V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

GUSTAVO ASSED FERREIRA

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

DAOIZ GERARDO URIARTE ARAÚJO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daoiz Gerardo Uriarte Araújo, Gustavo Assed Ferreira, Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-236-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos II versaram sobre distintos temas referentes ao tema. O debate sobre o tratamento dos direitos humanos sob a ótica do direito internacional demonstrou a premência de se retomar os esforços pelo avanço da legislação internacional. Salientou-se que os efeitos da crise internacional de 2008 mantiveram a pauta dos direitos humanos praticamente inerte nos últimos anos no âmbito das relações internacionais, o que gera consequências deletérias em muitas regiões do Mundo. O Grupo de Trabalho concluiu que a atual inércia precisa brevemente ser superada e que a Organização das Nações Unidas tem um importante papel a desempenhar neste sentido.

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira - USP

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

Prof. Dr. Daoiz Gerardo Uriarte Araújo - UDELAR

A RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DA DEFINIÇÃO DE REFUGIADO.

THE RELATIONSHIP OF REFUGEE LAW AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW IN THE CONSTRUCTION OF THE REFUGEE DEFINITION.

Camila Marques Gilberto [1]

Resumo

O presente artigo trata da evolução do conceito de refugiado e sua crescente interlocução com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tem como objetivo específico analisar os elementos que foram agregados ao conceito de refugiado nas últimas décadas e demonstrar que no contexto regional, através da adoção da Declaração de Cartagena de 1984 e da Convenção Americana de Direitos Humanos, a América Latina caminha para a consolidação de um conceito que prima pela análise de casos à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como observado no caso Pacheco Tineo vs. Bolivia, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos, Direito internacional dos refugiados, Sistema interamericano de direitos humanos, Direito de asilo, Proteção a pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the evolution of the concept of refugee and the growing dialogue with International Human Rights Law. Its specific objective is to analyze the elements that were added to the concept of refugee in the last decades and demonstrate that in the regional context, through the adoption of the Cartagena Declaration of 1984 and the American Convention on Human Rights, Latin America moves towards the consolidation of a concept analysis derived from international human rights law, as noted in the case Pacheco Tineo vs. Bolivia, submitted to the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International human rights law, International refugee law, Inter-american system of human rights, Asylum, Protection of the human person

[1] Professora, Mestranda, membro do grupo de pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades” e membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello pela Universidade Católica de Santos. LLM pela University College of London.

INTRODUÇÃO

As migrações forçadas constituem uma das grandes preocupações dos Estados na atualidade. Dados apontam que existam hoje 60 milhões de pessoas forçadas a sair do seu local de origem em razão de perseguições e conflitos armados. Deste conjunto de indivíduos, 20 milhões cruzaram as fronteiras de seu país de origem para buscar refúgio em outro. Até a primeira quinzena de 2016, 80.000 refugiados chegaram à Europa, superando o total de pessoas que se dirigiram ao continente nos primeiros quatro meses de 2015[1].

Mais do que proteger indivíduos, o Direito Internacional dos Refugiados encontra obstáculos concretos de definição. Quais elementos devem, necessariamente, integrar o conceito de refugiado? Tais elementos podem ser ampliados? Quais as consequências para a soberania dos estados permitir que um conceito seja constantemente estendido?

Ao longo das últimas décadas o debate em torno da definição de refugiado foi intensificado. Desde sua concepção inicial na Constituição da Organização Internacional para os Refugiados, em 1948, o conceito sofreu alterações expressivas. No âmbito internacional, nem mesmo a Convenção de 1951 Relativa ao *Status* dos Refugiados e seu Protocolo de 1967 Relativo ao *Status* dos Refugiados conseguiram superar deficiências conceituais quando se busca a melhor proteção da pessoa humana.

No sistema que compreende a Organização dos Estados Americanos, por exemplo, as definições internacionalmente aceitas restam inadequadas quando aplicadas à realidade local. Basta analisar os deslocamentos ocorridos nos últimos trinta anos nesta região: as razões que motivaram o deslocamento de pessoas superaram, na maior parte dos casos, o escopo da definição internacional de *bem fundado temor de perseguição.* O que se encontra, em verdade, são pessoas obrigadas a cruzar fronteiras em função de problemas econômicos e sociais e regimes ditatoriais que, se não implicam uma perseguição direta, significam uma discordância – legitima – ao regime politico vigente.

Nesta perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução do conceito de refugiado, mais próximo, inicialmente e por natureza, do Direito Internacional dos Refugiados, para a consolidação de uma definição que permeia princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A busca por um conceito *one fits all* é ao mesmo tempo

[1] Para mais informações e dados sobre a crise humanitária vivida na atualidade vide: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/seds-e-acnur-promovem-capacitacao-para-atendimento-social-a-refugiados-e-migrantes/>; <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 fevereiro de 2016.

ambiciosa e inquietante. Este panorama justifica a eterna evolução de outros ordenamentos jurídicos que, a par de integrarem a comunidade internacional, podem – e devem – ampliar cada vez mais o conceito em questão para que seja efetivamente garantida a melhor proteção da pessoa humana.

Metodologicamente o presente estudo foi desenvolvido através de abordagens descritivas e normativas, com base em pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, apontando conceitos e focando na evolução sofrida da definição de refugiado tanto na doutrina de referência como na jurisprudência produzida pelas Cortes Internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como paradigma transformador será discutido ao final deste trabalho o caso *Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*[2]*,* submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e julgado em 25 de novembro de 2013. Referido caso demonstra que a Corte regional está preparada para ampliar em conteúdo e alcance direitos previstos na Convenção Americana para efetivar a melhor proteção da pessoa humana.

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE REFUGIADO

A dicotomia apresentada ao longo das últimas seis décadas acerca da análise compartimentalizada das três vertentes de proteção da pessoa humana, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados foi definitivamente superada pelo advento da Convenção de Viena de 1993 (TRINDADE, 2006). Como destaca Flávia Piovesan:

> 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 desenvolvimento (2001, p. 29).

A identidade de propósitos das três vertentes na proteção da pessoa humana em toda e qualquer circunstância (TRINDADE, 2006), enquanto destinatária final das normas processuais

[2] Caso *Família Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf>. Acesso em 22 de fevereiro de 2016.

e substantivas de cada um destes ramos (TRINDADE, et all, 1996), vem permitindo ao longo dos últimos anos a construção[3] de uma nova definição do conceito de refugiado.

Isto porque, a problemática de proteção a pessoas que são forçadas a sair de seu país de origem é objeto de discussão há muitos séculos e tema de constante preocupação do direito internacional e da doutrina; seja pelo arcabouço de normas necessário a proteger tais pessoas, seja pela suposta "ameaça" que estes indivíduos representam à segurança nacional do Estado que as acolhe. Segundo obra seminal de 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 Tratados (2011, p. 1)[4].

Nesta perspectiva, a aproximação do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos vai ocorrer na perspectiva de gênero/espécie uma vez que sua finalidade é 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 Estado[5]. Não obstante, as violações podem ultrapassar a esfera específica do refúgio e resultar também em violações de direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais ou culturais perpetradas pelos Estados ou seus agentes, em âmbito interno ou internacionalmente, ou mesmo por seus pares (RAMOS, 2013).

A complementariedade oferecida pelos dois eixos aumenta, neste sentido, a proteção dada à pessoa humana pois ao mesmo tempo em que se assegura o refúgio ao indivíduo, "livrando-o de violações de direitos relativos ao seu status civil, ele traz em si a necessidade de resguardar também os demais direitos humanos" (JUBILUT, 2007, p. 61).

Por outro lado, merece atenção a crítica da doutrina acerca desta mesma complementaridade, uma vez que a implementação de direitos protegidos por estes institutos deve superar a justificativa teórica e caminhar para a completa efetivação (BOBBIO, 1992;

---

[3] O Direito Internacional dos Refugiados segue a mesma tendência de construção e reconstrução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ambos passando por mudanças expressivas e internacionalmente aceitas sobre a necessidade de se estabelecer uma cultura de promoção e proteção aos direitos humanos em praticamente todos os países afetados pelas mazelas deixadas pela Primeira e Segunda Guerra Mundiais (LAFER, 1999).

[4] Tradução livre da autora. 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".

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

JUBILUT, 2007). Este problema é especialmente relevante em tempos de crise econômica que podem significar um endurecimento de regras de migração às custas dos direitos de refugiados (CHETAIL, 2014); ou seja: quanto mais restritivo o conceito for, menos pessoas terão sua condição de refúgio reconhecida.

Desde os primórdios da Liga das Nações a preocupação com o refúgio se fez presente, seja pela necessidade de lidar com os deslocamentos em massa provocados pela Revolução Russa de 1917, seja pelos conflitos que já despontavam no continente europeu antes da deflagração da Segunda Guerra Mundial (ANDRADE, 2001; JUBILUT, 2007).

Enquanto o atendimento aos refugiados era inicialmente voltado para nacionais em regiões de conflito, perseguidos por aspectos coletivos como origem, nacionalidade ou etnia, a partir de 1938 o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados[6] inaugura nova fase do Direito Internacional dos Refugiados quando passa a considerar como motivo de enquadramento nas hipóteses de proteção, as histórias e características pessoais dos indivíduos (JUBILUT, 2007).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e diante do grande influxo de refugiados oriundos da Europa, é criada a Organização Internacional para os Refugiados (OIR) cuja constituição faz menção expressa ao termo *perseguição* e do seu respectivo *bem fundado temor* – elementos de natureza subjetiva – para aferir a condição de refugiado (JUBILUT, 2007).

Percebe-se, assim, que a definição de refugiado é construída gradativamente ao longo do século XX superando aspectos objetivos e passando a considerar, também, elementos subjetivos do indivíduo solicitante de refúgio (JUBILUT, 2007). Este salto conceitual implica na aproximação do Direito Internacional dos Refugiados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrado inicialmente pelas Convenções internacionais promulgadas pela ONU, a Convenção de 1951 Relativa ao *Status* de Refugiado (Convenção de 1951) e posteriormente pelo Protocolo de 1967 Relativo ao *Status* de Refugiado (Protocolo de 1967), quando as reservas geográficas anteriormente existentes são derrubadas e a definição do indivíduo em condição de refúgio passa a ser universalmente aceita (PIOVESAN, 2001).

As limitações geográficas e temporais inicialmente existentes na Convenção de 51, ainda que justificadas por questões históricas – o continente europeu foi o mais afetado pela Segunda Guerra Mundial - denotam a preocupação/reticência dos Estados em ampliar um

[6] O Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados foi criado após o encerramento do mandato do Escritório Nansen para Refugiados e do Alto comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha, ao final de 1938 (JUBILUT, 2007).

conceito que futuramente poderia permitir que novas afluência de migrantes obtivessem proteção internacional (ANDRADE, 2008).

Esta preocupação conceitual é explicitada com o surgimento de novos fluxos de refugiados ao longo das décadas de 60 e 70 até o final da Guerra Fria, quando ordenamentos jurídicos regionais passaram a adotar instrumentos de proteção que contemplassem, entre outros, as especificidades regionais ampliando, assim, a definição de refugiado nestes ordenamentos jurídicos (PIOVESAN, 2001).

Desse modo, a Convenção da Unidade Africana (OUA) de 1969 trouxe de forma pioneira em seu artigo 1[7] a extensão do conceito a indivíduos forçados a deixar seus países em razão de agressão perpetrada por outro estado e/ou como resultado de uma invasão que traduz a realidade enfrentada pelos indivíduos do continente Africano (ARBOLEDA, 1991).

No âmbito da América Latina, a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 trouxe, por sua vez, 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 que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou Liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

O *espírito de Cartagena* – referência feita em virtude da ampliação e alcance conceitual – recomenda que a definição de refugiado passe a contemplar também os indivíduos que são forçados a fugir de seus países em razão de *grave e generalizada violação de direitos humanos*, tornando-se um dos instrumentos legais mais avançados e abrangentes da América Latina (ALMEIDA, 2001), servindo de paradigma para ordenamentos jurídicos domésticos.

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 51 e no

[7] "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".

Protocolo de 67. Não apenas o Brasil, mas outros ordenamentos jurídicos, como a Bolívia, também inseriram este elemento em seus ordenamentos jurídicos domésticos para definir quem se enquadra como refugiado. Denota-se, assim, uma tendência de ampliar o escopo 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 Latina (JUBILUT, et all, 2016).

Tamanha a importância regional da Declaração de Cartagena que, a cada 10 anos, sua elaboração é celebrada resultando 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 de 2014, a Declaração e Plano de Ação do Brasil no marco de 30 anos da Declaração de Cartagena.

Muito embora a Declaração de Cartagena tenha natureza de *soft law*, diferente da OUA que possui força cogente, seu conceito ampliado tornou-se a regra vigente em diversos ordenamentos jurídicos domésticos da América Latina (ARBOLEDA, 1991).

Ainda assim, persiste na região das Américas uma questão conceitual importante. Isto porque os sistemas de proteção de direitos humanos internacionais, tal qual o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Sistema Interamericano), estão preparados para lidar com violações de direitos previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção Americana).

Como será abordado em tópico adiante, resulta em verdadeiro dilema processual fundamentar decisões além do que prevê a Convenção Americana. No caso de *refúgio* o problema é ainda mais acentuado quando se depara com um instrumento de proteção que não contempla a definição internacionalmente aceita sobre a matéria. Muito embora o Sistema Interamericano atue há muitos anos na proteção a migrantes forçados, os casos sobre os quais se debruçou envolvem asilo político, espécie do gênero *asilo* em sentido amplo, este último previsto no artigo 14[8] da Declaração Universal de Direitos Humanos.

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, 2011, p. 16). Ainda que a doutrina anglo-saxã não trate refúgio e asilo de forma distinta, aplicando as duas terminologias para identificar o

[8] 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".

que se define como *refúgio*, na América Latina o recorte conceitual é diverso: o gênero asilo compreende as espécies *asilo político* – subdividido em asilo diplomático e territorial – e o *refúgio* (JUBILUT, 2007), dicotomia que será analisada no item 3 do presente artigo em recente caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em linhas gerais, 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 proteção (ARBOLEDA, 1991). Isto porque, após a Segunda Guerra Mundial, a América Latia se tornou região de destino de refugiados provenientes da Europa. No entanto, durante os anos 70 e grande parte dos anos 80 inúmeros Estados das Américas (El Salvador, Nicarágua, Guatemala e Chile) foram governados por ditaduras civis e militares que geraram nova afluência de deslocamentos.

Inspiradas na doutrina da segurança nacional, estes 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 socioeconômicos (TERMINIELLO, 2014).

Importante destacar que a migração forçada não foi apenas uma consequência das ações repressivas dos governos militares; a migração forçada se tornou, em alguns casos, uma estratégia de repressão implementada pelas ditaduras. No Chile, por exemplo, durante a ditadura militar de Augusto Pinochet 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 (TERMINIELLO, 2014).

Este contexto político levaria, por exemplo, um solicitante de refúgio a esbarrar nas cláusulas de cessação[9], perda e exclusão[10] da Convenção de 1951, inexistentes na concessão de

[9] Cláusulas de cessação na Convenção de 51: 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".

[10] 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

asilo. Enquanto o asilo é uma medida essencialmente política de natureza constitutiva, o refúgio é medida essencialmente humanitária, de natureza declaratória: reconhece-se a condição de refugiado do indivíduo (PIOVESAN, 2014)

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 o que implicou em um descompasso entre a evolução das situações que implicam condição de refúgio e o instrumento legal utilizado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Aparentemente não existem danos na diferenciação praticada na América Latina quando um dos institutos é aplicado, remanescendo a violação quando latente uma hipótese de concessão de *status* de refugiado em virtude de *grave e generalizada violação de direitos humanos*, a mesma é negada pelo país de destino como se caso de asilo político fosse.

2. A BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO BASEADA EM DIREITOS HUMANOS

Definir quem se enquadra no conceito de refugiado e, portanto, será digno de proteção é um dos pontos fundamentais de análise deste artigo. A par da definição conceitual, outro parâmetro crucial para identificar o sujeito que necessita de proteção internacional é o princípio de *non-refoulement*[11], estes dois elementos representam, assim, a essência da Convenção de 1951 (CHETAIL, 2014).

Enquanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser aplicado a qualquer indivíduo em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, valor intrínseco absoluto, inerente a todos (KANT, 2002), 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 estados (CHETAIL, 2014).

Nesta perspectiva, o conceito universalmente aceito de refugiado é aquele em que o indivíduo, 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-

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.

[11] Tal princípio, cuja origem remonta à Idade Antiga, consiste na proibição de devolução do solicitante de refúgio e/ou refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo (ANDRADE, 1996).

se de seu Estado de origem e/ou residência habitual para outro Estado[12], onde realizará o pedido de proteção[13].

James C. Hathaway, por sua vez, traz mais elementos para a definição da condição de refugiado, quais sejam: (i) o solicitante deve ser estrangeiro com nacionalidade diversa do Estado no qual busca o refúgio; (ii) a existência de fatos objetivos e um risco genuíno de temor; (iii) a existência de 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 nexo com raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política; (v) que exista uma necessidade real e um direito legítimo para a proteção (2014).

Todos estes elementos são universalmente 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, seletivas por natureza, não tem o condão de abrigar todas as hipóteses de migração forçada que merecem proteção (CHETAIL, 2014).

Eventual ampliação e extensão conceitual operada no ambiente doméstico não obriga, obviamente, outros Estados. Neste sentido, a evolução promovida pela OAU e pela Declaração de Cartagena não tem o condão de alterar a Convenção de 51. A alternativa encontrada não só pela doutrina como pela jurisprudência produzida pelas cortes internacionais de prover a necessária proteção a indivíduos que estão em condição de refúgio é adotar interpretação mais próxima do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como detalha Vincent Chevail:

> O impacto [do Direito Internacional dos Direitos Humanos] na definição de refugiado está baseada em três fatores principais. Primeiro, como com qualquer regra convencional, o artigo 1 da Convenção de Genebra deve ser interpretado e aplicado dentro do contexto normativo existente no momento de sua interpretação, incluindo assim tratados de direitos humanos adotados desde sua promulgação. Como exemplificado abaixo, tal evolução interpretativa tem se mostrado essencial para adaptar a Convenção de Genebra para a sempre cambiante realidade das migrações forçadas. Segundo, 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. Terceiro, em razão da subjetividade inerente a diversas noções essenciais da definição de refugiado, os padrões de direitos humanos oferecem uma estrutura

[12] 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.
[13] Convenção de 51, artigo 1º, (A), 2.

> normativa mais previsível e objetiva para determinar quem é refugiado (2014, p. 25-26)[14].

Um dos pilares do conceito de refugiado 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 perseguição (CHEVAIL, 2014; GOODWIN-WILL, 2011; HATHAWAY, 2011). James C. Hathaway define perseguição como sendo "uma reiterada e sistemática violação de direitos humanos básicos que demonstram uma falha de proteção estatal" (2014, p. 183)[15].

Nesta perspectiva, toda definição 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. Esta vem sendo a tendência não apenas doutrinária como jurisprudencial na definição do indivíduo que merece proteção internacional. O desenvolvimento da jurisprudência das cortes internacionais demonstra, assim, que a utilização de princípios de direitos humanos pode ser utilizada na definição do *status* de refugiado (BURSON, et all, 2016).

3. *O CASO PACHECO TINEO v. BOLÍVIA:* UMA MUDANÇA DE DEFINIÇÃO REGIONAL

O caso *Pacheco Tineo v. Bolivia* foi submetido ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em 25 de abril de 2002 através de denúncia formulada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão Interamericana) em função de violações de direitos humanos perpetradas em face da família em virtude de sua expulsão da Bolívia em 24 de fevereiro de 2001, apenas cinco dias após chegarem ao país e buscarem refúgio.

No dia 19 de fevereiro de 2001 a família Pacheco Tineo ingressou na Bolívia em busca de refúgio por estarem sofrendo perseguição no Peru, seu país de origem. Em território

[14] Tradução livre. No original: "Its impact on the refugee definition is primarily grounded in three main factors. First, as with any other conventional rules, Article 1 of the Geneva Convention must be construed and applied within the normative context prevailing at the time of its interpretation, including thus the human rights treaties adopted since its entry into force. As exemplified below, such an *evolutive interpretation* has proved to be essential for adapting the Geneva Convention to the ever changing reality of forced migration. Second, 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 states parties. Third, 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".

[15] Tradução livre. No original: "sustained or systemic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection".

boliviano apresentaram documentos que comprovavam já terem tido reconhecida pelo Chile a condição de refugiado ou residente em função da nacionalidade do filho mais novo do casal. Não obstante, a autoridade migratória expulsou a família do país sem lhes conceder direito a recurso ou mesmo notifica-los da decisão proferida pelo órgão responsável pela análise dos pedidos de refúgio, o CONARE boliviano.

O dever de cautela foi diretamente violado pelo CONARE boliviano que, ao proferir decisão sumária sem possibilidade de audiência das partes, ignorou não apenas o fato da família Pacheco Tineo já contar com proteção internacional por outro estado, o Chile, como também ignorou o fato de se tratar de família composta por menores de idade.

Curiosamente, como mencionado no item 1, a Bolívia foi o primeiro país da América Latina a aderir ao espírito de Cartagena e incorporar no ordenamento jurídico pátrio a *grave e generalizada violação de direitos humanos* perpetrada em face do indivíduo como elemento de definição da condição de refúgio (JUBILUT, 2006).

O processo foi encaminhado pela Comissão Interamericana à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana) em 21 de fevereiro de 2012, com julgamento proferido em 25 de novembro de 2013. Não obstante já ter enfrentado dezenas de outros casos de migração forçada, a Corte Interamericana proferiu julgamento inédito: 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.

Importante mencionar que a Convenção Americana é atualmente considerada como a principal norma de proteção de direitos humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) pela: "abrangência geográfica, uma vez que conta com 23 Estados signatários; (ii) pelo catálogo de direitos civis e políticos; (iii) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta inclusive com uma Corte de Direitos Humanos" (RAMOS, 2009).

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
> 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 fundamentou sua decisão nas violações previstas nos artigos 22 (7), que contempla modalidade específica do direito de receber asilo em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos; e o 22 (8) da Convenção Americana que prevê o direito do estrangeiro de não ser expulso a outro país, de origem ou não, onde possa correr risco em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou opiniões políticas.

O exercício de interpretação levado à cabo pela Corte Interamericana se dá em razão da inexistência de proteção ao *refúgio* propriamente dito, tal qual traçado nos diplomas internacionais, como a Convenção de 51. Como mencionado no item 1 do presente artigo, o sistema regional está preparado a atuar, nos moldes previstos na Convenção Americana, em casos de asilo político, espécie do gênero *asilo* em sentido amplo. O alargamento da definição, ainda que desejável, não poderia ser feito senão a luz do direito internacional dos direitos humanos – que permite a melhor proteção da pessoa humana - em consonância com o Direito Internacional dos Refugiados, preconizado pelos diplomas internacionais de referência como a Convenção de 51 e o Protocolo de 67.

Neste sentido, através da análise do artigo 22 (7), a Corte Interamericana apontou violação de modalidade específica do direito de receber asilo à família Pacheco Tineo – segundo princípio previsto na Convenção de 51, com base na leitura ampliada do artigo 22 (8) que traz hipótese de violação ao princípio de *non-refoulement* (CANTOR, 2015).

A utilização de princípios de Direito Internacional dos Refugiados - enquanto vertente específica de proteção, com tratados internacionais próprios - à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, representado pela Convenção Americana e pela impossibilidade de se limitar direitos e garantias não previstos no texto convencional, mas previstos em outra

Convenção, ampliaram em conteúdo e alcance a proteção do sistema regional. Neste sentido, a Corte:

> Analisou a evolução do direito de buscar e receber asilo e o princípio de *non-refoulement* (...) Quando certos direitos como a vida e a integridade física de não-nacionais está em risco, tais 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 Convenção (PACHECO TINEO v. BOLÍVIA, 2013).

A interlocução das vertentes de proteção é ressaltada no seguinte trecho da decisão onde a Corte Interamericana adota conceito específico de asilo (CANTOR, 2015), 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" (PACHECO TINEO v. BOLÍVIA, 2013) não podendo a Corte ficar à margem de tal definição.

A Corte referendou ainda que, a consagração do direito de indivíduos albergada no artigo 22 (7) impõe obrigações procedimentais específicas aos Estados, incluindo a de dar acesso a procedimentos de asilo. Desse modo, o caso *Pacheco Tineo* inaugura 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 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 Internacional dos Refugiados, segundo conceito universal trazido pela Convenção de 51 e o Protocolo de 67 (CANTOR, 2015).

CONCLUSÃO

O caso *Pacheco Tineo* inaugura uma nova fase do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde há a necessária interlocução entre as três vertentes de proteção da pessoa humana, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Humanitário. Como observado ao longo deste artigo, as últimas décadas serviram de base para a consolidação de uma nova definição do conceito de refugiado. Uma definição que necessariamente deverá levar em consideração violações de direitos humanos de modo a prover a melhor proteção do indivíduo.

A necessidade de integração das vertentes surge, em grande medida, em função do Direito Internacional dos Refugiados ter se tornado, após seis décadas de sua

institucionalização, um regime de proteção incompleto que protege de forma imperfeita um indivíduo que se encontra em uma situação excepcional.

Nesta perspectiva, a Corte Interamericana promove no caso em comento interpretação de normas da Convenção Americana à luz de outros tratados internacionais, notadamente a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967. Não poderia ser outro o resultado se levado à cabo pelas cortes internacionais as conclusões oferecidas pela Convenção de Viena de 1993 e pela Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais, especialmente no que tange às regras gerais de interpretação de tratados internacionais.

Através desta atuação, nitidamente holística, é possível observar ampliação de conteúdo e alcance das decisões da Corte Interamericana no contexto regional, efetivando direitos e garantias previstos nos instrumentos internacionais específicos sobre refugiados como a Convenção de 1951, o Protocolo de 1967 e a Declaração de Cartagena com seus documentos comemorativos. Já alertava Norberto Bobbio acerca da dificuldade – dos direitos humanos – residir na sua efetivação, muito mais do que em sua justificativa.

Ainda que seja preocupante aos estados uma definição acerca da condição de refugiado com caráter *elástico*, por razões econômicas ou mesmo de segurança nacional, a primazia deve residir, sempre, na proteção conferida ao indivíduo: são pessoas lutando por suas vidas em função das mais variadas hipóteses de perseguição e/ou graves e generalizadas violações de direitos humanos. Por isso merecem a devida proteção internacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Disponível em: http://www.acnur.org

ALMEIDA, G. 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.

ANDRADE, J. H. F. 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.

_____. 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.

ARBOLEDA, E. **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.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 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.

CANTOR, D. J.. Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence. **Refugee Survey Quartely**, 2015, 34, 79-106. Oxford: Oxford University Press.

CHETAIL, V. 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 Law**, pp. 19-72, R. Rubio-Marin, ed., Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2147763]. Acesso em 8 de junho de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Família Pacheco Tineo v. Bolivia.** Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf]. Acesso em 08 de junho de 2016.

GOODWIN-GILL, G.. **The refugee in international law**. New York: Oxford University Press, 2011.

HATHAWAY, J. C. **The law of refugee status**. Butterworths Canada Ltd, 2014.

JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

_____. Refugee Law and Protection in Brazil: a Model in South America? **Journal of Refugee Studies**, 2006, Oxford: Oxford University Press.

_____; ANDRADE, C. S. M. de; GILBERTO, C. M. Human Rights in Refugee Protection in Brazil. 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.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002.

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

PIOVESAN, F. 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.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, A. de C. 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.

_____; RODRIGUES, Gilberto (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. (livro digital)

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

TRINDADE, A. A. C.; PEYTRIGNET, G.; RUIZ DE SANTIAGO, J.; INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS; COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA; ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana:** Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados. San José; Brasília: ACNUR: CICV: IIDH, 1996.

_____. **A Humanização do Direito Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.