunciado para que se manifeste sobre as acusações em atenção ao princípio do contraditório. Busca-se, então, uma solução amistosa entre as partes; sendo alcançada, a Comissão elabora um informe dirigido ao Estado parte e aos peticionários. Por fim, a Secretaria da OEA é comunicada para publicação do informe.

Caso a Comissão entenda que, diante da gravidade e urgência, já possui informações suficientes sobre a situação denunciada, pode encaminhar diretamente o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não sendo alcançado o consenso, dá-se início à terceira fase. Ali, a Comissão elabora um relatório e envia o 1º Informe ao Estado parte para que este cumpra, no prazo de três meses, as recomendações propostas ante as violações à Convenção Americana encontradas²⁵⁵.

A quarta fase se inicia na hipótese do descumprimento das recomendações. A Comissão poderá, então, encaminhar o caso à Corte Interamericana ou elaborar um 2º Informe com novas recomendações, fixando prazo para que o Estado parte tome as medidas adequadas para remediar a situação de violação. Nesse momento, a Comissão decidirá, através de votação por maioria absoluta de seus membros, se foram adotadas as medidas propostas e se submete ou não o caso à Corte Interamericana²⁵⁶.

Em certos casos, em função da gravidade e urgência, a Comissão deve atuar segundo sua função preventiva, adotando medidas cautelares para salvaguardar os direitos protegidos pelo sistema interamericano ou solicitando à Corte Interamericana a adoção de medidas provisionais, ainda que o caso não tenha sido apreciado pelo órgão jurisdicional²⁵⁷.

No que diz respeito, a Corte Interamericana, esta instalou-se permanentemente em São José da Costa Rica em 3 de setembro de 1979. É composta de 7 juízes, eleitos a título pessoal,

²⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso *Velez Loor v. Panama*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_ing.pdf>. Acesso em 06 de outubro de 2016; Caso *Nadège Dorzema y otros V. República Dominicana*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_ing.pdf>. Acesso em: 06 de outubro de 2016; Caso *Pacheco Tineo v Bolivia*. Sentença de 25 de novembro de 2013; Caso *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas v. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

²⁵⁵ Convenção Americana, artigo 50, 3.

²⁵⁶ Convenção Americana, artigos 50 e 51.

²⁵⁷ Convenção Americana, artigo 25.

nacionais de Estados – membros da OEA, e que devem possuir alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

A Corte Interamericana é dotada de funções contenciosa e consultiva, para aplicação e interpretação dos termos da Convenção Americana. Está encarregada, assim, de julgar litígios decorrentes de submissão pela Comissão Interamericana ou por algum Estado parte. Desde sua instalação, passou por alterações importantes em seu Regulamento²⁵⁸, estando atualmente em vigor o Regulamento de 2009²⁵⁹.

A função consultiva da Corte Interamericana tem resultado em avanço na interpretação de normas protetivas de direitos humanos, tendo se tornado um meio de salvaguardar o pleno exercício de direitos através de pareceres fundamentados, sem que com isso sua competência contenciosa seja provocada²⁶⁰.

A natureza e alcance das Opiniões Consultivas (OC's) emitidas a partir da Convenção Americana gera algumas dúvidas: em particular, discute-se se as OC's são vinculantes aos Estados a ponto de lhes exigir efetivo cumprimento e até onde a Corte pode chegar com tais pareceres²⁶¹.

A resposta parece clara: enquanto documentos produzidos a partir da interpretação de tratados de direitos humanos (notadamente, a Convenção Americana), as OC's representam os princípios inerentes a toda humanidade, devendo ser respeitadas pelos Estados parte²⁶². Inclusive, Estados que não tenham reconhecido a competência jurisdicional da Corte Interamericana (mas são membros da OEA) podem solicitar Opiniões Consultivas à Corte, donde se conclui que sua importância transcende a vinculação de seus termos²⁶³.

Ainda que se argumentasse em sentido contrário, ou seja, que não são vinculantes, as lições tiradas das OC's e incorporadas como fundamentos em casos contenciosos acabam por referendar seus termos. No caso *Pacheco Tineo v Bolívia*, a Corte fundamenta inúmeros trechos de sua decisão nos princípios traçados em Opiniões Consultivas anteriores, especialmente as OC-16/99 e OC-18/03 que serão abordadas no próximo tópico deste trabalho.

²⁵⁸ O Regulamento da Corte Interamericana foi alterado em 1980, 1991, 1996, 2000 e 2003.

²⁵⁹ Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em 28.02.2016.

²⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2007. p. 99.

²⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2016. p. 265.

²⁶² RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2016. p. 265.

²⁶³ Ibid.

A jurisdição contenciosa, por seu turno, só é obrigatória aos Estados partes que a tenham reconhecido expressamente, sem reservas, para aplicação e interpretação dos termos da Convenção Americana²⁶⁴.

A submissão de casos à Corte Interamericana, ao contrário do que ocorre no modelo europeu²⁶⁵, só é admitida por meio da Comissão ou por Estado parte (que tenha reconhecido sua jurisdição)²⁶⁶. Em outras palavras, o indivíduo depende da Comissão para apresentar seu caso à Corte Interamericana.

A tramitação processual junto à Corte Interamericana assemelha-se ao procedimento comum tradicional. Submetido o caso, será determinada a citação do Estado parte dando prazo para que este apresente suas exceções preliminares²⁶⁷. Após essa etapa, as exceções serão analisadas pelo presidente, que poderá ou não convocar uma audiência preliminar. Nesta mesma oportunidade, caso o presidente entenda que algum requisito fundamental não foi cumprido, dará prazo de 20 dias para que o ponto seja sanado²⁶⁸; determinando, por fim, se arquiva ou dá continuidade ao processo.

A seguir, as vítimas terão dois meses para apresentar à Corte, de forma autônoma, suas solicitações, argumentos e provas²⁶⁹. O Estado parte terá então dois meses para contestar os argumentos apresentados pelas vítimas²⁷⁰. Facultativamente, a Corte Interamericana poderá propor uma solução amistosa ao litígio, sendo que as partes poderão entrar em acordo, cabendo à Corte homologá-lo.

Produzidas todas as provas pertinentes e analisado o caso, se for reconhecido que houve, de fato, violação a direito ou liberdade protegido pela Convenção Americana, a Corte Interamericana determinará que sejam adotadas as medidas necessárias para que seja assegurado à vítima o pleno exercício do direito violado²⁷¹.

²⁶⁴ Convenção Americana, artigo 62, 1.

²⁶⁵ Que admite o peticionamento direto do indivíduo, grupo de indivíduos ou organização não governamental.

²⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2007. p.85-118.

²⁶⁷ O demandante pode desistir da ação, cujo pedido será aceito obrigatoriamente pela Corte Interamericana, desde que a desistência ocorra antes da citação. Se o pedido de desistência ocorrer depois, a Corte determinará a oitiva das partes.

²⁶⁸ Regulamento da Corte Interamericana, artigo 38.

²⁶⁹ Regulamento da Corte Interamericana, artigo 40. A partir de 2001, com a revisão das Regras de Procedimento da Corte Interamericana, abriu-se, assim, a possibilidade de se obter maior protagonismo por parte das vítimas e seus representantes.

²⁷⁰ Regulamento da Corte Interamericana, artigo 41.

²⁷¹ Convenção Americana, artigo 63; Regulamento da Corte Interamericana, artigos 65 e 66.

Poderá, ainda, condenar o Estado parte à reparação pertinente, dentre elas: indenização por danos materiais e imateriais, medidas satisfativas e garantias de não repetição, obrigação de fazer e reconhecimento de responsabilidade pelo Estado parte em cerimônia pública.

As decisões emanadas são vinculantes e devem ser prontamente cumpridas, e eventual indenização deverá ser executada pelo processo interno vigente no Estado parte. Caberá à Assembleia Geral da OEA a supervisão da execução das decisões proferidas pela Corte Interamericana. Em caso de descumprimento, caberá à mesma indicar o caso em relatório à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas²⁷².

Nos mesmos moldes que a Comissão, a Corte Interamericana também é dotada de poder de cautela, e pode adotar medidas provisionais em razão da gravidade e urgência dos casos que lhe tenham sido submetidos, a fim de que se evitem danos irreparáveis às vítimas de violações²⁷³.

Portanto, apesar do filtro inicial de acesso ao Sistema Interamericano, uma vez superada tal fase o processo transcorre com relativa fluidez até que sejam proferidas as sentenças condenatórias.

2.3. O olhar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a questão do refúgio

Como mencionado anteriormente, a região das Américas possui histórico de violações de direitos humanos que ocasionou graves crises, especialmente na América Central, região que foi responsável pelo aumento no número de refugiados. A tradição de asilo na América Latina foi assim colocada em xeque entre as décadas de 1980 e 1990²⁷⁴.

Diante da necessidade de solucionar o problema do deslocamento forçado de cerca de dois milhões de pessoas²⁷⁵, foi adotada em 1984 a Declaração de Cartagena das Índias.

²⁷² Convenção Americana, artigo 65.

²⁷³ Convenção Americana, artigo 63.

²⁷⁴ ARBOLEDA, Eduardo. Op. cit. p. 200.

²⁷⁵ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; JAROCHINSKI SILVA, João Carlos. O Potencial Transformador do Refúgio: aprofundamento da solidariedade e da limitação à soberania como legado da Declaração de Cartagena e de seus processos revisionais. In RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. (coords.). Coleção Direito Internacional Multifacetado - Direitos Humanos, Guerra e Paz. Curitiba: Juruá, 2014. p. 173-198.

A Declaração de Cartagena surgiu através das conclusões e recomendações apresentadas no “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários” realizado em novembro de 1984 na Colômbia, na cidade de Cartagena. O Colóquio foi organizado pelo ACNUR, Universidade de Cartagena e o Centro de Estudos do Terceiro Mundo com o objetivo de proporcionar e promover medidas mais adequadas de proteção aos refugiados.

Até a presente data vinte e sete Estados da região integram o regime internacional de refugiados representado pela Convenção de 1951: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Dentre os Estados que incorporaram a Declaração de Cartagena em seus ordenamentos jurídicos se encontram: Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Uruguai.

Os instrumentos de proteção até então existentes, notadamente as Convenções que cuidavam de *asilo*, não eram suficientes para proteger este contingente de pessoas. A Declaração de Cartagena se destaca dos demais instrumentos de proteção a refugiados por trazer temática inédita até então no âmbito da Américas²⁷⁶.

Como mencionado no capítulo 1, inspirada na Convenção da OUA e na possibilidade de ir além do conceito de refugiado esposado na Convenção de 1951, a Declaração inovou com o *espírito de Cartagena* ao estender a proteção a indivíduos que são obrigados a fugir de seus países devido à violência generalizada, à agressão estrangeira, aos conflitos internos ou à violação maciça de direitos humanos²⁷⁷.

Essa definição ampliada é extremamente relevante no contexto regional, pois acrescenta às questões individuais²⁷⁸, previstas na Convenção de 1951, uma dimensão coletiva merecedora de proteção internacional. Nesse sentido, basta a identificação de grave e generalizada violação de direitos humanos (e a constatação de que não se aplicam as cláusulas de exclusão) para

²⁷⁶ JUBILUT, Liliana Lyra; et. al. Op. cit., 2014. p. 173-198.

²⁷⁷ Declaração de Cartagena de 1984 – Conclusão 3.

²⁷⁸ Perseguições por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política, grupo social.

o reconhecimento do *status* de refugiado²⁷⁹. Tal definição dispensa, assim, o fundado temor de perseguição individual para identificar o refugiado²⁸⁰.

Outro ponto de destaque da Declaração de Cartagena de 1984 é seu reconhecimento ao trabalho desenvolvido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (notadamente a Comissão Interamericana) na proteção de asilados e refugiados²⁸¹. Nesta perspectiva, não é surpresa que as Conclusões 14, 15 e 16 tragam a necessidade do fortalecimento da interlocução dos Estados membros da OEA, da Comissão Interamericana e do ACNUR.

Declaração de Cartagena – Conclusão 14: “Instar as organizações não governamentais, internacionais e nacionais a prosseguirem o seu incomensurável trabalho, coordenando a sua ação com o ACNUR e com as autoridades nacionais do país de asilo, de acordo com as diretrizes dadas por estas autoridades”.

Declaração de Cartagena – Conclusão 15: “Promover a utilização, com maior intensidade, dos organismos competentes do sistema interamericano e, em especial, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o propósito de complementar a proteção internacional dos asilados e refugiados. Desde já, para o cumprimento dessas funções, o Colóquio considera que seria aconselhável acentuar a estreita coordenação e cooperação existente entre a Comissão e o ACNUR”.

Declaração de Cartagena – Conclusão 16: “Deixar testemunho da importância que reveste o Programa de Cooperação OEA/ACNUR e as atividades que se têm desenvolvido e propor que a próxima etapa concentre a sua atenção na problemática que gera a afluência maciça de refugiados na América Central, México e Panamá”.

A coordenação e cooperação destes atores deve se dar, segundo as Conclusões 8 e 10 da Declaração, mediante a aplicação de todos os instrumentos de proteção afetos ao Direito Internacional dos Refugiados: a Convenção de 1951, o Protocolo de 1967, a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁷⁹ BARICHELLO, Stefania Eugenia. A evolução dos instrumentos de proteção do direito internacional dos refugiados na América Latina: da Convenção de 1951 ao plano de ação do México. *Universitas Relaciones Internacionales*, Brasília, v. 10, n. 1, p 33-51, jan./jun.2012.

²⁸⁰ JUBILUT, Liliana Lyra; CARNEIRO, Wellington. Resettlement in Solidarity: a regional new approach towards a more humane durable solution. *Refugee Survey Quarterly*, v. 30, n. 3, 2011. p. 63-86.

²⁸¹ ACNUR. 10 años de La declaración de Cartagena sobre refugiados: declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas. Memoria del Coloquio Internacional, 1994, para 63. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7601.pdf?view=1>>. Acesso em 20 de outubro de 2016. p. 106-109.

Declaração de Cartagena – Conclusão 8: “Propiciar que os países da região estabeleçam um regime de garantias mínimas de proteção dos refugiados, com base nos preceitos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 e na Convenção Americana dos Direitos Humanos, tomando-se ainda em consideração as conclusões emanadas do Comitê Executivo do ACNUR, em particular a n. 22 sobre a Proteção dos Candidatos ao Asilo em Situações de Afluência em Grande Escala”.

Declaração de Cartagena – Conclusão 10: “Formular um apelo aos Estados Signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 para que apliquem este instrumento na sua conduta com os asilados e refugiados que se encontram no seu território”.

A Conclusão 17 da Declaração estabelece, por fim, um mecanismo de disseminação em rede, que ocorre pelo incentivo de promoção a uma cultura de proteção e promoção de direitos humanos e do direito internacional dos refugiados a universidades e centros de educação de ensino superior.

Declaração de Cartagena – Conclusão 17: “Propiciar nos países da América Central e do Grupo Contadora uma difusão a todos os níveis possíveis das normas internacionais e internas referentes à proteção dos refugiados e, em geral, dos direitos humanos. Em particular, o Colóquio considera de especial importância que essa divulgação se efetue contando com a valiosa cooperação das correspondentes universidades e centros superiores de ensino”.

A cada decênio, a elaboração da Declaração de Cartagena passa por processos revisionais. Isso resulta em outros documentos protetivos, como a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994 (Declaração de São José), o Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina de 2004 (Plano de Ação do México) e, o mais recente, a Declaração e Plano de Ação do Brasil no marco de 30 anos da Declaração de Cartagena de 2014.

Ainda que a Declaração de Cartagena e seus marcos comemorativos sejam considerados instrumentos de *soft law*, seu vanguardismo inspirou tantos ordenamentos jurídicos da região que o ACNUR reconheceu a força jurídica vinculante deste instrumento. Tal posicionamento foi apoiado tanto pela Assembleia Geral da ONU como da OEA (que adota a

Declaração), pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pelo Parlamento Andino e pelo Parlamento Europeu²⁸².

Assim, a atuação do sistema interamericano deve ser sempre analisada à luz dos princípios trazidos pela Declaração de Cartagena de 1984, uma vez que sua promulgação estabelece, no âmbito da América Latina, “claro vínculo entre os domínios do Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”²⁸³.

Como mencionado no subitem 2.2.2, a Comissão Interamericana tem atuação expressiva no contexto regional, especialmente pela possibilidade de aplicação tanto da Declaração Americana (que abrange todos os Estados da OEA) como da Convenção Americana (aos Estados que aderiram a ela)²⁸⁴.

Nos casos de migração irregular e refúgio submetidos à Comissão, é possível verificar um padrão de identificação de violações a partir da Declaração Americana que tem, como grande alicerce, o *espírito de Cartagena*. Isto porque a Comissão entende que garantias gerais de procedimento, como o direito a um julgamento justo e o devido processo legal, aplicam-se, também, às decisões que envolvam entrada, permanência e expulsão de estrangeiros²⁸⁵. Dentre as garantias aplicáveis ao processo de reconhecimento do status de refugiado, a Declaração Americana prevê:

Declaração Americana, Artigo 27: Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais.

Declaração Americana, Artigo 26: Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Declaração Americana, Artigo 18: Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que

²⁸² ACNUR. 10 años de La declaración de Cartagena sobre refugiados: declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas. Memoria del Coloquio Internacional, 1994, para 63. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7601.pdf?view=1>>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

²⁸³ BARICHELLO, Stefania Eugenia. Op. cit., 2012. p. 39.

²⁸⁴ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 96.

²⁸⁵ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 97-99.

violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Na interpretação da Comissão, à luz do que dispõem os artigos 27, 26 e 18 da Declaração Americana, o Direito Internacional dos Refugiados “deve ter supostamente evoluído ao ponto onde se reconhece o direito de um solicitante de asilo a uma audiência para determinar se preenche a definição de refugiado”²⁸⁶.

No aspecto contencioso, até 2016, 255²⁸⁷ casos foram julgados pela Corte Interamericana e 22 Opiniões Consultivas foram proferidas. Muito embora o repositório de imigração²⁸⁸ ainda seja pequeno em comparação às outras questões analisadas pela Corte, a consolidação desses precedentes sinaliza avanços importantes para o contexto das Américas, especialmente no que diz respeito ao exercício de sua competência consultiva e, em particular, ao contínuo reconhecimento da situação de vulnerabilidade de migrantes irregulares²⁸⁹.

Nesta perspectiva, a Corte Interamericana proferiu, nas últimas duas décadas, três opiniões consultivas importantes no âmbito das migrações. A Opinião Consultiva nº 16 de 01 de outubro de 1999 (OC-16/99) trata do *direito à informação sobre assistência consular no marco do devido processo legal*; por sua vez a Opinião Consultiva nº 18 de 17 de setembro de 2003 (OC-18/03) trata da *condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*; e, mais recentemente, a Opinião Consultiva nº 21 de 19 de agosto de 2014 (OC-21/14) trata dos *direitos e garantias de crianças no contexto de migrações e/ou que precisem de proteção internacional*.

É razoável dizer que a Corte Interamericana adota posição proativa não apenas na defesa dos direitos humanos de pessoas em situação de refúgio²⁹⁰, mas também na proteção de direitos de migrantes irregulares²⁹¹. Isto se reflete em decisões que asseguraram o direito à não-

²⁸⁶ Tradução livre. No original: “(...) international refugee law is purported to have evolved to the point where it recognizes the right of an asylum-seeker to a hearing to determine whether she fulfils the refugee definition.” Cf. CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 98.

²⁸⁷ A pesquisa considera todos os casos que tiveram sentença proferida sem contabilizar as sentenças de interpretação sobre casos já julgados.

²⁸⁸ Com o objetivo de propagar conhecimento e facilitar padrões de atuação, toda a jurisprudência e Opiniões Consultivas referente a migrações podem ser analisadas através de trechos relevantes selecionados nos Cadernos de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos publicados a partir de 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

²⁸⁹ BEDUSCHI, Ana. The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants’ Rights: Opportunities and Challenges. *Refugee Survey Quarterly*. 2015, 34, 45-74. Oxford: Oxford University Press.

²⁹⁰ Caso *Pacheco Tineo v. Bolívia*; OC-21/14.

²⁹¹ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 103..

discriminação, à igualdade de tratamento, ao devido processo legal e às garantias mínimas em casos de detenção e expulsão²⁹². Estes direitos denotam o caráter progressivo e expansivo dos direitos humanos.

Como firmado no caso *Velez Loor v. Panamá*:

(...) ao adotar as medidas pertinentes, os Estados devem respeitar os direitos humanos e garantir o seu exercício e gozo para todas as pessoas que estão no seu território, sem discriminação com base na sua situação regular ou irregular, ou na sua nacionalidade, raça, sexo ou qualquer outro motivo²⁹³.

Essa interpretação expansiva da Corte se deve tanto à influência proporcionada pela atuação da Comissão Interamericana, como em virtude de poder interpretar provisões da Convenção Americana (que a criou) à luz de outros tratados que vinculem o Estado violador²⁹⁴.

Como observa Ana Beduschi, a postura da Corte Interamericana destaca-se em comparação a outros sistemas regionais pela robustez e agressividade das sentenças proferidas diante de um contexto regional que reflete reiteradas violações de direitos humanos²⁹⁵.

Justamente no que tange às reparações, a abordagem da Corte no reconhecimento de obrigações estatais sobre direitos de migrantes irregulares e refugiados é considerada original e superior, inclusive, às medidas de reparação determinadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos²⁹⁶.

Em casos relacionados à migração, as medidas de reparação²⁹⁷ determinadas pela Corte Interamericana incluem: o desenvolvimento de programas de treinamento e formação de pessoas para lidar com a população migrante que possam garantir o devido processo legal²⁹⁸, assistência

²⁹² OC-18/03; OC-21/14, *Caso Nadege Dorzema y otros V. República Dominicana; Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas v. República Dominicana; Caso Velez Loor v. Panamá*.

²⁹³ *Caso Velez Loor v. Panamá*, para 100.

²⁹⁴ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 97.

²⁹⁵ BEDUSCHI, Ana. Op. cit. p. 66. A autora destaca alguns dos desafios enfrentados pela Corte Interamericana que incluem: massacres de populações indígenas; sequestros, tortura e assassinatos de crianças de rua pela polícia; desaparecimentos forçados; e assassinatos violentos de migrantes irregulares e solicitantes de refúgio. *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ As medidas de reparação determinadas pela Corte Interamericana podem ser classificadas em 13 grupos diferentes: (i) compensação monetária; (ii) compensação econômica não monetária; (iii) reparações simbólicas; (iv) restituição de direitos; (v) prevenção pelo treinamento de servidores públicos; (vi) prevenção pela promoção de conscientização social; (vii) prevenção por reformas legislativas; (viii) prevenção pelo fortalecimento, criação ou reforma de instituições públicas; (ix) prevenção por medias inespecíficas; (x) investigação e punição com reforma legislativa; (xi) investigação e punição sem reforma legislativa; (xii) proteção de vítimas e testemunhas e (xiii) outros. Cf. BEDUSCHI, Ana. Op. cit. p. 63.

²⁹⁸ *Caso Velez Loor v. Panamá*.

consular²⁹⁹, realização de atos públicos que reconheçam a responsabilidade internacional do Estado e emitam pedido de desculpas³⁰⁰, e desenvolvimento de campanhas publicitárias para reconhecimento dos direitos de migrantes regulares e irregulares³⁰¹.

Por outro lado, críticas pontuais são feitas à atuação da Corte Interamericana pela interferência desproporcional em assuntos domésticos mediante determinação de adaptação, em período razoável, da legislação doméstica do Estado violador de direitos³⁰². De qualquer forma, em termos gerais, as decisões têm por objetivo essencial assegurar um nível de cumprimento de padrões internacionais de direitos humanos³⁰³.

Não é exagero, neste sentido, dizer que a Convenção Americana é a principal norma de proteção de direitos humanos no âmbito da OEA, (i) pela abrangência geográfica, por contar com 23 Estados signatários; (ii) pelo catálogo de direitos civis e políticos; e (iii) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta inclusive com uma Corte de Direitos Humanos³⁰⁴.

Nesta perspectiva, o caso *Pacheco Tineo* que será abordado no próximo capítulo consolida uma tendência de proteção a migrantes, especialmente aqueles em situação de refúgio na Américas, mediante aplicação de conceitos e princípios sólidos que a Corte Interamericana desenvolveu nas últimas décadas.

²⁹⁹ Caso *Velez Loor v. Panama*.

³⁰⁰ Caso *Nadège Dorzema y otros V. República Dominicana*.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² BEDUSCHI, Ana. Op. cit. p. 64.

³⁰³ Caso *Velez Loor v. Panamá*.

³⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Orgs. AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CAPÍTULO 3. O CASO PACHECO TINEO v. BOLÍVIA

3.1. Apresentação do Caso no contexto da proteção geral aos refugiados na América Latina³⁰⁵

Apesar de o julgamento ter ocorrido apenas doze anos após as violações perpetradas, o caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*³⁰⁶ evidencia a interação e convergência do Direito Internacional dos Refugiados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, representado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mediante interpretação desta última à luz dos institutos específicos sobre o refúgio.

Os fatos que provocaram a ação do Sistema Interamericano nesse caso ocorreram no curto espaço de cinco dias, entre 19 de fevereiro de 2001 e 24 de fevereiro de 2001. Mas os problemas da família peruana tiveram início uma década antes.

No início dos anos 1990, ainda no Peru, Rumaldo Juan Pacheco Osco e sua esposa Fredesvinda Tineo Godos foram indiciados e presos por supostos crimes de terrorismo durante o governo Fujimori.

Em 1992, houve uma rebelião no presídio em que cumpriam pena por ocasião de um procedimento de transferência de detentos. Os presos, incluindo o Sr. e a Sr^a Pacheco, sofreram inúmeras violações de direitos em razão da força excessiva empregada por agentes penitenciários para conter os ânimos. O episódio teve grande repercussão e o caso *Prisão Miguel Castro-Castro v. Peru*³⁰⁷ chegou ao Sistema Interamericano para apuração da responsabilidade internacional do Estado do Peru.

Em 1994, o Sr. e a Sr^a Pacheco Tineo foram absolvidos das acusações de terrorismo e libertados. No final de 1995 decidiram ir para a Bolívia pois tiveram conhecimento que um mandado de prisão havia sido expedido contra eles em virtude da anulação do julgamento que os

³⁰⁵ Este subitem é desenvolvido a partir dos fatos narrados nos parágrafos 65 a 113 do Caso *Pacheco Tineo*.

³⁰⁶ Doravante denominado caso *Pacheco Tineo*. O julgamento foi proferido em 25 de novembro de 2013.

³⁰⁷ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_ing.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2016. O Estado do Peru foi condenado em 2006 pela Corte Interamericana por violação aos artigos: artigo 1 (obrigação de respeitar direitos), artigo 4 (direito a vida), artigo 5 (direito a tratamento digno), artigo 8 (direito a um julgamento justo) e artigo 25 (direito a proteção judicial). O Peru foi responsabilizado internacionalmente pela utilização de força excessiva durante um procedimento de transferência de presos que resultou na morte de 42 presos, 175 feridos e 322 submetidos a tratamento cruel, desumano e degradante.

havia absolvido. Ingressaram, então, na Bolívia em 1995, onde a família (mãe, pai e duas filhas) teve reconhecido seu *status* de refugiado pelo Estado boliviano.

Em 1998, o Sr. Pacheco Tineo assinou uma declaração de repatriamento voluntário, mas não retornaram ao Peru. O relato do caso apresentado na Corte Interamericana indica não ter ficado claro se de fato havia ânimo “voluntário” de assinar tal declaração voluntária, uma vez que a família alega ter sofrido violações de direitos econômicos, sociais e culturais na Bolívia e sentiu-se obrigada a deixar o país.

A família ingressou, então, no Chile, onde novamente pediu refúgio, sendo também reconhecidos como refugiados naquele país. No Chile tiveram o terceiro filho, um menino, Juan Ricardo Pacheco Tineo, que passou a ter a nacionalidade chilena. Em fevereiro de 2001, decidiram viajar ao Peru para atualizar suas informações acadêmicas e profissionais e verificar a possibilidade de retornar definitivamente ao país de origem.

No Peru, entraram em contato com o advogado da família que os advertiu de que os mandados de prisão expedidos em 1995 não haviam sido revogados. Sentindo-se em risco no próprio país, decidiram retornar ao Chile, pela Bolívia.

No dia 19 de fevereiro de 2001, ingressaram no Estado boliviano e foram apreendidos pelas autoridades migratórias sob o pretexto de não possuírem documentação regular de ingresso no país. A família explicou às autoridades sua situação, pedindo que lhes fosse permitido chegar ao Chile. A Sr^a Pacheco Tineo chegou a ser presa e só foi liberada após apresentação de um *habeas corpus*.

Impedidos de seguir para o Chile sob a alegação de que não haviam “entrado” na Bolívia, diante do ingresso irregular, e por isso não podiam “sair” para um terceiro Estado. A passagem para outro Estado não foi admitida pelas autoridades bolivianas sob o pretexto de criar desconforto junto ao Estado chileno.

O Sr. Pacheco Tineo decidiu apresentar, então, solicitação de reconhecimento do *status* de refugiado, já que no passado já haviam sido reconhecidos como tal pelo mesmo país. A solicitação foi rejeitada pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)³⁰⁸, que decidiu sumariamente que não analisaria o pedido dos solicitantes, sem prover qualquer tipo de audiência às partes.

³⁰⁸ O CONARE é o órgão responsável pela análise das solicitações de refúgio em cada Estado.

Uma das razões para a negativa fora justamente a declaração de repatriamento assinada três anos antes. O CONARE entendeu que a renúncia tácita à condição de refugiado implicava reconhecer que as causas motivadoras do primeiro pedido haviam cessado, não havendo fundamento para uma segunda solicitação.

Este ato administrativo infringiu o dever de cautela, pois o CONARE não apenas deveria ter considerado uma razoável alteração das circunstâncias objetivas da família no interregno de três anos como já tinha informações indicando que os solicitantes ostentavam a condição de refugiado ou residente reconhecida no Chile.

Muito embora tenham apresentado elementos comprobatórios de que já possuíam a condição de refugiado ou residente reconhecida pelo Chile em razão do filho menor ostentar tal nacionalidade, a família foi expulsa da Bolívia para o Peru pela autoridade migratória (SENAMIG) sem direito a qualquer tipo de recurso ou notificação da decisão do CONARE boliviano. No Peru, o Sr. e Sr^a Pacheco Tineo voltaram a ser privados da sua liberdade durante quatro meses.

Em 2002, a família apresentou o caso à Comissão Interamericana que o admitiu em 2004. Em outubro de 2011 a Comissão elaborou relatório fundamentado concluindo que a família teve direitos violados segundo a Convenção Americana, entre eles: direito a garantias judiciais, direito a pedido de asilo, direito a não-devolução, direito a proteção judicial, reconhecidos, respectivamente nos artigos 8, 22 (7), 22 (8) e 25.

A Comissão considerou ainda, violação ao direito a integridade moral e física e direito a proteção especial a crianças, previstos nos artigos 5 (1) e 19 da Convenção Americana. Em virtude das violações indicadas a Comissão apresentou recomendação de reparação ao Estado Boliviano de ordem pecuniária e não pecuniária.

O caso foi apresentado à Corte Interamericana pela Comissão Interamericana em 21 de fevereiro de 2012 tendo em vista o descumprimento e ausência de manifestação do Estado Boliviano acerca das recomendações de reparação apresentadas pela Comissão.

Curiosamente, como mencionado no subitem 1.2.1, a Bolívia foi o primeiro país da América Latina a adotar o *espírito de Cartagena* pela incorporação no ordenamento jurídico pátrio da *grave e generalizada violação de direitos humanos* perpetrada em face do indivíduo como elemento de definição da condição de refúgio³⁰⁹. Além disso, o país aderiu à Convenção de 1951

³⁰⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. Refugee Law and Protection in Brazil: a model in South America?, *Journal of Refugee Studies*, 19 (1). 2006.

e ao Protocolo de 1967 desde 1982, incorporando tais instrumentos em seu ordenamento jurídico interno a partir de 2000³¹⁰. Nem por isso deixou violar os direitos humanos da Família Pacheco Tineo.

Ao buscar a fundamentação das violações na Convenção de 1951, a Corte Interamericana promoveu verdadeira convergência de normas com o objetivo de garantir a maior proteção possível à pessoa humana, concluindo que a Bolívia ofendeu fontes e princípios do Direito Internacional dos Refugiados bem como uma série de direitos assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dentre os direitos previstos na Convenção Americana violados pela Bolívia, destacam-se: (i) direito de buscar e receber asilo; (ii) princípio da não devolução; (iii) direito de ser ouvido com as devidas garantias legais; (iv) direito a proteção judicial; (v) direito a integridade física e moral; (vi) proteção às crianças e família³¹¹.

O Estado boliviano incorreu, assim, em responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos constantes na Convenção Americana, em razão das ações e omissões dos funcionários do SENAMIG e do CONARE.

Por meio de uma Resolução publicada em 17 de abril de 2015, a Corte Interamericana decidiu concluir e arquivar o caso *Pacheco Tineo*, tendo em vista que a Bolívia cumpriu todas as reparações ordenadas na sentença.

A Corte constatou que a Bolívia realizou as publicações e a difusão da sentença bem como pagou as indenizações a título de dano material e imaterial às vítimas. A Corte considerou os preparativos pertinentes para efetuar o pagamento às vítimas no Chile, país onde residem, realizando, inclusive, um “ato oficial” de entrega das indenizações no Consulado da Bolívia em Santiago. Reembolsou, assim, o valor devido ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas, e elaborou e iniciou a implementação do “Programa de Capacitação” denominado “Atualização em Gestão Migratória (2ª versão)”, voltado à capacitação de funcionários do Departamento Nacional de Migração e da Comissão Nacional de Refugiados, assim como de funcionários de outras entidades com atribuições relacionadas à atenção de migrantes e solicitantes de refúgio.

A Corte levou em consideração que o conteúdo do programa inclui matérias relativas aos padrões internacionais de direitos humanos dos migrantes, garantias do devido processo e

³¹⁰ Lei 2071 de 14 de abril de 2000.

³¹¹ Artigos da Convenção Americana violados: art. 22.7; art. 22.8; art. 8; art. 25; art. 5.1; art. 19; art. 17. As violações de direitos serão retomadas nos itens 3.2.2 e 3.3 do presente trabalho.

Direito Internacional de Refugiados e contempla uma matéria específica sobre a sentença do presente caso, e que a Bolívia assegurou a previsão orçamentária para sua execução em 2015.

Como analisado no capítulo anterior, a Corte Interamericana já havia lidado com questões relativas a migrantes, especialmente os irregulares. No entanto, *Pacheco Tineo* é o primeiro caso a tratar especificamente de refúgio. A decisão proferida destaca-se, pois tem como base a evolução jurisprudencial do próprio Sistema Interamericano e, como será analisado nos próximos tópicos, a complementariedade do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3.2. A importância do Sistema Internacional de Proteção da Pessoa Humana na Definição Contemporânea de Refugiado

Como mencionado no primeiro capítulo, o Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana surge em resposta às preocupações da sociedade internacional³¹², devastada pelos horrores da Segunda Guerra Mundial. Integra o ramo de estudo do Direito Internacional Público (DIP) e possui três vertentes específicas de proteção: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR)³¹³.

Apesar de serem ramos distintos e autônomos do DIP, o DIDH, o DIH e o DIR possuem a mesma base histórica, fundamentos e princípios clássicos³¹⁴. Distinguem-se do DIP por possuírem institutos e objetos próprios, limitados e precisos, que convergem em um grande objetivo: a proteção integral dos direitos da pessoa humana, destinatária final das normas processuais e substantivas de cada um destes ramos³¹⁵, como consagra a Conferência de Viena de 1993.

³¹² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 51.

³¹³ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2013.

³¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados*. San José; Brasília. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. p. 30.

³¹⁵ Ibid.

Sobre a integração das vertentes de proteção à pessoa humana proposta na Convenção de Viena de 1993, Flávia Piovesan destaca que:

A Conferência de Viena de 1993 insiste nos meios de se lograr maior coordenação, sistematização e eficácia dos múltiplos mecanismos de proteção dos direitos humanos existentes. Exige assim o fim de uma visão compartimentalizada e aponta para a necessidade de incorporar a dimensão dos direitos humanos em todas as atividades e programas dos organismos que compõem o sistema das Nações Unidas, somada à ênfase no fortalecimento da interrelação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento³¹⁶.

O pensamento mais moderno revela, assim, ser ultrapassada a análise dos respectivos ramos do Direito de forma compartimentalizada, diante da identidade de propósito na busca da proteção da pessoa humana em toda e qualquer circunstância³¹⁷.

A interrelação dos eixos de proteção mencionados fica evidenciada na medida em que (i) compete ao DIDH a proteção do ser humano em todos os aspectos, especialmente na garantia de direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais; (ii) ao DIH compete a proteção do ser humano dos conflitos armados no âmbito internacional ou não internacional; e (iii) o DIR atua na proteção do refugiado: desde o momento em que abandona seu país de origem ou residência, no deslocamento de um estado a outro, até o reconhecimento do *status* de refugiado no país de acolhimento e, eventualmente, cessação desta condição³¹⁸.

Como analisado anteriormente, a integração das três vertentes vem sendo cada vez mais intensificada na jurisprudência internacional ao longo das últimas décadas, tanto no plano regional – nos sistemas europeu, africano e interamericano de proteção de direitos humanos – como no sistema global de proteção, no âmbito da Organização das Nações Unidas, em virtude da identidade e convergência de propósitos, bem como em razão da complementaridade das normas que regem cada eixo de proteção.

Isto porque as normas que regem o DIR e o DIH são consideradas *lex specialis* e as normas que regem o DIDH são consideradas *lex generalis*, podendo ser aplicadas, assim, subsidiariamente quando são insuficientes os instrumentos normativos próprios³¹⁹. Isso ocorre, por

³¹⁶PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2001. p. 29.

³¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 282.

³¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2013.

³¹⁹ Ibid.

exemplo, no acesso das vítimas às cortes internacionais³²⁰, como é especificamente o caso dos refugiados.

Por fim, o DIDH, o DIH e o DIR ainda guardam relação ao DIP no que diz respeito às suas fontes³²¹, consideradas, atualmente, segundo o artigo 53³²² da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969 como normas de *jus cogens*.

O Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana encontra, assim, seu fundamento no valor dignidade da pessoa humana. Tal valor consolida o pensamento kantiano que indica que o homem é um fim em si mesmo, pois não apenas é dotado de dignidade, valor intrínseco absoluto; mas também é insubstituível e único, razão pela qual não deve ser tomado como um meio a ser arbitrariamente usado para algum propósito³²³.

No que tange especificamente à aproximação do DIR ao DIDH, objeto de análise deste trabalho, aquele fundamenta-se no DIDH em uma perspectiva de gênero/espécie, uma vez que sua finalidade é, como analisado nos capítulos anteriores, proteger os indivíduos que, por motivos de raça, nacionalidade, opinião política, religião ou pertencimento a determinado grupo social, foram forçados a abandonar seu país de origem ou residência para viver em outro Estado³²⁴.

Enquanto a aplicabilidade do DIR apresenta condições específicas e definidas em instrumentos normativos, o DIDH tem por objetivo zelar e estabelecer condições mínimas e adequadas para proteger o ser humano de quaisquer violações de direitos, civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais perpetradas pelo Estados ou seus agentes, em âmbito interno ou internacionalmente, ou mesmo por seus pares.

³²⁰ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2013.

³²¹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe foram submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

³²² Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 53: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

³²³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. p. 68-69.

³²⁴ Artigo 1, §1º, (c) da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

O DIR possui, neste sentido, como fonte e fundamento principiológico, o DIDH. A conexão entre os institutos existe justamente porque as pessoas que passaram a viver em condição refúgio tiveram seus direitos humanos reiteradamente ameaçados ou efetivamente violados³²⁵. A proteção de ambos os regimes é, nesta perspectiva, claramente complementar e não se exclui mutuamente. Como expõe Liliana Lyra Jubilut:

Tal fato é extremamente positivo, pois fortalece a proteção ao refugiado, uma vez que ao mesmo tempo em que se assegura o refúgio, livrando-o de violações de direitos relativos ao seu status civil, ele traz em si a necessidade de resguardar também os demais direitos humanos, para, com isso, aumentar o nível de proteção dado à pessoa humana³²⁶.

Flavia Piovesan identifica, ainda, quatro pontos de convergência e interação da proteção dada à pessoa humana pelo DIR e pelo DIDH: (i) quem é perseguido deve ter seus direitos à segurança e à não-discriminação respeitados em seu país de origem ou residência habitual; (ii) em razão da perseguição, o indivíduo tem o direito de liberdade de locomoção, de ir e vir, para poder sair da situação de perseguição e ir buscar refúgio em outro local que lhe ofereça segurança, fugindo, assim, de uma eventual prisão injusta, ameaça à vida ou à sua integridade física; (iii) após ser acolhido no país de sua nova morada, mediante concessão de asilo ou reconhecimento do *status* de refugiado, o Estado de acolhida terá o dever de zelar por sua proteção, respeitando os direitos fundamentais do refugiado ou asilado; (iv) por fim, a necessidade do respeito aos direitos humanos no país de origem, após a cessação das causas que fundamentaram a perseguição³²⁷.

A interrelação dos institutos apresenta, no entanto, alguns aspectos negativos, como destaca Liliana Lyra Jubilut. Segundo a autora, o primeiro refere-se à epistemologia do fundamento do DIDH em virtude da disputa acadêmica existente entre as correntes do universalismo e do relativismo cultural dos direitos humanos³²⁸. Em se tratando de refugiados oriundos do Oriente Médio, por exemplo, determinado caso que, aparentemente, envolva uma questão de identidade

³²⁵ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2001. p. 28.

³²⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 61.

³²⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2001. p. 37.

³²⁸ Segundo Flávia Piovesan, para os que defendem o relativismo cultural, “a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Neste prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade”; os adeptos do universalismo, por sua vez, alegam que os direitos humanos são universais e assim devem ser tratados globalmente pela comunidade internacional. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2004. p. 58-59.

cultural do país de origem do solicitante pode acabar revelando verdadeira violação de direitos humanos no país de destino.

Um exemplo clássico deste problema refere-se à questão da mutilação genital feminina praticada em países muçulmanos e alguns do continente africano³²⁹. Ainda que defensores do relativismo cultural advoguem em defesa da prática com base na tradição e identidade cultural de determinado país (argumento de DIDH), existem inúmeras mulheres que se opõem ao procedimento³³⁰.

Se por um lado o DIDH tem por objetivo oferecer a maior proteção da dignidade da pessoa humana em qualquer lugar do mundo, o DIR surge como remédio às situações que denotem, entre outros elementos, um bem fundado temor de perseguição. Na medida em que não é possível afirmar que todas as mulheres se sentem perseguidas pela prática da mutilação genital, é necessário que exista um sistema de proteção apto a remediar tal caso em relação àquelas que se encaixem na definição clássica da Convenção de 1951³³¹.

A disputa destas correntes, por sua vez, leva ao segundo ponto negativo, o da efetivação dos direitos humanos e especialmente, das normas do DIR, já que a preocupação da sociedade internacional e, sobretudo, do ACNUR e da ONU após a Segunda Guerra Mundial, pauta-se na necessidade de efetivação prática da proteção prevista nos instrumentos internacionais³³².

Norberto Bobbio já advertia que o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los impedindo dessa forma que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados³³³.

O problema da efetivação de direitos é especialmente relevante em tempos de crise econômica, uma vez que isto pode significar um endurecimento de procedimentos migratórios às custas dos direitos de refugiados³³⁴; em outras palavras: quanto mais restritivos os critérios para reconhecimento do *status* de refugiado, menos pessoas terão sua condição de refúgio reconhecida.

³²⁹ ANKER, Deborah E. Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm. *Harvard Human Rights Journal*, v. 15, 2002. p. 144.

³³⁰ Ibid.

³³¹ Deborah Anker é contundente neste sentido: “independentemente do consenso cultural existente, o direito dos refugiados protege o indivíduo que deseja se dissociar de tal consenso, declarando que sua escolha está alinhada com os padrões internacionais. No original: “Whatever cultural consensus exists, refugee law protects an individual who wishes to dissociate herself from that consensus, asserting that her choice is in line with international standards”. Cf. ANKER, Deborah Op. cit. p. 145.

³³² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., 2007. p. 61-64.

³³³ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 24/25.

³³⁴ CHETAIL, Vincent. Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law. *Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European*

A despeito das dificuldades encontradas, o Direito Internacional contemporâneo, onde insere-se o Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana, encontra seu fundamento e ferramentas de eficácia no consenso sobre a necessidade de segurança jurídica para que os Estados possam alcançar seus objetivos e na ideia de proteção de valores compartilhados pela sociedade internacional, como, por exemplo, a proteção do ser humano³³⁵.

Estabelecida a premissa para a interação e convergência do DIR e do DIDH, com o objetivo de proporcionar a melhor proteção ao indivíduo, é importante então identificar um novo passo evolutivo na definição de refugiado, o que será abordado no próximo tópico.

Nesta perspectiva, toda evolução conceitual que busque, através da contínua interpretação de tratados internacionais, assegurar a dignidade da pessoa humana, possui como eco o pensamento de Hannah Arendt para quem os direitos humanos não são um dado, mas um construído, razão pela qual estão (ou deveriam estar) em contínuo processo de construção e reconstrução³³⁶.

3.2.1. Os Direitos Humanos e a definição contemporânea de refugiado

Para compreender o exercício interpretativo promovido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em *Pacheco Tineo*, é necessário caminhar pela mesma evolução conceitual trilhada pela Corte e buscar identificar a base axiológica do Direito Internacional dos Refugiados no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como mencionado no subitem 1.2, a Conferência dos Plenipotenciários que promulgou a Convenção de 1951, produziu um verdadeiro tratado de direitos humanos, que reflete tanto os contornos da DUDH quanto dos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³³⁷. Isso é enfatizado pela Assembleia Geral da ONU em 2001:

Law, pp. 19-72, R. Rubio-Marin, ed., Oxford: Oxford University Press, 2014. p.19. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2147763>>. Acesso em 8 de junho de 2016.

³³⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. *Os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados*. P. 1-25. Disponível em: CEDIN. Centro de Estudos de Direito Internacional www.cedin.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

³³⁶ LAFER, Celso. Op. cit. p. 117-145.

³³⁷ MCADAM, Jane. Op. cit., 2006.

A base de direitos humanos da Convenção a enraíza diretamente na estrutura mais ampla de instrumentos de direitos humanos da qual é parte integrante, ainda que com um foco muito particular. Os vários organismos de controle de tratados de direitos humanos e a jurisprudência desenvolvida por organismos regionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são um complemento importante neste sentido, não menos importante, uma vez que reconhecem que os refugiados e solicitantes de refúgio podem se beneficiar simultaneamente de uma proteção específica baseada em Convenção e da gama de proteções gerais de direitos humanos que se aplicam a todas as pessoas, independentemente do seu estado³³⁸.

A efetiva aplicação deste tratado de direitos humanos atribui um poder transformador ao *refúgio* (definição ampla do artigo 14 da DUDH), na medida em que o instituto age como limitador da soberania estatal e, ao mesmo tempo, protege o indivíduo enquanto sujeito de Direito Internacional³³⁹.

Em *Pacheco Tineo*, a Corte Interamericana à luz de toda evolução interpretativa do instituto de *asilo* (gênero amplo) e do instituto do *refúgio*, reconhece a interação da DUDH e da Convenção de 1951 no seguinte trecho da decisão:

(...) a instituição do asilo, que é uma emanção direta do direito de buscar e gozar do mesmo, enunciado no parágrafo 1 do artigo 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos, é um dos mecanismos mais fundamentais para a proteção internacional dos refugiados³⁴⁰.

A definição contemporânea de refugiado não pode, neste sentido, se furta a trilhar por e passo o caminho de desenvolvimento de normas gerais de proteção de direitos humanos. Nas palavras de Flávia Piovesan:

Cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos. Todos os refugiados têm sua própria história – uma história de repressão e abusos,

³³⁸ No original: “The human rights base of the Convention roots it quite directly in the broader framework of human rights instruments of which it is an integral part, albeit with a very particular focus. The various human rights treaty monitoring bodies and the jurisprudence developed by regional bodies such as the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights are an important complement in this regard, not least since they recognize that refugees and asylum-seekers benefit both from specific Convention-based protection and from the range of general human rights protections as they apply to all people, regardless of status”. UN General Assembly, *Note on International Protection* 13 September 2001, A/AC.96/951. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3bb1c6cc4.html>>. Acesso 05 de outubro de 2016.

³³⁹ JUBILUT, Liliana Lyra; et. al. Op. cit., 2014. p. 173-198.

³⁴⁰ Caso *Pacheco Tineo*, para. 139.

de temor e medo. Há que se ver em cada um dos homens, mulheres e crianças que buscam refúgio o fracasso da proteção dos direitos humanos em algum lugar³⁴¹.

Enquanto o DIDH pode ser aplicado a qualquer indivíduo em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, pois consiste em valor intrínseco absoluto e inerente a todos³⁴², o reconhecimento da condição de refugiado pelo Direito Internacional dos Refugiados é fundado na necessidade de identificação dos indivíduos que merecem proteção, o que fatalmente implicará na abertura de situações excepcionais aos controles migratórios dos estados³⁴³.

Como apontado, o conceito universalmente aceito de refugiado identifica-o como a pessoa que, devido a um bem fundado temor de perseguição por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, é obrigado a deslocar-se de seu Estado de origem e/ou residência habitual para outro Estado, onde realizará o pedido de proteção³⁴⁴.

Todos estes elementos são aceitos para definir quem merece proteção internacional nos termos previstos pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967. Os problemas começam a surgir quando as condições previstas no artigo 1 (A) (2) da Convenção de 1951 não têm o condão de abrigar todas as hipóteses de migração forçada que merecem proteção.

Vicent Chetail destaca que o alcance restrito da Convenção de 1951 se dá em virtude dos três filtros ali delineados, que contemplam cláusulas de (i) inclusão, (ii) exclusão e (iii) cessação³⁴⁵. Não obstante, dada a natureza evolutiva e cambiante da proteção à pessoa humana, até mesmo estes filtros devem ser interpretados à luz dos instrumentos de proteção existentes atualmente³⁴⁶.

Nesta perspectiva, os sistemas regionais buscaram, cada qual em seu contexto de desenvolvimento histórico, adaptar o conceito universal às suas necessidades locais. Como analisado no capítulo 1, isto ocorreu com a Convenção da OAU, que buscou traduzir e contemplar a realidade enfrentada por seus indivíduos no reconhecimento do *status* de refugiado.

³⁴¹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2001. p. 28.

³⁴² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. p. 68-69.

³⁴³ CHETAİL, Vincent. Op. cit. p. 19-72.

³⁴⁴ Convenção de 1951, artigo 1º, (A), 2.

³⁴⁵ CHETAİL, Vincent. Op. cit. p. p. 24.

³⁴⁶ Ibid.

Do mesmo modo, a Declaração de Cartagena de 1984 trouxe uma definição ampliada de refugiado, incluindo a *grave e generalizada violação de direitos humanos*, e até mesmo o Brasil incorporou no ordenamento jurídico doméstico o *espírito de Cartagena* no reconhecimento do refugiado no seu ordenamento jurídico.

O avanço promovido no âmbito das Américas merece destaque, pois promove uma modificação no foco de análise do refúgio³⁴⁷. A Declaração de Cartagena não acrescenta um novo critério para ocorrência de uma perseguição³⁴⁸, mas sim busca analisar a situação objetiva do país de origem para verificar se ali existem graves e generalizadas violações de direitos humanos³⁴⁹.

Esta abordagem permite, em última análise, que qualquer indivíduo (que não se enquadre nas cláusulas de exclusão) seja reconhecido como refugiado, pois o que ocorre no seu país de origem é a razão pela qual solicita proteção internacional³⁵⁰.

Infelizmente, analisadas fora de seu contexto, estas construções regionais não têm o condão de alterar a Convenção de 195, tampouco se opõem a ela; apenas complementam princípios e direitos básicos de proteção trazidos pelo sistema universal de proteção, aperfeiçoando a proteção do indivíduo³⁵¹.

A alternativa encontrada pela doutrina e pela jurisprudência produzida pelas cortes internacionais, com o objetivo de prover a máxima proteção a pessoas que estão em condição de refúgio, é adotar interpretação do Direito Internacional dos Refugiados mais próxima do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como esclarece Vincent Chetail:

(...) o Direito Internacional dos Direitos Humanos provê um conjunto universal e uniforme de padrões que representam um instrumento particularmente persuasivo para harmonizar as interpretações unilaterais e frequentemente divergentes dos estados. (...) em razão da subjetividade inerente a diversas noções essenciais da definição de refugiado, os padrões de direitos humanos oferecem uma estrutura normativa mais previsível e objetiva para determinar quem é refugiado³⁵².

³⁴⁷ JUBILUT, Liliana Lyra; et. al. Op. Cit, 2012. p. 353-369.

³⁴⁸ Perseguição por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social.

³⁴⁹ JUBILUT, Liliana Lyra; et. al. Op. Cit, 2012. p. 353-369.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords). *Igualdade, Diferença e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2008. p. 53.

³⁵² Tradução livre. No original: “(...) human rights law provides a universal and uniform set of standards which represents a particularly persuasive device for harmonizing the unilateral and frequently diverging interpretations of

Nesta perspectiva, seguindo os princípios delineados no próprio preâmbulo da Convenção de 1951, de aplicação universal, o procedimento para reconhecimento do *status* de refugiado deverá observar, primordialmente, a evolução dos direitos humanos³⁵³, tendo como pilares fundamentais (específicos do DIR), a correta identificação do indivíduo a merecer proteção e a responsabilidade internacional por esta proteção, traduzida, essencialmente, na observância ao princípio de *non-refoulement*³⁵⁴.

O *fundado temor* é um componente importante na definição de refugiado. James C. Hathaway aponta que a expressão comporta duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. Na dimensão objetiva deve ser considerada a conjuntura do país de origem do solicitante de refúgio. Já na dimensão subjetiva, considera-se a percepção do indivíduo sobre seu país. Dentre as duas dimensões, o autor argumenta que deve ser dada preponderância à segunda, uma vez que os Estados são obrigados a respeitar indicadores objetivos de direitos humanos definidos pelo sistema universal de proteção³⁵⁵.

Ou seja, parte-se da premissa que diante dos compromissos internacionais assumidos, os Estados respeitarão os direitos humanos dos seus nacionais e em caso de violação a tais direitos, a conduta estatal poderá ser identificada para caracterizar o *fundado temor*.

Ainda que, na prática, os Estados adotem o posicionamento acima, o ACNUR contraria este entendimento, no sentido de que as declarações prestadas pelo solicitante de refúgio devem prevalecer sobre a situação do país de origem³⁵⁶. Ou seja, o elemento subjetivo tem grande relevância para determinar a existência ou não da condição de refugiado, o que parece ser mais adequado e prover, necessariamente, a melhor proteção.

Pacheco Tineo traduz a prática estatal de dar prevalência à dimensão objetiva em detrimento da subjetiva, já que a família prestou declarações à autoridade migratória sobre sua condição de refugiado reconhecida no Chile e seu bem fundado temor de perseguição no Peru e mesmo assim foi expulsa da Bolívia para o Peru.

states parties. (...) given the subjectivity inherent in many key notions of the refugee definition, human rights standards offer a more predictable and objective normative framework for determining who is a refugee". CHETAİL, Vincent. Op. cit. p. 25-26.

³⁵³ MCADAM, Jane. Op. cit., 2006.

³⁵⁴ CHETAİL, Vincent. Op. cit. p. 23.

³⁵⁵ HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. Op. cit. p. 91-93.

³⁵⁶ ACNUR, Op. cit., 2004. p. 12-14.

A pedra angular do conceito de refugiado trazido pela Convenção de 1951 reside na definição de *perseguição*. A doutrina especializada vem utilizando já há algum tempo referências de direitos humanos para definir o que constituiria de fato uma situação de perseguição³⁵⁷. James C. Hathaway define perseguição da forma mais objetiva como sendo “uma reiterada e sistemática violação de direitos humanos básicos que demonstram uma falha de proteção estatal”³⁵⁸.

Obviamente, toda perseguição necessita da identificação de um *agente perseguidor*. Este, por sua vez, pode ser compreendido tanto como o Estado de origem do indivíduo como outros atores não estatais³⁵⁹. Resta estabelecer o alcance deste substantivo, ou seja: que tipos de violações ou ameaças de violações de direitos podem ensejar, de fato, *perseguição*.

Como mencionado no capítulo 1, a Convenção de 1951 trouxe um núcleo de motivos, que traçam umnexo causal entre o indivíduo que busca proteção e seu estado de origem: raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou das suas opiniões políticas³⁶⁰. A doutrina, por sua vez, diverge quanto à interpretação e suficiência desses nexos para fundamentar a *perseguição*.

Guy S. Goodwin-Gill entende que *perseguição* compreende severas violações de direitos humanos, como casos de tortura, tratamento ou punição cruel ou degradante; na sua visão, não é adequada uma limitação a raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política³⁶¹.

James C. Hathaway, por sua vez, adota interpretação de maior alcance, valendo-se do rol de direitos consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e pelo Pacto Direitos Econômicos e Sociais (1966)³⁶². Assim, qualquer violação aos direitos humanos ali previstos configurará uma *perseguição*.

Deborah Anker agrega outro ingrediente ao alcance da perseguição: a questão de gênero³⁶³. Violência sexual contra mulheres, estupro e mutilação genital feminina foram, ao longo das últimas décadas, consideradas violações de direitos, mas não necessariamente violações de direitos humanos fundamentais a ponto de serem caracterizadas como atos de *perseguição*³⁶⁴.

³⁵⁷ CHETAİL, Vincent. Op. cit. p. 26; GOODWIN-WILL, Guy; MCADAM, Jane. Op. cit. p. 90-92; HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. Op. cit. p. 183.

³⁵⁸ Tradução livre. No original: “sustained or systemic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection”. HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. Op. cit. p. 183.

³⁵⁹ GOODWIN-WILL, Guy; MCADAM, Jane. Op. cit. p. 98.

³⁶⁰ Convenção de 1951, Artigo 1 (2).

³⁶¹ GOODWIN-WILL, Guy; MCADAM, Jane. Op. cit. p. 90-92.

³⁶² HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. Op. cit. p. 207.

³⁶³ ANKER, Deborah E. Op. cit., 2002.

³⁶⁴ Ibid. p. 142-145.

Apenas recentemente as Cortes Internacionais vem ligando estas violações de direitos ao significado de perseguição para reconhecimento do *status* de refugiado³⁶⁵.

O próprio ACNUR admite a dificuldade na definição do termo, considerando perseguição, como qualquer ameaça à vida ou à liberdade dos indivíduos³⁶⁶.

Nesta perspectiva, toda interpretação dos elementos que compõem o conceito universalmente aceito de refugiado e façam referência a violações de direitos humanos, aproximam ainda mais os dois ramos de proteção. Tornar esta interação do DIR e do DIDH explícita é, por sua vez, extremamente benéfico aos institutos, pois oportuniza avanços interpretativos em ambos³⁶⁷. Vincent Chetail vai além e argumenta que a interação dos dois eixos de proteção tornou-os inseparáveis, a ponto de concluir que o DIR foi absorvido pelo DIDH³⁶⁸.

Esta vem sendo a tendência não apenas doutrinária como jurisprudencial no que diz respeito à definição do indivíduo que merece proteção internacional³⁶⁹. O desenvolvimento da jurisprudência das cortes internacionais demonstra, assim, que a adoção de princípios de direitos humanos pode ser empregada na definição do *status* de refugiado³⁷⁰.

Uma alternativa que não alteraria conceitos estabelecidos mas resultaria num aperfeiçoamento da proteção oferecida ao indivíduo, diante de um cenário de aumento exponencial de indivíduos em busca de refúgio, seria a criação de padrões universais de procedimentos de reconhecimento do *status* de refugiado.

Atualmente, o estabelecimento de procedimentos adequados para tal reconhecimento recai na competência doméstica dos Estados. Isso resulta, evidentemente, em procedimentos de reconhecimento não uniformes³⁷¹.

As Cortes internacionais produzem, igualmente, jurisprudências diferentes. Como abordado anteriormente, ainda que as decisões proferidas sejam também lastreadas em documentos

³⁶⁵ ANKER, Deborah E. Op. cit., 2002. p. 142-145.

³⁶⁶ ACNUR, *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado*, Brasília, 2004. p. 23.

³⁶⁷ ANKER, Deborah E. Op. cit. p. 146.

³⁶⁸ CHETAIL, Vincent. Op. cit. p. 26. O autor ressalta, ainda, a ironia desta suposta transformação de categoria operada na Convenção de 1951, pelo simples fato de a Convenção não ter sido criada para representar um tratado de direitos na sua acepção pura (como a DUDH), mas como um instrumento de deveres e obrigações dos Estados parte.

³⁶⁹ BURSON, B.; CANTOR, D. J. Introduction: Interpreting the Refugee Definition via Human Rights Standards. In: CANTOR, D. J.; BURSON, B. *Human Rights and the refugee definition: comparative legal practice and theory*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff. Series: International refugee law series; v. 5; 2016. p. 1-24.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 106.

universalmente aceitos, os sistemas de proteção possuem, cada qual, um instrumento de proteção próprio a fundamentar os julgamentos³⁷².

O ACNUR e a doutrina vêm buscando ressaltar, assim, padrões de procedimento para a determinação do *status* de refugiado através da interação e convergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados à luz de decisões proferidas pelas Cortes internacionais³⁷³. A premissa para tal entendimento repousa, em grande parte, nas garantias gerais de direitos humanos que também devem ser asseguradas ao solicitante de refúgio³⁷⁴.

3.2.2. Os Direitos Humanos e o conceito adotado no Caso *Pacheco Tineo v. Bolívia*

Como pode ser observado ao longo deste trabalho, o sistema interamericano está preparado a atuar, nos moldes previstos na Convenção Americana, em casos de asilo político, espécie do gênero *asilo* em sentido amplo. Em virtude da inexistência de proteção ao *refúgio* propriamente dito, tal qual traçado nos diplomas internacionais como a Convenção de 1951, a Corte Interamericana ofereceu proteção à Família Pacheco Tineo mediante interpretação de suas próprias disposições convencionais³⁷⁵.

Utilizando previsões dos artigos 29 e 30 da Convenção Americana, a Corte adentrou o subjetivo terreno das *normas de interpretação e alcance das restrições* previstas na Convenção e a partir dele encontrou um leque de possibilidades de proteção. Como preconiza o artigo 29 sobre as possibilidades de interpretação da Convenção Americana a luz de outros direitos e liberdades:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. Permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

³⁷² CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 106.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Caso *Pacheco Tineo v Bolivia*, para. 137 a 160.

d. Excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Ainda, em relação ao alcance das restrições de gozo e exercício de direitos e liberdade previstos na Convenção Americana, dispõe o artigo 30:

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Partindo destas premissas, a Corte identificou em *Pacheco Tineo* violação aos artigos 22 (7), que contempla modalidade específica do direito de receber asilo, e ao artigo 22 (8), que traz hipótese de violação ao princípio de *non-refoulement*³⁷⁶.

A utilização de princípios de DIR – vertente específica de proteção – à luz do DIDH, representado pela Convenção Americana e diante da impossibilidade de se limitar direitos e garantias não previstos no texto convencional, mas previstos em outros tratados, ampliou em conteúdo e alcance a proteção do sistema regional a partir deste caso.

Fundamentando sua decisão em toda a evolução do *corpus juris* representados pela Convenção de 1951, pelo Protocolo de 1967 e também pela Declaração de Cartagena de 1984, a Corte analisou a evolução do direito de buscar e receber asilo e o princípio de *non-refoulement* e entendeu que, quando certos direitos como a vida e a liberdade pessoal de estrangeiros estão em risco, estas pessoas precisam ser protegidas da remoção ao Estado onde se encontra o risco, como uma modalidade específica de asilo nos termos do artigo 22.8 da Convenção³⁷⁷.

A interlocução das vertentes de proteção é ressaltada no seguinte trecho da decisão onde a Corte Interamericana adota conceito específico de asilo³⁷⁸, argumentando, que em razão da adoção da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, “o instituto do asilo assumiu mundialmente uma forma e modalidade específica, aquela do status de refugiado”³⁷⁹. Portanto, a Corte não poderia ficar à margem de tal definição.

³⁷⁶ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

³⁷⁷ Caso *Pacheco Tineo v. Bolívia*, para. 137-160.

³⁷⁸ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

³⁷⁹ Caso *Pacheco Tineo v. Bolívia*, para. 139.

A Corte reconhece, ainda, que o ato formal de determinação do *status* de refugiado é um ato declaratório e não um ato constitutivo³⁸⁰ como pode ser observado no seguinte trecho:

De acordo com a Convenção de 1951, uma pessoa é considerada refugiado assim que preenche os critérios definição ali dispostos. Isto ocorrerá necessariamente antes do momento em que seu *status* é determinado formalmente. Assim, o reconhecimento do seu *status* como refugiado não o tornam um refugiado, mas **declaram** que é um refugiado. Ele não se torna um refugiado por conta do reconhecimento, mas é reconhecido porque é um refugiado³⁸¹. [Grifo nosso]

Esta conclusão deriva do *Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado*³⁸² publicado pelo ACNUR. Trata-se de verdadeiro instrumento de *soft law* utilizado pela Corte que, da mesma forma que a Comissão Interamericana³⁸³, se vale da significativa evolução do DIR, baseado em diretivas, critérios e outras decisões autorizadas por agências como o ACNUR³⁸⁴ para fundamentar suas decisões.

A postura agregadora da Corte traduz conclusão de Louis Henkin:

Não apenas compaixão, mas responsabilidade; não apenas responsabilidade individual do Estado mas responsabilidade coletiva; não apenas a Convenção de Refugiados mas os Pactos Internacionais e a Carta da ONU; não apenas o ACNUR mas o Comitê de Direitos Humanos e, se necessário, o Conselho de Segurança da ONU³⁸⁵.

O caso *Pacheco Tineo* inaugura, assim, uma nova fase de interpretação da Corte Interamericana, em que, a despeito do desenvolvimento positivo em instrumentos nacionais e regionais – que permitem o enquadramento de violações de direitos em modalidades mais específicas e não universais de asilo, como a trazida no artigo 22 (8) da Convenção Americana –, devem, a partir deste caso, ser interpretadas primordialmente em consonância com o Direito

³⁸⁰ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

³⁸¹ Caso *Pacheco Tineo v Bolívia*, para. 145.

³⁸² ACNUR, *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado*, Brasília, 2004.

³⁸³ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

³⁸⁴ Caso *Pacheco Tineo v Bolívia*, para. 143.

³⁸⁵ No original: “Not only compassion, but responsibility; not only individual state responsibility but collective responsibility; not only the Refugee Convention but the International Covenants and the U.N. Charter; not only UNHCR but the Human Rights Committee and, if necessary, the UN Security Council”. HENKIN, Louis. Introduction. Refugees and Their Human Rights. *Fordham International Law Journal*. Vol. 18, Issue 4, 1994.

Internacional dos Refugiados, segundo conceito universal trazido pela Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967³⁸⁶.

3.3. Outros padrões de Direito Internacional de Direitos Humanos para a proteção dos refugiados na América Latina a partir do caso *Pacheco Tineo v. Bolívia*³⁸⁷

Pacheco Tineo é relevante não apenas pela temática, mas pela forma como a Corte teve o cuidado em separar padrões conceituais de padrões de procedimento. Neste sentido, referendou que a consagração do direito de indivíduos trazida nos artigos 22 (7), 8 e 25 impõe obrigações procedimentais específicas aos Estados, incluindo a de dar acesso a procedimentos de asilo.

Valendo-se da mesma interpretação adotada pela Comissão Interamericana, a Corte Interamericana entendeu que as garantias legais³⁸⁸ aplicadas em procedimentos criminais, notadamente o direito ao devido processo legal, devem ser aplicadas em situações que possam levar a expulsão de um indivíduo (estrangeiro)³⁸⁹.

A Corte definiu, ainda, obrigações dos Estados ao lidar com situações de refúgio à luz das garantias previstas na Convenção Americana e orientações do ACNUR. Novamente a Corte faz uso das orientações do ACNUR como parte integrante do DIR aptas a definir o conteúdo e alcance de garantias gerais de devido processo de direitos humanos³⁹⁰:

a) Devem garantir ao solicitante as facilidades necessárias, incluindo os serviços de um intérprete competente, bem como, se for caso disso, o acesso a assistência jurídica e a representação, a fim de apresentar o seu pedido às autoridades. Assim, o solicitante deve receber a orientação necessárias sobre o procedimento a ser seguido, em palavras e de uma forma que ele possa entender e, se for o caso, deve lhe ser dada a oportunidade de entrar em contato com um representante do ACNUR;

³⁸⁶ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

³⁸⁷ Este subitem será desenvolvido também pela análise das Opiniões Consultivas emanadas pela Corte Interamericana sob uma perspectiva de migração em sentido amplo uma vez que a Corte não parece fazer distinções entre grupos de imigrantes (exceto no que se refere ao direito de residência) baseadas no *status* migratório. A análise conjunta permitirá, assim, a compreensão da evolução adotada pela Corte no caso *Pacheco Tineo*.

³⁸⁸ Convenção Americana, Artigo 8 (2).

³⁸⁹ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106; Caso *Pacheco Tineo*, para. 159.

³⁹⁰ CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

- b) O pedido deve ser examinado, objetivamente, no âmbito do procedimento relevante, por uma autoridade competente e claramente identificada, e requer uma entrevista pessoal;
- c) as decisões tomadas pelos órgãos competentes devem ser devidamente e expressamente fundamentadas;
- d) A fim de proteger os direitos dos solicitantes que possam estar em perigo, todas as fases do processo de asilo devem respeitar a proteção da informação pessoal do requerente e da solicitação, bem como o princípio da confidencialidade;
- e) Se é negado ao solicitante o *status* de refugiado, deve ser fornecido a ele informação sobre a forma de realizar uma apelação no âmbito do sistema vigente e que lhe seja concedido um prazo razoável para isto, de modo que a decisão adotada possa ser formalmente adotada, e
- f) O recurso de apelação deve ter efeito suspensivo e deve permitir que o requerente permaneça no país até a autoridade competente ter adotado a decisão necessária, e até mesmo enquanto a decisão for objeto de recurso, a menos que possa ser demonstrado que o pedido é manifestamente infundado³⁹¹.

Ainda que o caso *Pacheco Tineo* não contribua explicitamente, em termos conceituais, para a determinação do *status* de refugiado, a decisão proferida pela Corte Interamericana reafirma procedimentos fixados em Opiniões Consultivas anteriores, notadamente as OC-16/99 e OC-18/03, especialmente quando destaca que o procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado deve considerar sempre a vulnerabilidade em potencial do indivíduo migrante ante uma decisão arbitrária nas mãos do Estado³⁹².

Apesar de não tratar de direitos de imigrantes em situação irregular, a OC-16/99 reconhece a situação de vulnerabilidade dos imigrantes ao prever não apenas a possibilidade do indivíduo de receber assistência consular – direito este garantido a todas as pessoas detidas em país diverso do seu país de origem –, como a necessidade de ser atingida a igualdade material destes indivíduos em relação aos nacionais através do devido processo legal e ampla defesa³⁹³.

A situação de vulnerabilidade dos imigrantes também foi reconhecida na OC-18/03, que trouxe em seu bojo a obrigatoriedade de os Estados garantirem o gozo de direitos trabalhistas aos trabalhadores imigrantes (inclusive em situação irregular), respeitando-se, assim, os princípios de igualdade e não-discriminação.

O raciocínio traçado pela Corte na OC-18 sobre as obrigações estatais na determinação de políticas públicas de migração apresenta evidente ligação com os instrumentos internacionais

³⁹¹ Caso *Pacheco Tineo v. Bolívia*, para. 159.

³⁹² CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

³⁹³ Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 2*. Migrantes. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

de proteção de direitos humanos, o que reforça a noção de interação e convergência dos eixos de proteção da pessoa humana. A relevância da OC-18/03 repercutiu, inclusive, em decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos³⁹⁴.

Foi estabelecido na referida Opinião Consultiva a imposição de obrigações horizontais³⁹⁵ (alcançando Estados e indivíduos) a partir da leitura conjunta do artigo 2º (direito a igualdade) da Declaração Americana, dos artigos 2º (direito a igualdade) e 26 (direito a não discriminação) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e dos artigos 24 (direito a igualdade) e 25 (direito a proteção judicial) da Convenção Americana.

Tais obrigações se traduzem na efetivação de liberdades e garantias a todas as pessoas que estejam sob a jurisdição dos Estados sem privilégios ou hostilidades de uns em detrimento de outros. Isto porque a situação de vulnerabilidade envolve “uma dimensão ideológica e ocorre em um contexto histórico que é diferente para cada estado, e é mantido por situações *de jure* (desigualdade legal entre nacionais e estrangeiros) e *de facto* (desigualdades estruturais)”³⁹⁶.

Com base nestas premissas, a Corte Interamericana, através da OC-18/03 entendeu que os princípios da igualdade (perante a lei) e o princípio de não-discriminação são normas de *jus cogens* pois sobre eles repousam todos os fundamentos jurídicos da ordem pública nacional e internacional sendo um princípio fundamental que permeia todo o ordenamento jurídico³⁹⁷.

Deste modo, a ênfase no reconhecimento da vulnerabilidade do migrante firmada pela OC-18/03 foi reiterada no caso *Pacheco Tineo*, que solidificou a qualificadora de maior vulnerabilidade em relação a crianças³⁹⁸, firmada pela OC-21/14³⁹⁹. Nesta Opinião Consultiva, a Corte Interamericana estendeu ainda mais o elemento *vulnerabilidade* para contemplar, no seu escopo, crianças migrantes tendo em vista que estas se encontram em situação de maior (dupla) vulnerabilidade⁴⁰⁰.

³⁹⁴ BEDUSCHI, Ana. Op. cit. p. 56.

³⁹⁵ BEDUSCHI, Ana. Op. cit. p. 55.

³⁹⁶ OC-18/03, para. 112.

³⁹⁷ OC-18/03, para. 101.

³⁹⁸ BEDUSCHI, Ana. Op. cit. p. 59.

³⁹⁹ A OC-21/14 foi solicitada pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Os Estados pediram que a Corte se pronunciasse quanto aos tipos de procedimentos que deveriam ser adotados para identificar crianças de crianças migrantes. Indagaram, também, acerca das garantias de devido processo em procedimentos que envolvam crianças; se também devem ser detidos em tais procedimentos quando estão acompanhados dos pais ou quando viajam desacompanhados; qual o alcance e conteúdo do princípio de *non-refoulement*; e como se protege o direito de uma criança de não ser separado de seus pais no contexto de uma deportação.

⁴⁰⁰ BEDUSCHI, Ana. Op. cit. p. 60.

A OC-21/14 consolidou, assim, “o direito subjetivo de todas as pessoas, inclusive crianças, de buscar e receber asilo superando o entendimento histórico deste instituto como uma ‘mera prerrogativa estatal’ no âmbito das diversas convenções em matéria de asilo”⁴⁰¹.

Nesta perspectiva, seja pelo viés conceitual, seja pelo procedimental, a Corte foi contundente ao afirmar que garantias de devido processo derivam principalmente do imperativo geral de determinação do *status* de refugiado, e não do conceito de *non-refoulement*⁴⁰².

Ou seja, não é o princípio de *non-refoulement* que deve atender às garantias de devido processo, e sim o procedimento de reconhecimento da condição de refugiado do indivíduo que deve respeitar o devido processo legal.

O refugiado quer se valer das ferramentas de um sistema que lhe permita ser reconhecido, enquanto pessoa de extrema vulnerabilidade e que já teve inúmeros direitos humanos violados, e não apenas que lhe seja fornecido um procedimento para definir se será ou não expulso do país de destino.

⁴⁰¹ OC-21/14, para. 73. No original: “(...) han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una ‘mera prerrogativa estatal’ bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo”.

⁴⁰² CANTOR, David James. Op. cit., 2015. p. 79-106.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi verificar a interação e convergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados com vistas a, a partir da evolução conceitual da definição de refugiado, proporcionar a melhor proteção a um universo crescente de 65 milhões de pessoas ao redor do mundo. Somente nas Américas são mais de 7 milhões de indivíduos que necessitam de proteção.

São números alarmantes. O refugiado ocupa um lugar no mundo físico e jurídico que causa desconforto aos Estados. Seja por razões econômicas ou culturais, barreiras são criadas para impedir que estas pessoas acessem outros territórios para se verem livres de perseguição. A crescente onda xenófoba na Europa e nos Estados Unidos é reflexo disto.

Mais do que refletir sobre estes números, é preciso constatar o óbvio: o refugiado é uma pessoa. Uma pessoa que não optou por migrar voluntariamente, mas o fez para fugir de uma perseguição que lhe custaria a vida. São homens, mulheres, idosos e crianças; indivíduos que carregam consigo, muitas vezes, apenas a sua latente vulnerabilidade e uma bagagem de violações de direitos que nenhum procedimento migratório conseguirá retratar fielmente.

Em 10 de dezembro 1948, no marco do reconhecimento da universalização e internacionalização dos direitos humanos, cinquenta Estados se comprometeram a proteger, promover e efetivar trinta direitos e garantias aplicáveis a todos os seres humanos de modo a manter intacta sua dignidade – entre eles, está previsto o direito de asilo. Surge então, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos como estrutura axiológica para propagação de inúmeros outros direitos.

Nesta perspectiva, três anos depois, surge outro marco normativo: o de proteção aos refugiados. E surgiu em decorrência dos mesmos reflexos assombrosos que fizeram nascer a Declaração Universal – a Segunda Guerra Mundial. A partir de então, O Direito Internacional dos Refugiados estrutura-se pela Convenção de 1951 sobre o *Status* dos Refugiados e o Protocolo de 1967 sobre o *Status* dos Refugiados.

Os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trazem, a partir de 1966, uma gama de direitos que analisadas em conjunto com os instrumentos de proteção mencionados também têm o condão de proteger os refugiados.

Do mesmo modo, o direito humano de solicitar refúgio propaga-se no âmbito das Américas pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Ainda assim, não parece ser suficiente. Considerando os alarmantes números publicados pelas organizações internacionais e as previsões nada otimistas para os próximos anos, é razoável dizer que a humanidade vem fracassando na promoção, proteção e efetivação dos direitos delineados na Declaração Universal.

O fracasso não reside apenas na violação de direitos humanos no processo de reconhecimento do *status* de refugiado. O maior fracasso está justamente em impedir que estas pessoas se tornem refugiados, em impedir que seus direitos humanos mais básicos fossem violados no país de origem a ponto de precisarem fugir em busca de proteção.

Frise-se que a proteção percorre uma escala de três níveis: o doméstico (no âmbito interno dos Estados), o regional (pelos sistemas regionais de proteção) até o universal, representado pela Convenção de 1951. A despeito da incorporação destes tratados no âmbito doméstico dos Estados, inúmeras pessoas se encontram sem proteção alguma: seja no Estado de origem ou no Estado de destino.

Pelo que pode ser observado ao longo desta pesquisa, seja no sistema universal, seja no sistema regional, o desenvolvimento do conceito de refugiado se dá a partir da mesma premissa: a necessidade de proteger e de criar um mecanismo inclusivo e responsivo apto a atender pessoas que sofreram violações de direitos humanos. Ainda que as experiências e históricos dos sistemas de proteção sejam diferentes, o objetivo de todos é sempre o mesmo.

A Convenção de 1951 trouxe as balizas fundamentais de proteção. O desenvolvimento de conceitos mais abrangentes, que incorporassem características regionais, como feito pela Convenção da OUA e especialmente pela Declaração de Cartagena de 1984 denotam o esforço da comunidade internacional em acertar, em prover um sistema de proteção inclusivo.

A necessidade de integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados surge, em grande medida, em função deste último ter se tornado, após seis décadas de sua institucionalização, um regime de proteção, que, de maneira isolada, mostra-se insuficiente, por proteger de forma parcial um indivíduo que se encontra em uma situação de especial vulnerabilidade.

Isto, se reflete, como analisado, na ausência de um sistema de monitoramento vinculado diretamente aos instrumentos de proteção dos refugiados. Essa ausência fragiliza a proteção e exige que a cobrança internacional se dê por meio do sistema de proteção de direitos humanos. Caberá, nesta perspectiva, às Cortes Internacionais proteger a correta aplicação do conceito de refugiado e, paralelamente, identificar violações de procedimentos nos casos de reconhecimento do *status* de refugiado.

Ainda que seja preocupante aos Estados reinterpretar continuamente a definição sobre a condição de refugiado, a primazia deve residir, sempre, na proteção conferida ao indivíduo: são pessoas lutando por suas vidas em função das mais variadas causas de perseguição e/ou graves e generalizadas violações de direitos humanos. Por isso requerem e merecem a devida proteção internacional. Todo o sistema de proteção aos refugiados depende de um conceito que permita oferecer proteção a estes indivíduos.

As Cortes Internacionais, nesta perspectiva, assumiram expressivo papel no desenvolvimento do conteúdo e alcance de direitos aplicáveis aos refugiados. Caberá as Cortes ainda, proteger o conceito estabelecido nos instrumentos internacionais e interpretá-lo de modo a oferecer a melhor proteção à pessoa humana em condição de refúgio. Além do conjunto de normas previsto internacionalmente, as Cortes Internacionais vêm incorporando, cada vez mais, instrumentos de *soft law*, o que, a despeito da resistência e contrariedade dos Estados, proporciona um mecanismo de proteção que trata o indivíduo em condição de refúgio de maneira holística.

No âmbito das Américas, a Declaração de Cartagena de 1984 contribui significativamente neste sentido pela definição ampliada de quem é considerado refugiado. A previsão da *grave e generalizada violação de direitos humanos* como elemento de definição proporciona uma roupagem protetiva característica do contexto regional. A contínua referência ao *espírito de Cartagena* e às Orientações do ACNUR nas decisões proferidas pela Corte Interamericana denota o cuidado com o indivíduo em situação de extrema vulnerabilidade.

Estes esforços, contudo, só foram possíveis mediante releituras constantes de todo este *corpus iuris*, com o objetivo de calibrar sua interpretação e aplicá-lo em contextos continuamente cambiantes.

O caso *Pacheco Tineo* retrata uma nova fase do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em que há evidente interlocução entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados. As últimas décadas serviram, assim, de base para a

consolidação desta definição contemporânea do conceito de refugiado. Uma definição que necessariamente deverá levar em consideração violações de direitos humanos de modo a prover a melhor proteção ao indivíduo.

Claramente, o desafio na busca de um conceito contemporâneo de refugiado que possa ser aplicado universalmente é extremamente complexo. O resultado da pesquisa demonstrou que a decisão proferida pela Corte Interamericana foi cautelosa quando abordou a definição do conceito de refugiado: reconheceu o indivíduo à luz dos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados e incorporou estes conceitos à luz do direito de asilo previsto na Convenção Americana. Esta interface permitirá que inúmeros outros indivíduos possam se valer do mesmo nível de proteção definido pela Corte em *Pacheco Tineo*.

Ainda que a decisão não tenha se dedicado tanto à interpretação do conceito em si, nem por isso deixou de reconhecer a responsabilidade internacional do Estado boliviano pela violação de direitos da Família Pacheco. E fez isso, alternativamente, de forma pragmática. Seguindo a tendência dos demais sistemas internacionais de proteção, identificou violação de direitos procedimentais ao reconhecimento do *status* de refugiado e por impedir que a Família Pacheco Tineo pudesse usufruir do *status* de refugiado. Esta parece ser a práxis internacional.

Mas a Corte Interamericana foi além. Mais do que definir um procedimento que respeita o princípio de *non-refoulement*, a Corte buscou definir um procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado. Desse modo, a Corte Interamericana reconhece este indivíduo como alguém que precisa e merece ter acesso a direitos.

Interessante notar ainda que, o Sistema Interamericano construiu ao longo das últimas décadas através de suas Opiniões Consultivas, um conceito acolhedor para migrantes em situação de vulnerabilidade. O reconhecimento destas pessoas enquanto vítimas de violações de direitos permeia a decisão de *Pacheco Tineo* tanto na sua base conceitual, quando procedimental. Por serem indivíduos de extrema vulnerabilidade merecem, necessariamente, um procedimento de reconhecimento que reflita esta condição.

Enquanto um conceito universal, mais abrangente, não é definido pela comunidade internacional, a Corte Interamericana faz uso de todas as ferramentas protetivas à sua disposição. Utiliza um conceito universal, aparentemente suficiente, e busca, de outro lado, aprimorar as garantias legais a estes indivíduos previstas em instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Imbuído pelo *espírito de Cartagena*, o Sistema Interamericano faz jus ao reconhecimento da comunidade internacional. Seja pelo constante desenvolvimento de Opiniões Consultivas ligadas à temática de migrações, seja pela decisão proferida no caso *Pacheco Tineo*, que inaugura uma série de padrões a serem seguidos pelos Estados, como ocorreu através da Opinião Consultiva 21/14.

O Direito Internacional dos Refugiados surgiu à luz da Declaração Universal de Direitos Humanos e deveria, ao longo de quase seis décadas de existência, ter caminhado e evoluído junto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. O que se observou, contudo, é que, a despeito da integração de vertentes de proteção da pessoa humana reconhecida na Conferência de Viena de 1993, os eixos de proteção convergiam, de maneira insuficiente.

A interpretação oferecida pelas Cortes Internacionais ao longo dos últimos anos tem permitido que, do mesmo modo que um refugiado que anseia o reconhecimento de seu *status* e a possibilidade de retornar em condição segura às suas origens, o Direito Internacional dos Refugiados retorne e seja plenamente acolhido no seu lar, proporcionado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. *10 años de La declaración de Cartagena sobre refugiados: Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas*. Memoria del Coloquio Internacional, 1994.

_____. *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado*, Brasília, 2004.

ALMEIDA, Guilherme A. de. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155-168

ANDRADE, José Henrique Fischel de. *Direito Internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-126

_____. O Brasil e a Organização Internacional para os Refugiados (1946-1952). *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, v. 48, n.1, jun. 2005, p. 60-96.

_____. Guerra Fria e Refugiados: Da Gênese Política do ACNUR e da Convenção de 1951. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 771-807

ANKER, Deborah E. Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm. *Harvard Human Rights Journal*, v. 15, 2002, p. 133-154.

ARBOLEDA, Eduardo. Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism. *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, n. 2, 1991. Oxford: Oxford University Press.

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Schwartz, 2012.

BARICHELLO, Stefania Eugenia. A evolução dos instrumentos de proteção do direito internacional dos refugiados na América Latina: da Convenção de 1951 ao plano de ação do México. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 10, n. 1, p 33-51, jan./jun.2012.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. Aspectos Históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 12, n. 2, p 63-76, jul./dez.2014.

BARRETO, Luiz Paulo Teles; LEÃO, Renato Zerbini. O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena. *Forced Migration Review*. Edição 35, julho de 2010.

BEDUSCHI, Ana. The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants' Rights: Opportunities and Challenges. *Refugee Survey Quarterly*. 34, p. 45-74, 2015, Oxford: Oxford University Press.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BITTENCOURT NETO, Olavo de. *The elusive frontier: revisiting the delimitation of outer space*. IAC-12.E7.1.9

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992.

BURSON, B.; CANTOR, D. J. Introduction: Interpreting the Refugee Definition via Human Rights Standards. In: CANTOR, D. J.; BURSON, B. *Human Rights and the refugee definition: comparative legal practice and theory*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff. Series: International refugee law series; v. 5; 2016, p. 1-24

CANTOR, David James. Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence. *Refugee Survey Quarterly*, 34, p. 79-106, 2015. Oxford: Oxford University Press.

CHETAIL, Vincent. Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law. R. Rubio-Marin, *Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European Law*, p. 19-72, Oxford: Oxford University Press, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. "A estraneidade dos direitos humanos na América Latina: razões e soluções". In: *Para Viver a Democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 38-43
_____. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS - *Organisation mondiale contre la torture, Association Internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes, Union interafricaine des droits de l'Homme v. Rwanda*, 27/89-46/90-49/91-99/93.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS – *Caso Curtis Francis Doebbler v. Sudan*, 235/00.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*.

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MSS v. Bélgica e Grécia, para. 315.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - *Direito à Informação Sobre Assistência Consular no Marco do Devido Processo Legal*. Opinião Consultiva OC-16/99 de 01 de outubro de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Caso *Velez Loor v. Panama*. Sentença de 23 de novembro de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Caso *Nadege Dorzema y otros V. República Dominicana*. Sentença de 24 de outubro de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Caso *Pacheco Tineo v Bolivia*. Sentença de 25 de novembro de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Caso *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas v. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - *Direitos e Garantias de Crianças no Contexto de Migrações e/ou que Precisem de Proteção Internacional*. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

Declaração de Cartagena de 1984.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FEFERBAUM, Marina. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Análise do Sistema Africano*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOODWIN-GILL, Guy S.; MACADAM, Jane. *The refugee in international law*. New York: Oxford University Press, 2011.

HARLEY, Tristan. Regional Cooperation and Refugee Protection in Latin America: A ‘South-South’ Approach. *International Journal of Refugee Law*, 2014, Vol. 26, N° 1. 22-47. Oxford: Oxford University Press.

HATHAWAY, James C; FOSTER, Michelle. *The law of refugee status*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HENKIN, Louis. Introduction. Refugees and Their Human Rights. *Fordham International Law Journal*. Vol. 18, Issue 4, 1994.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. v.1, n.1, 2006. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 203-219.

_____. Refugee Law and Protection in Brazil: a model in South America?, *Journal of Refugee Studies*, 19 (1). 2006, p. 22-44.

_____. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

_____; CARNEIRO, Wellington. Resettlement in Solidarity: a regional new approach towards a more humane durable solution. *Refugee Survey Quarterly*, v. 30, n. 3, 2011. p. 63-86.

_____; APOLINÁRIO, Silvia M. O. S. O Direito Internacional dos Refugiados e seu Contexto Atual na América Latina. In: AVILA, Carlos F. Dominguez; ROSA, Renata de Melo. *América Latina no Labirinto Global – Economia, Política e Segurança*. 2ª ed. Brasília: CRV, 2012, p. 353-369.

_____; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; JAROSCHINSKI SILVA, João Carlos. O Potencial Transformador do Refúgio: aprofundamento da solidariedade e da limitação à soberania como legado da Declaração de Cartagena e de seus processos revisionais. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. (coords.). *Coleção Direito Internacional Multifacetado - Direitos Humanos, Guerra e Paz*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 173-198.

_____; ANDRADE, Camila M. Sombra; GILBERTO, Camila Marques. Human rights in refugee protection in Brazil. In: CANTOR, David James; BURSON, Bruce. *Human rights and the refugee definition: comparative legal practice and theory*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2016, p. 210-228.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 177-210

MCADAM, Jane. The Refugee Convention as a right blueprint for persons in need of international protection. *New Issues in Refugee Research*. Research Paper n° 125, UNHCR, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

PIOVESAN, Flávia. O Direito de Asilo e a Proteção Internacional dos Refugiados. In: ARAUJO, Nadia de e ALMEIDA, Guilherme A. de (coords). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27-64

_____. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, Cesar Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____; JUBILUT, Liliana Lyra. The 1951 Convention and the Americas: Regional Developments. In: ZIMMERMANN, Andreas (org.). *Commentary on the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 205-224.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos refugiados.

RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Orgs. AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850

_____; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme. (orgs). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Rossana Reis. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* – vol. 19, n° 55, 2004.

_____ ; MOREIRA Julia Bertino. Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios. *Revista de Sociologia Política*, v. 18, n.37. Curitiba, 2010. p. 17-30.

SHAWM, Malcom, N. *International Law*. 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

STEINBOCK, Daniel F. *The Refugee definition as law: issues of interpretation*. In: NICHOLSON, Frances; TWOMEY, Patrick. *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 13-36.

STOESSINGER, J. G. *The refugee and the World Community*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1956.

SZNAJDER, Mario; RONIGER, Luis. *The politics of exile in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados*. San José; Brasília. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

_____. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNHCR. *Colloquium on the development in the law of refugees with particular reference to the 1951 Convention and the Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees held at Villa Serbelloni Bellagio (Italy) from 21-28 April 1965*: Background paper submitted by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Palais des Nations, Geneva, Switzerland, 1965.

WEIS, Carlos. *Os Direitos Humanos Contemporâneo*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.