

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe o estudo do caso *Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia*¹, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e julgado em 25 de novembro de 2013.

O refúgio se apresenta como uma das preocupações mais visíveis e controvertidas dos Estados na atualidade. Dados recentes do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) apontam que até o ano de 2015, 65,3 milhões de pessoas foram forçadas a sair do seu local de origem em razão de perseguições e conflitos armados. Desta cifra, 21,3 milhões cruzaram as fronteiras de seus países para buscar refúgio (UNHCR, 2016). 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 2015².

Inúmeros grupos de indivíduos são obrigados a abandonar seu local de origem ou residência por diferentes razões; as mais comuns relevam situações de violação de direitos humanos, conflitos armados ou a existência de regimes repressivos. Muito embora a preocupação com os que fogem de seus Estados em função de algum tipo de perseguição, que coloque suas vidas em risco esteja presente na história da humanidade há alguns séculos, o desenvolvimento de um sistema protetivo universal só ocorreu em meados do século XX, consagrado pelo Direito Internacional dos Refugiados.

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

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo específico analisar as violações de direitos apontadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao caso, e apontar, à luz

¹ Caso *Família Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolívia*, *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.

² Para maiores 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.

do Direito Internacional Público (DIP), do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e do Direito Internacional dos Refugiados (DIR), em que medida a decisão emanada pela Corte Interamericana cumpriu o seu papel ao ampliar, em alcance e conteúdo, os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, servindo de paradigma para futuros casos analisados.

Em termos metodológicos, optou-se no presente artigo por abordagens descritivas e normativas, com base em pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Foram utilizadas obras de referência sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional dos Refugiados e sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O Caso foi analisado, utilizando-se o método de abordagem dedutivo pelo qual parte-se da análise da complementaridade das vertentes de proteção da pessoa humana para chegar à resposta ao problema central colocado.

A leitura exaustiva do caso permitiu, assim, uma análise focada no Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana, levando a uma reflexão acerca da complementariedade dos sistemas de proteção, especificamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados.

2. AS VERTENTES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

A primeira metade do século XX trouxe os propulsores necessários à reconstrução e internacionalização de 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). As atrocidades cometidas neste período reforçaram a noção de que é dever dos Estados respeitar a característica de universalidade inerente a tais direitos, jamais condicionando sua titularidade a determinadas pessoas (PIOVESAN, 2004).

O Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana surge então em resposta às preocupações da sociedade internacional, devastada pelos horrores da Segunda Guerra Mundial (JUBILUT, 2007). 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) (RAMOS, 2013).

As vertentes internacionais de proteção da pessoa complementam-se para garantir a proteção integral dos direitos da pessoa humana, destinatária final das normas processuais e

substantivas de cada um destes ramos (TRINDADE; PEYTRIGNET; RUIZ DE SANTIAGO, 1996), como consagra a Conferência de Viena de 1993 (PIOVESAN, 2001). 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 circunstância (TRINDADE, 2006).

A inter-relação dos eixos de proteção mencionados pode ser observada na medida em que 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; ao DIH compete a proteção do ser humano dos conflitos armados no âmbito internacional ou não internacional; e 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 condição (RAMOS, 2013).

Ainda é possível identificar outros quatro pontos de complementação da proteção dada à pessoa humana pelo DIR e pelo DIDH: (i) o primeiro deles seria anterior ao refúgio ou asilo em si, quando aquele que 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 perseguição. Assim, na busca por soluções duráveis à questão migratória, estariam asseguradas as garantias mínimas e fundamentais para que estes pudessem retornar a seus respectivos países de origem ou local de residência habitual por via da repatriação ou do reassentamento (PIOVESAN, 2001).

A integração das três vertentes vem sendo cada vez mais intensificada na jurisprudência internacional ao longo das últimas décadas, tanto no plano regional – no sistema europeu e interamericano de proteção de direitos humanos – como no sistema global de proteção, no âmbito 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 (TRINDADE, 2006).

Isto porque as normas que regem o DIR e o DIH são consideradas *lex specialis*, já as normas que regem o DIDH são consideradas *lex generalis*, podendo ser aplicadas, assim, subsidiariamente quando necessário, quando são insuficientes os instrumentos normativos próprios, como ocorre, por exemplo, no acesso das vítimas às cortes internacionais, assunto que será analisado adiante (RAMOS, 2013).

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO REFÚGIO

A comunidade internacional passa a se preocupar efetivamente com a questão do refúgio somente a partir do século XX, agindo de forma coordenada e institucionalizada por intermédio das atividades da Liga das Nações³, considerada 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” (ANDRADE, 2001, p. 119-120).

O deslocamento em massa de refugiados russos em razão da Revolução Russa de 1917 levou a Liga das Nações a apontar o primeiro Alto Comissário para os Refugiados Russos, Fridtjof Nansen. Durante este período uma série de acordos e ajustes foram realizados pelo Alto Comissariado para os Refugiados Russos para a concessão de um documento, o Passaporte Nansen⁴, aos refugiados russos (1922), benefício estendido posteriormente aos armênios (1926) e mais tarde aos assírios, assírio-caldeus, turcos e montenegrinos (1928) (JUBILUT, 2007).

Em 1929, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, na iminência de ter seu mandato encerrado, passa a ser subordinado à Liga das Nações uma vez que a questão dos refugiados ainda estava longe de ser encerrada. Em 1930, estabelece-se o Escritório Nansen

³ A Liga das Nações (ou Sociedade das Nações) foi criada 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 acabou dissolvida em 1946, com a criação da Organização das Nações Unidas (ANDRADE, 1996).

⁴ O passaporte Nansen funcionava como Certificado de Identidade e permissão ao titular para regressar ao país emissor. Em 1922, em razão da relevância do trabalho realizado, Fridtjof Nansen recebeu o Prêmio Nobel da Paz (ANDRADE, 1996).

para os Refugiados, cuja grande conquista foi a instituição da Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados de 1933⁵, adotada pela Liga das Nações (JUBILUT, 2007).

Embora a Convenção tivesse conteúdo limitado, a positivação do Direito Internacional dos Refugiados pode ser identificada a partir de sua criação (JUBILUT, 2007, p. 75-76), contemplando, ainda, conteúdo jurídico do princípio de *non-refoulement*, um princípio imperativo de direito internacional reconhecido nas décadas seguintes (LUZ FILHO, 2001).

Com o nascimento e fortalecimento do nacional-socialismo na Alemanha, surge um novo grupo de refugiados, os judeus alemães. Este grupo não pode 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 este 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-austriacos (JUBILUT, 2007).

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, sendo criado, destarte, o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados. Tal fato leva ao encerramento das atividades dos dois órgãos anteriores (JUBILUT, 2007).

Enfraquecida pela eclosão da Segunda Guerra Mundial, a Liga das Nações é 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).

Com o fim da Liga das Nações em 1946, a Organização das Nações Unidas assume a responsabilidade pela proteção. A Segunda Guerra Mundial deu ensejo a um novo momento de proteção, pois o número de deslocamentos em massa superou em muito a realidade vivida pela Liga das Nações. Com o fim da guerra, a maior parte dos deslocados retornou ao seu

⁵ O artigo 1º da Convenção dispõe: “A presente Convenção é aplicável aos refugiados russos, armênios, e assimilado, 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”

local de origem; porém, cerca de um milhão⁶ de indivíduos decidiu não voltar. A nova configuração geopolítica levou à perda do vínculo com seus países de origem, seja porque seus países haviam sido anexados a outros, seja porque o regime político social foi alterado⁷.

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; (ii) os chamados “refugiados propriamente ditos”, não apenas judeus, que não contavam com proteção estatal e abandonaram seus países voluntariamente em razão de perseguição (JUBILUT, 2007).

Nesta perspectiva, é criada em 1948 a Organização Internacional para os Refugiados (OIR), para solucionar o problema daqueles que não retornaram aos seus países. Entre suas funções estavam a repatriação, identificação, registro e classificação; auxílio e assistência; proteção jurídica e política; transporte; e reassentamento, atuando na administração dos campos de refugiados e deslocados e na localização de desaparecidos (ANDRADE, 2005).

A Constituição da OIR amplia a definição de “refugiado”. O conceito foi individualizado para contemplar as razões de *perseguição* e do seu respectivo *bem fundado temor*, associando, assim, elemento parcialmente subjetivo essencial à caracterização da condição de refugiado (ANDRADE, 2005). Os “deslocados internos”⁸ foram também contemplados com dispositivo protetivo na Constituição da OIR, algo inédito até então.

Tendo em vista que a problemática dos refugiados superou o prazo estabelecido para o funcionamento da OIR, foi instituído em 1º de janeiro de 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR): uma organização humanitária, apolítica e social que, de acordo com o seu Estatuto, teria a competência de assegurar a proteção internacional dos refugiados e buscar soluções duradouras para esta questão (ACNUR, 2016). O ACNUR herdou grande parte das funções da OIR, solidificando o alcance universal da proteção.

Como os demais órgãos que o precederam, o ACNUR foi criado com prazo determinado de três anos. Como a crise migratória não cessou nas décadas que se seguiram, a

⁶ “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 (STOESSINGER, 1956).

⁷ 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 menores de deslocados. (ANDRADE, 2005).

⁸ 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.

Assembleia Geral da ONU decidiu que a agência permaneceria ativa até que a crise migratória fosse solucionada. O atual Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, Filippo Grandi, cumprirá o mandato de 2016 a 2020 (ACNUR, 2016).

Na medida em que os instrumentos jurídicos até então adotados para a proteção dos refugiados promoviam recortes de aplicação ou não eram abrangentes⁹ 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 necessária (ANDRADE, 1996).

Sob esse prisma, a ONU elaborou a Convenção de 1951 Relativa ao *Status* dos Refugiados (Convenção de 51), definindo que o refugiado é uma categoria diferenciada de pessoa, com *status* jurídico diverso do migrante voluntário. Contudo, a Convenção de 51 apresentava uma limitação¹⁰ temporal e geográfica 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 Mundial (PIOVESAN, 2001).

Embora a adoção da Convenção de 51 tenha se aplicado a milhares de pessoas, as reservas impostas pelos Estados na elaboração do documento acabaram por limitar seu escopo de atuação e impedir que tantos outros indivíduos obtivessem a necessária proteção. Como destaca 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 refugiados (2008, p. 777).

A redefinição do conceito de refugiado ocorreu com a adoção do Protocolo de 1967 Relativo ao *Status* dos Refugiados (Protocolo de 67), que ampliou a proteção trazida pela Convenção de 51 ao retirar a limitação temporal e geográfica (PIOVESAN, 2001) atendendo, assim, aos novos fluxos¹¹ 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 refugiados (JUBILUT, 2007).

⁹ 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, 2007, p. 41).

¹⁰ Artigo 1º, parágrafo 1º, alínea c e parágrafo 2º da Convenção de 51.

¹¹ 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.

Observa-se, assim, que o sistema internacional de proteção aos refugiados foi sendo construído gradativamente, sem grandes sobressaltos, mas atendendo às necessidades prementes de pessoas que sofrem perseguição. Partiu 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 proteção.

4. CONCEITOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Como exposto anteriormente, a Convenção de 51 e o Protocolo de 67 trazem o conceito universalmente adotado para o reconhecimento do *status* de refugiado. Neste sentido, é reconhecido 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 Estado¹², onde realizará o pedido de proteção¹³.

Outros elementos podem ser ainda acrescentados 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 objetivos¹⁴ e um risco genuíno de temor, de caráter subjetivo; (iii) que exista perseguição¹⁵ 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 proteção (HATHAWAY, 2014).

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.

¹⁴ JUBILUT 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” (2007, p. 115).

¹⁵ O agente perseguidor pode ser compreendido como o Estado de origem ou outros atores não estatais. Contudo, há divergência doutrinária sobre o alcance do termo *perseguição*. GOODWIN-GILL entende que *perseguição* compreende severas violações de direitos humanos, como casos de tortura, tratamento ou punição cruel ou degradante; não sendo adequada uma limitação a raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. HATHAWAY, por sua vez, adota interpretação de maior alcance valendo-se do alcance trazido pelos direitos consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos e pelos Pactos Internacionais de 1966. O próprio ACNUR admite a dificuldade na definição do termo considerando, por fim, perseguição, como qualquer ameaça à vida ou à liberdade dos indivíduos (GOODWIN-GILL, 2011); (ACNUR, 2004).

Este arcabouço jurídico consagra o padrão mínimo de proteção que deve ser respeitado pelos Estados que aderiram à Convenção de 51 e, ou, ao Protocolo de 67. Em se tratando de proteção à pessoa humana, não se impede, mas se incentiva a ampliação de alcance dos institutos no âmbito interno dos Estados.

Nesta perspectiva, o Direito Internacional dos Refugiados possui abrangência positivada, o que significa que a concessão de refúgio não é ato discricionário do Estado concessor, pois o reconhecimento deste direito está vinculado a diplomas e hipóteses legais perfeitamente definidos internacionalmente. A proteção aos refugiados não se limita, portanto, às relações entre Estados, mas especialmente como estes se comportam diante daqueles em busca de refúgio (GOODWIN-GILL; MCADAM, 2011).

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, passando os Estados a adotar instrumentos pioneiros de amparo que contemplassem especificidades regionais, como ocorreu com a Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) de 1969 e a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 (PIOVESAN, 2001).

Muito embora o documento seja um instrumento de *soft law*, a maior parte dos países da América Latina adota o *espírito de Cartagena*¹⁶ que recomenda que o conceito 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 humanos¹⁷.

Fazendo valer o *espírito de Cartagena*, a lei nº 9.474/97 adotada no Brasil contempla, além dos motivos trazidos pela Convenção de 51 e pelo Protocolo de 67, a *grave e generalizada violação de direitos humanos* como um dos motivos ensejadores do refúgio, tornando-se, assim, um dos instrumentos legais mais avançados e abrangentes da América Latina (ALMEIDA, 2001).

¹⁶ A referência é feita em virtude da ampliação e alcance da definição trazida no documento.

¹⁷ Conclusão III, parágrafo 3º da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984 – “Reiterar que, 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”.

Importante ressaltar que, ainda que o DIR possua conceitos e elementos próprios, sua base normativa são as fontes do DIP trazidas pelo artigo 38 do Estatuto da Corte de Haia. Os princípios gerais de direito, por sua vez, completam o rol de fontes e aprimoram os princípios do DIR (JUBILUT, 2007). Dentre os que possuem aplicação ao refúgio podemos destacar: o princípio da solidariedade e o princípio da cooperação internacional.

Consagrado no preâmbulo do artigo 4^o¹⁸ da Convenção de 51, o princípio da solidariedade pressupõe a divisão dos custos – *burden sharing* – inerentes a efetivação da proteção aos refugiados, como dos esforços na busca de soluções para os inúmeros desafios globais que surgem continuamente afetos à temática do refúgio (JUBILUT, 2007).

Por sua vez, o princípio da cooperação internacional é princípio fundamental da Carta da ONU¹⁹ que parte da premissa que se os Estados dividem o mesmo *habitat*, o desenvolvimento de ações conjuntas é uma realidade e necessidade a ser enfrentada (JUBILUT, 2007).

O Direito Internacional dos Refugiados baseia-se, sobretudo, em outros princípios específicos, dos quais destacam-se: (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 3^o, o princípio da não discriminação dispõe que a Convenção de 51 deverá ser aplicada de forma não discriminatória pelos Estados que a adotaram “*sem discriminação quanto à raça, religião ou apoio ao país de origem*” dos solicitantes de refúgio.

Muito embora o princípio da unidade familiar não encontre previsão específica na Convenção de 51, está consagrado em princípio de maior abrangência previsto no artigo 6^o²⁰ da Declaração Universal de Direitos Humanos e resguardado na Recomendação da Ata Final da Conferência que adotou a Convenção de 1951, ao dispor que os governos devem tomar as medidas necessárias para a proteção da família do refugiado, em especial na manutenção da

¹⁸ Artigo 4^o da Convenção de 51 – “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”.

¹⁹ Nos termos do artigo 1^o (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.

²⁰ Artigo 6^o da Declaração Universal de Direitos Humanos – “Toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela”.

unidade familiar e na “proteção dos refugiados menores, em particular crianças não acompanhadas e meninas, com especial referência para a tutela e adoção” (ACNUR, 2004).

Finalmente, destaca-se o princípio do *non-refoulement* – princípio da não-devolução - consagrado no artigo 33 da Convenção de 51. Tal princípio é o núcleo central do Direito Internacional dos Refugiados. Consiste na proibição da devolução do solicitante de refúgio e, ou, do refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo (GOODWIN-GILL; MCADAM, 2011). Neste sentido, os Estados-parte assumem o compromisso da não-devolução de refugiados 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.

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*” (2014, p. 132).

No contexto regional da América Latina, foco deste artigo, 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*²¹.

Observa-se, assim, a responsabilidade do Estado perante um indivíduo que não faz parte da sua população; o que, em uma análise mais ampla eleva este mesmo indivíduo a condição de sujeito de direitos no plano internacional a despeito de sua cidadania ou nacionalidade (ROCHA, 2010).

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 de segurança internacional – 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 soberania: que, entre tantos outros poderes, legitima ao Estado o monopólio da mobilidade dos indivíduos (ROCHA, 2004).

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

²¹ Conclusão Quinta da Declaração de Cartagena de 1984.

em nova violação de direitos e não se coaduna com o preceituado no artigo 14²² da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e nem com a evolução das relações entre os Estados ao longo das últimas décadas, onde a ideia de cooperação e responsabilidade internacional se impõem.

Não obstante a notável evolução dos instrumentos internacionais de proteção ao refugiado, as Cortes Internacionais seguem sendo intensamente provocadas para efetivar os direitos previstos em tais documentos e impedir contínuas violações por partes dos Estados.

5. O NOVO PARADIGMA DO SISTEMA INTERAMERICANO: *PACHECO TINEO v. BOLÍVIA*

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, uma vez que o Direito Internacional dos Refugiados não prevê a judicialização internacional da violação das normas sobre refúgio (RAMOS, 2013).

Neste sentido, além de poderem contar com seu sistema específico de proteção, os refugiados podem acessar, como qualquer indivíduo, o sistema global – ou sistema universal – de proteção de direitos humanos estabelecido no âmbito da ONU em virtude de violação de normas do Direito Internacional de Direitos Humanos (RAMOS, 2013).

O sistema global é composto por diversos tratados internacionais de proteção da pessoa humana, sendo relevante destacar os mais essenciais, como por exemplo, 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 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (RAMOS, 2013).

Todos estes instrumentos de proteção possuem comitês que zelam pela sua aplicação seja através de relatórios enviados pelos Estados, por comunicações interestatais e, em alguns casos, comunicações individuais; possuindo, também órgãos e mecanismos específicos que visam salvaguardar e garantir efetivamente estes direitos (RAMOS, 2013).

²² 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”.

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

Como explica 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 Humanos (2008, p. 53).

No âmbito regional, objeto do presente artigo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos atua na proteção aos migrantes forçados há muitos anos, lidando, sobretudo, com casos de asilo político, espécie do gênero *asilo* em sentido amplo, este último previsto no artigo 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Como elucidada 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” (2011, p. 16). Muito embora a doutrina anglo-saxã não faça distinção entre asilo e refúgio, utilizando ambas as terminologias para identificar o que de fato se compreende por *refúgio*, na América Latina os institutos possuem outra conotação, compreendendo o gênero asilo as espécies *asilo político* – subdividido em asilo diplomático e territorial – e o *refúgio* propriamente dito sendo este o problema central a ser enfrentado no presente (JUBILUT, 2007).

No caso em análise, os fatos que provocaram o acionamento do Sistema Interamericano ocorreram no curto espaço de cinco dias entre os dias 19 de fevereiro de 2001 e 24 de fevereiro de 2001, ou seja, antes da alteração histórica nas portas de entrada dos Estados provocada pelo 11 de setembro de 2001.

A família Pacheco Tineo entrou na Bolívia em 19 de fevereiro de 2001 em busca de refúgio em razão de estarem sofrendo perseguição no seu país de origem, o Peru. 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 pela autoridade migratória (SENAMIG) sem direito a qualquer tipo de recurso ou notificação da decisão do Comitê Nacional para os

Refugiados - CONARE boliviano, sendo este o órgão responsável pela análise das solicitações de refúgio em cada Estado.

O CONARE decidiu sumariamente que não analisaria o pedido dos solicitantes, sem prover qualquer tipo de audiência às partes, infringindo, desta maneira, o dever de cautela pois já tinha informações que os solicitantes já ostentavam a condição de refugiado ou residente reconhecida no Chile. O procedimento de expulsão foi levado a cabo sem qualquer audiência à família, composta, também, por menores de idade (um deles com nacionalidade chilena).

Em momento de verdadeiro exercício interpretativo a Corte fundamentou sua decisão nas normas de interpretação e de alcance previstas nos artigos 29 e 30 da Convenção Americana. No que tange à normas de interpretação, dispõe o artigo 29:

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.

Por sua vez no que diz respeito ao alcance das restrições 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.

Ao buscar a fundamentação das violações, através da leitura ampliada dos artigos 22 (7) e 22 (8) na Convenção de 51, 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 os seguintes direitos da Convenção Americana de Direitos Humanos: (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 família²³ tendo incorrido, assim, o estado da Bolívia em responsabilidade internacional pela violação dos direitos constantes na Convenção Americana, em razão das ações e omissões dos funcionários do SENAMIG e do CONARE.

O caso *Pacheco Tineo* é assim paradigmático, pois permitiu que a Corte Interamericana considerasse, pela primeira vez, violações de procedimento na concessão de refúgio e violação ao princípio de *non-refoulement* à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana encontrou na leitura do artigo 22 (7) uma modalidade específica do direito de receber asilo à família com base no princípio de *non-refoulement* (leitura ampliada do artigo 22.8), em momento de perfeita integração do Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Corte Interamericana:

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 integração dos institutos é ressaltada no seguinte trecho da decisão em que a Corte Interamericana, passa a adotar um 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).

A Corte decidiu interpretar, assim, o princípio de *non-refoulement* para incluir o direito de asilo nas circunstâncias específicas do caso. A Corte confirmou, ainda, a interpretação de que o artigo 22 (7) da Convenção Americana, no que tange ao direito de asilo, consagra o direito de indivíduos, o que impõe desta forma, obrigações procedimentais específicas aos Estados, incluindo a de dar acesso a procedimentos de asilo.

Nesta perspectiva, referências ao termo *asilo* devem ser interpretadas, a partir do caso *Pacheco Tineo*, como afetas ao Direito Internacional dos Refugiados, ainda que a Corte tenha reconhecido que o conceito de refugiado se desenvolveu positivamente em instrumentos nacionais e regionais, o que, em análise secundária ainda permitem o enquadramento em modalidades mais específicas e não universais de asilo, como a que resta prevista no artigo 22 (8) da Convenção Americana (CANTOR, 2015).

²³ Artigos da Convenção Americana violados: art. 22.7; art. 22.8; art. 8; art. 25; art. 5.1; art. 19; art. 17.

Importante destacar que a decisão apresentada pela Corte Interamericana no referido caso é inédita, pois baseada na convergência dos institutos de Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos ao estabelecer um novo conceito específico para o *direito de asilo* em âmbito regional que passa a contemplar a modalidade específica do *status* de refugiado segundo conceito universal trazido pela Convenção de 51 e o Protocolo de 67.

Desse modo, com base em normas estabelecidas em documentos internacionais de proteção aos refugiados há uma ampliação conceitual do previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos – que disciplina apenas a proteção ao asilo político - em verdadeiro momento de complementaridade de institutos que têm, por objetivo final, a proteção da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO

Após seis décadas de sua institucionalização, o Direito Internacional dos Refugiados continua sendo um regime legal de proteção incompleto, protegendo de forma imperfeita o que deveria ser uma situação excepcional. Contudo, ainda pode ser considerado o mecanismo mais importante do Direito Internacional dos Direitos Humanos do mundo em razão dos números cada vez mais elevados de pessoas buscando o sistema – regional ou global – de proteção ao redor do mundo.

A exposição da migração forçada como uma violação dos direitos humanos e o reconhecimento da responsabilidade do Estado constituem passos importantes para a prevenção do deslocamento forçado no futuro. No entanto, significativas dificuldades permanecem no sentido de garantir que as pessoas que experimentaram o exílio recebam reparações adequadas e abrangentes para os danos causados a eles. As estratégias legais ainda precisam ser definidas para que o deslocamento forçado da população seja oficialmente reconhecido como um dos abusos de direitos humanos que os responsáveis por violações respondam perante a lei.

O estudo do caso revelou coerência entre a decisão e a abordagem mais moderna do Direito internacional de Proteção da Pessoa Humana, mostrando-se clara a complementariedade entre as vertentes internacionais de proteção. No presente estudo, o Direito Internacional dos Refugiados é complementado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, garantindo desta forma a integração de duas entre as três vertentes de

proteção, o que vem sendo cada vez mais frequente na jurisprudência internacional ao longo das últimas décadas.

O Direito Internacional dos Refugiados possui, neste sentido, como fonte e fundamento principiológico, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A conexão entre os institutos existe justamente porque as pessoas que passaram a viver em condição de refúgio tiveram seus direitos humanos ameaçados. A proteção de ambos os regimes é, nesta perspectiva, claramente complementar e não se exclui mutuamente.

Nesta perspectiva, pela via interpretativa, o Estado passa a ser responsabilizado internacionalmente pelas violações de direitos humanos previstas na Convenção de 51 e no Protocolo de 67, servindo, assim, a Corte Interamericana como um meio coercitivo ao cumprimento não apenas de normas dispostas na Convenção Americana, mas de diplomas internacionais de proteção ao refugiado.

7. REFERÊNCIAS

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

_____. *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.

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.

_____. 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.

- _____. 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.
- 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, 79-106. Oxford: Oxford University Press.
- GOODWIN-GILL, Guy. *The refugee in international law*. New York: Oxford University Press, 2011.
- HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Butterworths Canada Ltd, 2014.
- JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.
- 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.
- 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.
- _____. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, Cesar Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004.
- _____. 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.
- _____. *Temas de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho; 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)

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

STOESSINGER, J. G. *The refugee and the World Community*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1956.

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.

_____. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. 2ª ed., Brasília: UNB, 1997.

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

UNHCR. *Global Trends Forced Displacement in 2015*. Disponível em <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html>>. Acessado em 29/08/2016.