

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O TRATAMENTO DADO AOS REFUGIADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS: A CONCESSÃO DO *STATUS* DE REFUGIADO E UMA
ANÁLISE DO CASO PACHECO TINEO**

ISABELLE SÁ DE SENA

RIO DE JANEIRO

2020

ISABELLE SÁ DE SENA

**O TRATAMENTO DADO AOS REFUGIADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS: A CONCESSÃO DO *STATUS* DE REFUGIADO E UMA
ANÁLISE DO CASO PACHECO TINEO**

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título parcial de bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Siddharta Legale
Ferreira**

RIO DE JANEIRO

2020

CIP - Catalogação na Publicação

S474t Sena, Isabelle Sá de
O TRATAMENTO DADO AOS REFUGIADOS NO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A CONCESSÃO DO
STATUS DE REFUGIADO E UMA ANÁLISE DO CASO PACHECO
TINEO / Isabelle Sá de Sena. -- Rio de Janeiro,
2020.
91 f.

Orientador: Siddharta Legale Ferreira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Refúgio. 2. Corte Interamericana de Direitos
Humanos. 3. Devido Processo Legal. I. Ferreira,
Siddharta Legale, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ISABELLE SÁ DE SENA

**O TRATAMENTO DADO AOS REFUGIADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS: A CONCESSÃO DO *STATUS* DE REFUGIADO E UMA
ANÁLISE DO CASO PACHECO TINEO**

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título parcial de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Siddharta Legale Ferreira

Data de Aprovação: ___/___/____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Siddharta Legale Ferreira

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2020

AGRADECIMENTOS

De forma breve, agradeço a todos que estiveram comigo nessa longa jornada que foi a FND, desde o seu começo até o seu fim.

Agradeço especialmente aos meus pais, que sempre acreditaram mais em mim do que eu mesma. Aos meus amigos Caio, Pedro, Gabriela, Débora, Renan e Felipe, entusiastas da minha vida acadêmica.

Agradeço grandemente ao meu orientador por toda a dedicação e incentivo na produção desse trabalho.

Por fim, agradeço a Deus pela oportunidade!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a proteção concedida aos refugiados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo como objeto específico observar os procedimentos que devem ser utilizados pelos Estados no processo de análise do pedido concessão do status de refugiado. Esses procedimentos não são pormenorizados nos Tratados Internacionais sendo discricionariedade de cada Estado estabelecê-los conforme sua estrutura legislativa e administrativa. Nesse sentido, a principal investigação da pesquisa é determinar se essa discricionariedade encontra limites no Direito Internacional dos Direitos humanos, principalmente na Convenção Americana de Direitos Humanos. Para tal exame, primeiramente, será feita uma síntese com os principais conceitos e diferenciações necessárias para a compreensão do presente trabalho, sendo seguida de um estudo do funcionamento e estrutura do Sistema Interamericano, para ao final analisar a jurisprudência consultiva e contenciosa da Corte sobre o tema, por meio da análise das Opiniões Consultivas e da sentença do Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia como tentativa de identificar os parâmetros estabelecidos pela Corte e a solução para a pergunta que guiou o trabalho.

Palavras-chave: Refúgio; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Devido Processo Legal; Convenção Americana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The following paper aims to analyze the protection granted to the refugees by the Inter-american Human Rights System, having as the main point the investigation of the procedures that must be used by the States in the analysis of granting the Refugee Status. These procedures are not specifically detailed in the International Treaties, being each State responsible to establish them in conformity to their administrative and legislative structure. Hence, the main target of the research is to determine if this discretionarity find any limits in International Human Rights Law, mainly in the American Convention of Human Rights. First, in this examination, will be fulfilled a synthesis with the main concepts and differentiations necessary to the comprehension of the present work, being followed by a study of the functioning and structure of the Inter-American System. At the end, an advisory and contentious jurisprudence analysis will be done by the study of the Advisory Opinions and the sentence of the Pacheco Tineo vs Plurinational State of Bolivia by the Court in an attempt to identify the established parameters by the Court and the solution of the question that led to the respective work.

Keywords: Refugee; Inter-american Human Rights System; Due Process of Law; American Convention of Human Rights.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Diferenças entre o Asilo e o Refúgio.....	49
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIR	Organização Internacional dos Refugiados
ONU	Organização das Nações Unidas
OUA	Organização de Unidade Africana
SENAMIG	Serviço Nacional de Migração boliviana
UNRRA	Administração das Nações Unidas para o Socorro e a Reconstrução

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O REFÚGIO	13
1.1 O contexto histórico do refúgio	13
1.2 O papel dos Direitos Humanos na definição do conceito de refugiados	25
1.3 A definição ampliada de refúgio	33
2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	38
2.1 A organização dos Estados Americanos.....	38
2.2 A Convenção Americana De Direitos Humanos	40
2.3 A Comissão Interamericana De Direitos Humanos.....	42
2.4 A Corte Interamericana De Direitos Humanos	45
2.5 O Sistema Interamericano e o instituto do refúgio	47
3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA A CONCESSÃO DO STATUS DE REFUGIADOS PELO SISTEMA INTERAMERICANO	56
3.1 O devido processo legal.....	56
3.2 O devido processo legal e o Sistema Interamericano De Direitos Humanos	62
3.3 O caso Pacheco Tineo V. Bolívia.....	68
3.4 Os procedimentos e garantias para a concessão do <i>status</i> de refugiado no Sistema Interamericano De Direitos Humanos	73
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática principal a proteção interamericana dos refugiados com foco na evolução procedimental adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no processo de concessão ou denegação do status de refugiado e no conceito contemporâneo de refúgio.

O problema central reside na ausência de previsão de procedimentos específicos a serem observados pelos Estados em casos de pedido de refúgio, já que os tratados internacionais não impõem regras práticas em relação aos procedimentos que devem ser adotados pelos Estados signatários quanto ao processo para conceder ou não o status de refugiados.

Dessa forma, qual seria a melhor forma de determinar quais os procedimentos e garantias que devem ser obrigatoriamente observados? O processo de reconhecimento da condição de refugiado deve ficar inteiramente a discricionariedade de cada Estado ou eles encontram limites nos Tratados e Convenções Internacionais? É necessário que os Estados observem o princípio do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal?

O relatório Tendências Globais (*Global Trends*)¹ divulgado em junho de 2020 pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) para refugiados, registrou que em 2019 o número global de refugiados e de pessoas em situações análogas ao refúgio superou 20 milhões. Na América Latina, aproximadamente 14,138,901 de pessoas se encontram em uma situação preocupante, sendo que apenas 146,741 já foram reconhecidas como refugiadas e 937.289 ainda estão aguardando resposta à sua solicitação de refúgio. Mundialmente, esse número é ainda mais impressionante, com aproximadamente 4.149.853 pessoas aguardando o reconhecimento.

¹ Disponível em :<<https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5ee200e37/unhcr-global-trends-2019.html>>. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

Dessa forma, a importância do tema se impõe, pois, o estudo sobre regras, procedimentos e garantias que devem ser observadas no processo de concessão do refúgio irá beneficiar diretamente mais de quatro milhões de pessoas.

Entretanto, apesar de grande relevância, existem poucos debates sobre o tema objeto deste trabalho.

Nesse sentido, se torna necessário um maior envolvimento da comunidade acadêmica para tentar fornecer soluções e estratégias para o problema em questão, de forma a efetivar a proteção aos refugiados prevista nos tratados e convenções internacionais.

O alvo da pesquisa é averiguar o atual conceito de refugiado utilizado pelo sistema interamericano de direitos humanos e verificar quais as garantias exigidas no processo de análise do status de refugiados, por meio da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O trabalho será baseado no método indutivo a partir de estudo de casos, tendo como base a revisão bibliográfica de artigos científicos e livros sobre a temática. Ademais, a leitura será acompanhada da análise de casos concretos da Corte, em especial o Caso Pacheco Tineo v. Bolívia, paradigma para o trabalho.

Este foi o primeiro Caso julgado pela Corte que tratou do Direito Internacional dos Refugiados e das violações de direitos humanos no contexto do procedimento de análise da solicitação de refúgio.

O primeiro capítulo tem como principal escopo abordar conceitos indispensáveis para a compreensão do presente trabalho. Em primeiro lugar, será analisada o desenvolvimento histórico da noção de refúgio para possibilitar o entendimento em relação a evolução do alcance de proteção e do conceito de refugiado. Em seguida, será demonstrado como o Direito Internacional dos Direitos Humanos influenciou na definição contemporânea de refugiado e na definição ampliada adotada em contextos regionais.

O segundo capítulo traz, primeiramente, uma visão geral do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, explicitando a estrutura da Organização dos Estados Americanos, as principais características da Convenção Americana de Direitos Humanos e o funcionamento

da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por último, vai ser analisado a interpretação e a aplicação do instituto do refúgio pelo Sistema Interamericano, tendo como base a Opinião Consultiva OC n. 25/18.

Já o terceiro capítulo se inicia com uma breve definição do princípio do devido processo legal e as diretrizes e os procedimentos da Corte Interamericana sobre a matéria. Em seguida, é feita uma análise do Caso Pacheco Tineo com foco nos direitos violados e na atuação da Corte, para que seja possível identificar tanto a evolução do conceito de refúgio como dos procedimentos que devem ser observados pelos Estados no processo de concessão do *status* de refugiados.

Por fim, na conclusão serão apresentadas, com base nos capítulos anteriores, quais foram as conclusões encontradas sobre os procedimentos que devem ser observados no processo de pedido de concessão ao *status* de refugiado frente à a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência consultiva e contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. O REFÚGIO

1.1 O contexto histórico do refúgio

Seja por privações causadas pela natureza, por ter desagradado seus governantes ou para fugir das consequências de um crime cometido, o ser humano tem convivido com a necessidade de abandonar seu local de origem em busca de proteção desde os tempos bíblicos, na esperança de que desse novo lugar ele não pudesse ser retirado e que pudesse gozar de proteção. Essa proteção é a noção do instituto do Asilo².

A noção de asilo é tão antiga quanto a própria humanidade, tendo surgido como uma reação instintiva do ser humano para proteger sua integridade física, não sendo uma figura de caráter institucional³. A palavra “asilo” deriva do grego “*asylao*”, que significa não arrebatado, não extrair, não sacar, tendo sido na Grécia Antiga que o instituto adquiriu notoriedade.

Em um primeiro momento, o asilo era praticado com caráter religioso, sendo a proteção exercida nos templos, nos bosques sagrados, nas estátuas de divindades e em outros lugares considerados sagrados e, portanto, invioláveis⁴. A proteção outorgada nos templos era baseada no respeito e medo aos deuses, porém era ineficiente no sentido que o poder de cada deus era limitado geograficamente a cidade onde estava localizado o templo e que não era suficiente para defender o refugiado de um perseguidor estrangeiro. Dessa forma, foi necessária uma transformação para que a proteção não fosse apenas oferecida pelo templo, mas pela cidade inteira, retirando o sentido exclusivamente religioso do asilo⁵.

No século IV d.C floresceu o asilo cristão, que diferente do asilo religioso pagão não era motivado apenas pela sacralidade do lugar, se baseando nos princípios cristãos de caridade e

² ANDRADE, José Henrique Fischel de. **Direito Internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 8-9

³ CARRILLO URQUIDE, J. E. Consideraciones historicas en torno del asilo. Jurídica: **Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**, Cidade do México, ed. 13, t. 1, 1981, p. 878.

⁴ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 9-10.

⁵ CARRILLO URQUIDE, J.E. Op. cit., p. 881.

remissão dos pecados. Durante o período do feudalismo, o asilo era regido apenas pela igreja que o usava conforme seus interesses e não estendia esse benefício aos hereges⁶.

Com o passar do tempo, o asilo religioso adquiriu tamanha força que os monarcas começaram a insurgir-se contra a prática alegando de que ela limitava a aplicação adequada da justiça, tendo início o declínio do instituto⁷.

Durante os séculos X e XVI, a Europa passou por um período de mudança de mentalidade e na relação autoridade-povo, com a formação da “sociedade perseguidora”. Passou-se de uma sociedade hospitaleira com o estrangeiro para uma sociedade protecionista, levando a repressão, exílio e a tentativa de extinção dos hereges, leprosos e judeus. As perseguições a esses diferentes grupos não podem ser analisadas de forma isolada, tendo todas o objetivo comum de estender o poder daqueles que já o detinha e minar o avanço de potenciais rivais⁸.

A partir do século XVII dá-se a laicização do instituto, com a concessão do asilo deixando de ser competência exclusiva da igreja com a organização dos Estados Nacionais e o surgimento de poder civil soberano em seu interior⁹. Foi nessa época que Grócio, Suarez e Wolf¹⁰ começaram a vislumbrar o asilo como direito natural e uma obrigação Estatal. Grotius defendeu que apenas àqueles que sofressem perseguições políticas e religiosas deveriam ser beneficiários do asilo, não sendo o mesmo concedido para pessoas perseguidas por graves crimes comuns.¹¹

⁶ CARRILLO URQUIDE, J.E. Op. cit., p. 883-884.

⁷ Ibid.

⁸ MOORE, R.I. **The formation of a Persecuting Society**. Oxford, Blackwell Publ.1987. OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jun. de 2020, p. 1-153.

⁹ ANDRADE, José H. Fischel de. *apud* GARRIDO, D. López. **El Derecho de Asilo**. Madrid: Trotta, 1991, p.8.

¹⁰ Hugo Grócio, Francisco de Suárez e Christian Wolff são reconhecidos como uns dos fundadores do Direito Internacional, essa denominação deriva de uma obra francesa de 1904 organizada por Antoine Pillet chamada “*Les Fondateurs de Droit International*”.

¹¹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 15.

Foi apenas no século XVIII, em 1793, na França iluminista, que o direito ao asilo foi proclamado em uma Constituição europeia pela primeira vez¹². Era esperado que após essa primeira manifestação francesa, ocorressem outros progressos nessa época, porém o acolhimento de estrangeiros perseguidos continuou sendo uma faculdade do Estado¹³.

Em 1889, ocorreu a primeira normatização jurídico internacional regional sobre o asilo, o *Tratado sobre Direito Penal Internacional*¹⁴, firmado por Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai em Montevideu, o acordo estabelecia as regras para extradição e inviolabilidade do asilo político¹⁵.

Todavia, foi apenas com as atividades da Liga das Nações¹⁶ que a proteção dos refugiados tomou forma coordenada, devido aos acontecimentos que antecederam e sucederam a Primeira Guerra Mundial¹⁷. Diferente do imaginado, o fim da Primeira Guerra Mundial fez com o que número de refugiados aumentasse de forma significativa, o que causou dificuldades de ordem política, econômica e social.

A Guerra levou a Europa a uma crise política ocasionada pela desorganização do poder político e a reorganização do mapa político europeu, a uma crise econômica causada pela destruição massiva dos meios de produção gerando falta de emprego e a uma crise social devido à fome e a miséria que assolou o continente.

¹² A Constituição francesa de 24 de junho 1793 em seu artigo 120 proclama “dá asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da liberdade. Recusa-o aos tiranos”.

¹³ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. Cit., p. 15.

¹⁴ OAS. Tratado de Direito Penal Internacional. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.pdf. Acesso em 23 abr. 2020.

¹⁵ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 15.

¹⁶ A Liga das Nações (ou Sociedade das Nações) foi um organismo político criado em 1919 pelo Tratado de Versalhes após o Fim da Primeira Guerra Mundial e tinha como objetivo ser um instrumento internacional de controle e medição de conflitos entre os Estados para promover a cooperação entre as nações, a paz e segurança internacional.

¹⁷ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 22.

A estimativa é que a Grande Guerra e a Revolução Russa geraram entre quatro e cinco milhões de refugiados entre os anos 1914-1922¹⁸. A multiplicidade de motivos que levaram a esse problema fez com que a Comunidade Internacional se conscientizasse de que os conflitos não eram sempre a causa do deslocamento, mas muitas vezes a consequência do mesmo, sendo necessária uma atuação organizada para a manutenção da paz.

A Liga das Nações não trazia em seu estatuto essa problemática, não tendo nunca se preocupado em definir o conceito de “refúgio”. Todavia, o sentimento geral era de que ela era a instituição que melhor poderia combinar a autoridade moral para representar os direitos dos refugiados¹⁹.

A problemática dos refugiados Russos atingiu seu ápice no inverno de 1919-1920, fazendo com que a Liga fosse sondada para coordenar esforços de modo a solucionar vários dos problemas existentes. Diante da situação apresentada, a Liga apontou o primeiro Alto Comissário para os Refugiados Russos, tendo início à proteção internacional aos refugiados²⁰.

O principal objetivo era persuadir o governo Russo a repatriar seus refugiados, porém, logo foi descartada a possibilidade de uma repatriação em massa. As tarefas que deveriam ser realizadas pelo Alto Comissariado para os Refugiados Russos eram basicamente três: (1) a definição da situação jurídica dos refugiados, (2) a organização da repatriação ou reassentamento dos refugiados e (3) a realização de atividades de socorro e assistência, tais como providenciar trabalho, com a ajuda de instituições filantrópicas²¹.

Os primeiros esforços se deram para definir a situação jurídica dos refugiados por meio da criação do Passaporte Nassen. Criado na Conferência de Genebra de 1922, e adotado por 53 países, esse documento facilitava o movimento e a legalidade desses refugiados, atestando

¹⁸ HOBBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX. 1941-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 47.

¹⁹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. Cit., p. 23.

²⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo. Método, 2007, p. 74.

²¹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 43-44.

que se tratava de pessoa de origem russa que não adquiriu outra nacionalidade. Este certificado foi o responsável por devolver a personalidade jurídica aos refugiados russos²².

A primeira definição jurídica de *refugiado* só ocorreu em 1926 no *Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para os refugiados Russos e Armênios*²³. Foi feita a opção por não redigir uma definição geral de refugiados, e sim distinguir a situação dos Russos e Armênios.

Dessa forma, conforme o Ajuste de 1926, são refugiados:

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

Armênios: toda pessoa de origem armênia, preteritamente cidadã do Império Otomano, que não goze, ou que não mais goze, da proteção do governo da República Turca e que não tenha adquirido outra nacionalidade.²⁴

Em 1928 foi realizado um novo ajuste, o *Ajuste Relativo ao Estatuto Jurídico dos Refugiados Russos e Armênios*, adotado por 13 Estados. Esse ajuste traz em seu item “7” uma previsão embrionária do que viria a ser o princípio *non-refoulement* (“não-devolução”), ao prever que “qualquer medida de expulsão de estrangeiro a ser tomada com relação a um refugiado russo ou armênio deveria ser evitada ou suspensa na hipótese de o refugiado não estar apto a entrar no país limítrofe de forma legal”²⁵.

No mesmo ano foi feito um *Ajuste relativo à Extensão a outras categorias de Refugiados de certas medidas tomadas em favor dos Refugiados Russos e Armênicos*, que estendeu a proteção conferida aos Russos e Armênicos nos ajustes anteriores aos turcos, assírios, assírios-caldeus e assimilados²⁶.

²² ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 43-45.

²³ Doravante “Ajuste de 1926”.

²⁴ Ajuste de 1926.

²⁵ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 55.

²⁶ *Ibid.*, p. 60.

O Alto Comissário para os Refugiados Russos foi extinto em 1931 sendo sucedido pelo *Escritório Internacional de Nansen para os Refugiados* sob a direção da Liga das Nações. Entretanto, o Escritório não ficou responsável por todas as problemáticas relacionada aos refugiados, cuidando apenas de questões humanitárias. O aspecto jurídico relativo à proteção legal, aos direitos civis e ao estatuto dos refugiados, continuou a cargo do Secretariado da Liga²⁷.

O maior êxito do Escritório Nansen foi a *Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados*²⁸. O artigo 3º da Convenção de 1933 também tratou do princípio *non-refoulement* ao estabelecer que “Cada Parte Contratante (...) se compromete a, em qualquer hipótese, não recusar refugiados na fronteira de seus países de origem”. Entretanto, a Convenção foi criticada por não apresentar nenhuma evolução na definição de “refugiado”²⁹.

Apesar dos esforços, vários problemas impossibilitaram que o Escritório Nansen obtivesse mais sucesso, entre eles: a depressão econômica, o declínio da influência moral da Liga das Nações, a forte pressão da URSS para que o trabalho em favor dos refugiados fosse reduzido e o grande fluxo de refugiados proveniente da Alemanha³⁰.

O fortalecimento do nacional-socialismo na Alemanha levou ao surgimento de um novo grupo que precisava da proteção concedida aos refugiados: os judeus alemães, perseguidos em virtude de seu *status* civil³¹. Pela primeira vez o motivo da perseguição não poderia ser evitado pela submissão, como com a opinião política ou com a crença religiosa, posto que o motivo da perseguição era racial³².

²⁷ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 70.

²⁸ Doravante “Convenção de 1933”.

²⁹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 75-77.

³⁰ Ibid., p. 72.

³¹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 76.

³² ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 88.

Surgiu assim, em 1936, o *Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha* (em 1938 passou a também abranger os refugiados provenientes da Áustria)³³. Não era um órgão da estrutura do Escritório Nansen, sendo autônomo e com o seu orçamento proveniente de contribuições privadas e não governamentais. Essa autonomia e separação se deram em grande parte devido à pressão da Alemanha que ainda era membro da Liga das nações e era fortemente contrária ao reconhecimento de Judeus alemães como refugiados³⁴.

O Escritório Nansen e o Alto Comissariado para a Alemanha eram organizações provisórias e com data limite para sua extinção prevista para 1938, o que ensejou a unificação do tratamento dos refugiados e a criação do *Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados*³⁵.

Teve início uma nova fase do Direito Internacional dos Refugiados, pois pela primeira vez a qualificação deixou de ser feita apenas por critérios coletivos (origem, nacionalidade, etnia), e passou a considerar os aspectos individuais, sendo necessária a comprovação da perseguição³⁶.

Ainda em 1938, foi fundado o Comitê Intergovernamental para Refugiado que atuava de forma complementar ao Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, tendo como grande mérito a definição do termo de “refugiado” em sua Resolução de 14 de julho de 1938³⁷. Em sua primeira recomendação estipulava:

Que as pessoas que se encontram no âmbito de atividade do Comitê Intergovernamental devem ser (1) pessoas que ainda não partiram de seu país de origem (Alemanha (incluindo Áustria)), mas que devem emigrar em razão de suas opiniões políticas, credos religiosos ou origem racial, e (2) pessoas definidas no item (1) que já partiram de seu país de origem e que ainda não se estabeleceram permanentemente alhures.³⁸

³³ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 77.

³⁴ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 96.

³⁵ Doravante “Alto Comissariado da Liga” ou “Alto Comissariado”.

³⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 78.

³⁷ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 126.

³⁸ Primeira recomendação da Resolução de 14 de julho de 1938.

Essa definição inovava ao incluir opiniões políticas, credos religiosos e origem racial como causas do refúgio e possibilitava que o Comitê reconhecesse como refugiados pessoas que ainda se encontravam em seus países de origem³⁹.

Entretanto, os entraves políticos dificultavam a atuação da Liga das Nações na proteção dos refugiados, fazendo com o que o resultado não fosse completamente satisfatório. A entrada da União Soviética na organização diminuiu o comprometimento da Liga com o tema já que eles se recusavam a aceitar que os refugiados russos, fugidos da revolução, recebessem assistência internacional⁴⁰.

Após o fim do Alto Comissariado da Liga, extinto em 1946, o Comitê Intergovernamental para Refugiados assumiu suas funções⁴¹. Seu trabalho foi extremamente limitado devido à falta de recursos financeiros e a crença por vários países europeus que a perseguição aos judeus era um fenômeno passageiro que não justificaria uma atuação estrutural⁴².

Em 1943 foi assinado o Acordo para a Criação da *Administração das Nações Unidas para o Socorro e a Reconstrução*⁴³, sendo esta a primeira organização a conter a nomenclatura “Nações Unidas”.

Para receberem a proteção da UNRRA, todos os que desejam receber o *status* de refugiados precisavam comprovar de forma objetiva os motivos que os levaram ser perseguidos, sendo a sua candidatura avaliada de forma individual e não mais por pertencer a determinado grupo⁴⁴.

³⁹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 127.

⁴⁰ ANDRADE, José H. Fischel. **A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas: sua Gênese no Período Pós-Guerra (1946 – 1952)**. 2006. Tese (Doutorado) – Instituto de Relações Internacionais. Doutorado em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 46.

⁴¹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 78.

⁴² ANDRADE, José H. Fischel de. Op. Cit., 2006. p. 48.

⁴³ Doravante “UNRRA”.

⁴⁴ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 126.

A UNRRA, o Comitê Intergovernamental e a Liga das Nações deixaram de existir em 1946 quando suas atividades foram assumidas de forma provisória pela *Comissão Preparatória da Organização Internacional para Refugiados*.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, era esperado que a problemática da questão dos refugiados chegasse ao seu fim. Todavia, um grande número de refugiados se recusava a voltar ao seu país de origem assolados pelo trauma das perseguições⁴⁵.

A questão do repatriamento tornou-se um problema político importante, sendo necessária a criação de um organismo cuja função fosse buscar soluções para os problemas relacionados aos milhares de refugiados e apátridas espalhados pelo continente europeu.

Em junho de 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas⁴⁶, tendo como objetivos: servir de mediador dos conflitos entre países; promover os direitos fundamentais do homem e o respeito pela dignidade da pessoa humana; manter a paz mundial e a solidariedade social entre as nações e construir um mundo melhor com justiça e livre do terror das Guerras⁴⁷.

A ONU adotou em 1946 duas resoluções: A resolução A/45 que elencava quatro fundamentos da problemática de refugiados, sendo eles: o caráter internacional do tema, a necessidade de se estabelecer um órgão internacional para cuidar da proteção dos refugiados, a impossibilidade de se devolverem refugiados para situações de risco (princípio do *non-refoulement*) e o auxílio aos refugiados, objetivando o seu retorno aos seus países assim que possível. A segunda resolução foi a 15. XII. 46. 18 (1948), que iniciou os preparativos para a criação da Organização Internacional para Refugiados⁴⁸.

A OIR marca um novo período na proteção dos refugiados, não existindo mais uma multiplicidade de organismos, mas uma única organização com o objetivo de assisti-los. A

⁴⁵ Ibid. p. 131.

⁴⁶ Doravante “ONU”.

⁴⁷ RODRIGUES, José Noronha. **A história do direito de asilo no direito internacional**. CEEAplA WP N°18/2006. Ponta Delgada: Centro de Estudos de Economia aplicada do Atlântico, 2006, p. 14.

⁴⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 78-79.

sua Constituição trazia uma definição de refugiado muito mais ampla, fortalecendo o aspecto subjetivo na concessão do *status* de refugiado e permitindo que apenas as opiniões políticas dos refugiados fossem motivo suficiente para eles não desejarem voltar ao seu país de origem⁴⁹.

A consequência imediata foi a necessidade de criação de um procedimento de admissibilidade individual, sendo constituído um sistema de determinação de elegibilidade. O candidato ao *status* de refugiado agora possuía um vínculo jurídico direto com o Direito Internacional, não se sujeitando apenas a decisão de seu país de origem. O candidato podia recorrer sem a necessidade da intervenção de nenhum órgão estatal, obtendo uma decisão legalmente vinculante perante os Estados-Membros da OIR e às Nações Unidas⁵⁰.

A OIR foi precocemente desfeita em junho de 1950, não conseguindo, assim como suas antecessoras, concluir todas as tarefas que lhe haviam sido designadas. Todavia, a OIR foi a primeira a organização a tratar de todos os aspectos da problemática dos refugiados, atuando de forma muito mais unificada e integrada⁵¹.

Inicialmente, acreditavam que a questão dos refugiados seria um problema temporário resultante apenas da Segunda Guerra Mundial. Porém como o problema persistiu, a solução foi a criação de uma organização para suceder a OIR. Dessa forma, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados⁵² foi criado em 1950, devendo, inicialmente, funcionar apenas por um período de três anos⁵³.

O objetivo da ACNUR é o de providenciar proteção internacional aos refugiados buscando soluções permanentes de forma humanitária e apolítica. Até os dias atuais o Alto Comissariado busca assegurar o direito de buscar asilo e o respeito aos direitos fundamentais

⁴⁹ ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 165-166.

⁵⁰ Ibid. p. 166-168.

⁵¹ Ibid. p. 177.

⁵² Doravante "ACNUR".

⁵³ ACNUR. **An Introduction to International Protection: Protecting Persons of Concern to UNHCR.** Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 2005, p. 7.

de todos os candidatos, incluindo o direito de não ser forçado a retornar a um país onde sua segurança e sobrevivência são ameaçadas⁵⁴.

Em 1951, por meio da atuação da ACNUR, foi adotada a Convenção de 1951⁵⁵ que pretendeu unificar a caracterização, os procedimentos e os parâmetros gerais da proteção aos refugiados acabando com os acordos internacionais pontuais para somente resolução de questões específicas relativas ao refúgio⁵⁶.

O artigo 1º. A., § 2o, da Convenção de 51 traz o conceito de Refugiado, conforme segue:

Para fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1o de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.⁵⁷

Essa definição sofreu algumas críticas por impor algumas limitações de aplicação. A primeira restrição é de ordem geográfica já que os Estados podiam optar por uma cláusula que previa que apenas pessoas provenientes da Europa poderiam ser consideradas refugiadas.

Essa limitação se deu por pressão dos países Europeus que queriam redistribuir a grande quantidade de refugiados em seus territórios, o que não seria possível caso o instituto do refúgio abarcasse também pessoas de outras localidades, especialmente de países em desenvolvimento⁵⁸.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Também conhecida como "Convenção de Genebra".

⁵⁶ RODRIGUES, José Noronha. Op. cit., p. 20.

⁵⁷ ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados** de 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 02. abr. 2020.

⁵⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 84.

A segunda limitação tinha um caráter temporal, pois apenas poderiam ser considerados refugiados os perseguidos anteriormente a 1951, demonstrando que ainda acreditavam que o problema do refúgio seria algo pontual⁵⁹.

Outra crítica é o fato dessa definição ignorar as violações a direitos econômicos, sociais e culturais como fatores de perseguição que poderiam ensejar a concessão do status de refugiados, apenas reconhecendo a violação de direitos civis e políticos⁶⁰.

Devido aos novos acontecimentos no cenário internacional que aumentaram o fluxo de refugiados, como a Guerra fria e a descolonização da África e da Ásia que levaram a guerras civis e a formação de novos Estados independentes nessas regiões⁶¹, foi elaborado o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967⁶², também sob a égide da ACNUR, que redefiniu o conceito de refugiados e retirou as limitações geográficas e temporais. Assim, consoante com o Artigo 1º do Protocolo de 1967:

§1. Os Estados Membros no presente Protocolo comprometer-se-ão a aplicar os artigos 2 a 34, inclusive, da Convenção aos refugiados, definidos a seguir.

§2. Para os fins do presente Protocolo, o termo "refugiado", salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras "em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e..." e as palavras "...como consequência de tais acontecimentos" não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro.

O presente Protocolo será aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica; entretanto, as declarações já feitas em virtude da alínea "a" do §1 da seção B do artigo 1 da Convenção aplicar-se-ão, também, no regime do presente Protocolo, a menos que as obrigações do Estado declarante tenham sido ampliadas de conformidade com o §2 da seção B do artigo 1 da Convenção.

Apesar do Protocolo de 1967 ter conferido maior amplitude e abrangência à definição anterior de refugiados, ela manteve a definição que apenas abarcava a violação de direitos

⁵⁹ ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados** de 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiado_s.pdf. Acesso em: 02. abr. 2020.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., p. 28-29.

⁶² Doravante "Protocolo de 1967".

civis e políticos. As violações de direitos de outras ordens são mais comuns em países subdesenvolvidos o que reforça o caráter eurocêntrico do documento.

1.2 O papel dos Direitos Humanos na definição do conceito de refugiados

Atualmente, existe um relevante debate em relação a interpretação da definição de refugiado do artigo 1o. A., § 2o, da Convenção de 1951 e o papel exercido pelos direitos humanos nessa definição, ou em pelo menos na definição de alguns elementos desse artigo.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiu após a segunda guerra mundial, conflito que foi deflagrado com base no projeto de dominação de povos considerados inferiores e terminou com o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki. Percebeu-se que o homem adquiriu o poder para destruir toda a vida na face da Terra e por esse motivo, a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos⁶³.

Possui como função principal fornecer garantias mínimas de sobrevivência ao homem por meio da asseguaração de direitos essenciais que buscam assegurar proteção ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁶⁴. Esse princípio parte da premissa que todos os homens são iguais e possuem direito a serem igualmente respeitados pelo simples fato da sua humanidade, tendo fundamento no imperativo categórico de Kant que enuncia “*O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade*”⁶⁵. Como destaca Ingo Wolfgang:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 128.

⁶⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 51.

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentos para a Metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, p. 68.

ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶⁶

A internacionalização dos Direitos Humanos possui como momentos simbólicos os Tribunais de Nuremberg (1945) e Tóquio (1946), a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945) e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)⁶⁷. Foram a partir desses momentos que os direitos essenciais passaram a ser assegurados não somente pelos ordenamentos jurídicos internos dos Estados soberanos, mas também pela ordem internacional, sendo a Declaração de 1948 considerada como o marco inicial do sistema de proteção aos direitos humanos⁶⁸.

Entretanto, os direitos humanos foram concebidos para regularem situações de paz, precisando ser complementado para abarcar indivíduos em situações especiais, sendo necessária a criação do sistema do Direito Humanitário e do sistema do Direito dos Refugiados. O Direito Internacional Humanitário possui origem distinta à do Direito Internacional dos Direitos Humanos e tem como objeto a proteção dos bens direta e indiretamente ameaçados pelos conflitos bélicos e a criação de condição de paz e segurança as pessoas vulneráveis⁶⁹. Já o Direito do Internacional dos Refugiados, como visto, é o sistema de proteção para pessoas perseguidas dentro de seus países de origem e que por isso precisam ser deslocar para outro local⁷⁰.

Enquanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser aplicado a qualquer indivíduo em virtude do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito Internacional dos Refugiados é fundado na necessidade de identificação de indivíduos 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

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

⁶⁷ DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 127.

⁶⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 56.

⁶⁹ PAULA, Vera de; PRONER, Carol. Convergência e Complementaridade entre as Vertentes de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, vol. 8, fls. 219-241, 2008, p. 229.

⁷⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 57.

de origem e/ou residência habitual para outro Estado, necessitando de proteção, o que implicará na abertura de situações excepcionais aos controles migratórios dos estados⁷¹.

Em outras palavras, os Direitos Humanos tratam das violações cometidas pelos Estados aos seus próprios cidadãos e o Direito dos refugiados cuidam dessas pessoas que fugindo dessa perseguição cruzam a fronteira para outro Estado.

Apesar desses dois direitos terem se desenvolvido como sistemas distintos, o potencial de sobreposição entre eles tem ficado progressivamente mais aparente. Como visto anteriormente, a base moderna do Direito Internacional dos Refugiados é a Convenção de 1951 com as modificações feitas pelo Protocolo de 1967, além das convenções regionais e legislações nacionais. Todavia, além da legislação específica sobre refugiados, as legislações sobre direitos humanos podem oferecer uma definição e proteção complementar⁷².

Originariamente, a relação entre esses dois sistemas era abordada de forma casual, já que a violação de direitos humanos é considerada como a principal causa do refúgio e em contrapartida os refugiados também são sujeitos de direitos humanos. Recentemente, essa relação tem sido redirecionada de uma abordagem preventiva para uma mais integrativa, focando na ligação entre os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os dogmas característicos do Direito dos Refugiados, como a definição do conceito de refugiado⁷³ e a ampla gama de garantias relacionada a proteção da pessoa humana⁷⁴.

⁷¹ GILBERTO, Camila Marques. A Relação do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Construção da Definição de Refugiado. [Anais...] V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu – Uruguai: Direito Internacional dos Direitos Humanos II. Florianópolis – SC, 2016, p. 12.

⁷² BURSON, B.; CANTOR, D. J. Introduction: Interpreting the Refugee Definition via Human Rights Standards. In: CANTOR, D. J.; BURSON, B. **Human Rights and the refugee definition: comparative legal practice and theory**. Leiden; Boston: Brill Nijhoff. Series: International refugee law series; v. 5; 2016, p. 3.

⁷³ CHETAIL, Vincent. **Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law**. R. Rubio-Marin, **Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 20.

⁷⁴ A relação dos direitos humanos no estabelecimento de procedimentos em conformidade com as garantias do devido processo legal na concessão do *status* de refugiados será abordado no cap 3.

Dois elementos essenciais da definição de refúgio são a “perseguição” e “o bem fundado temor”. A perseguição, apesar de ser o pilar da concepção de refugiado, não é definida nos diplomas internacionais sobre a matéria, provavelmente com o objetivo de permitir que o conceito permanecesse flexível o suficiente para embarcar qualquer forma futura de maus-tratos.⁷⁵

Em 1953, Jacques Vernant sugeriu que “perseguição” deveria se equiparar com “severas sanções ou medidas de natureza arbitrária incompatíveis com os princípios estabelecidos na Declaração Universal de Direitos Humanos”⁷⁶. Todavia, essa abordagem só foi bem difundida quando em 1991 quando James Hathaway elaborou uma metodologia para ser aplicada em casos concretos para a verificação da existência dessa perseguição.

Para Hathaway, a perseguição existe quando houver violação dos direitos inderrogáveis previsto nas Cartas Internacionais de Direitos Humanos⁷⁷, como por exemplo em casos de tortura, escravidão, prisão arbitrária e violação ao direito de liberdade de pensamento, consciência e de religião. Dessa forma, é possível concluir a perseguição estaria caracterizada em situações de ruptura sistemática no núcleo duro de proteção dos direitos humanos com violação a direitos essenciais e a falta de realização de direitos programáticos por parte do Estado⁷⁸.

Uma outra questão é a definição de quem é o agente gerador da perseguição. Muitos Estados, principalmente a Alemanha, Itália e França, entendem que apenas agentes estatais podem efetivar a perseguição, desconsiderando situações recorrentes de guerrilhas e guerras civis⁷⁹. Essa interpretação restritiva vai de encontro com o previsto na Convenção de Viena

⁷⁵ CHETAİL, Vincent. Op. Cit., 2014. p. 26.

⁷⁶ VERNANT, Jacques *apud* CHETAİL, Vincent. Op. cit. p. 26.

⁷⁷ De acordo com Jubilut, para esse autor a Carta Internacional de Direitos Humanos é composta pela *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), pelo *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (1966) e pelo *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966). JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 45.

⁷⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 46.

⁷⁹ *Ibid.*

sobre Direito dos Tratados de 1969 que estabelece que os tratados devem ser interpretados de boa-fé seguindo o seu sentido comum e a interpretação literal dos artigos.

O segundo elemento essencial da definição de refugiado é “bem fundado temor” da perseguição. Originariamente, para determinar esse elemento, eram necessários dois requisitos, um subjetivo e outro objetivo. No primeiro requisito a pessoa solicitando o refúgio deveria se perceber em uma situação de “medo de perseguição”, já no segundo requisito a percepção subjetiva de risco deve ser consistente com as condições objetivas do Estado de origem do solicitante⁸⁰.

Essa análise do sentimento de cada solicitante é impossível de ser aplicada de forma homogênea por ser muito difícil para os funcionários encarregados da concessão do status de refugiado determinar em uma audiência se o requerente genuinamente tem medo ou não da perseguição⁸¹. Necessariamente o medo é uma matéria subjetiva, mas se esse temor de perseguição é bem fundado para os objetivos da Convenção de 1951 deve ser feita uma análise objetiva.

Logo, o elemento essencial do refúgio precisa incluir as informações sobre a situação objetiva do Estado de procedência do solicitante e a relação dessas com cada indivíduo. Dessa forma, a prova de que o temor é bem fundado deve ser feita por meio de uma audiência em que os requerentes tenham a oportunidade de serem ouvidos e de estabelecerem evidências de que existem razões para o temor da perseguição⁸². Esse é um exemplo da importância de possibilitar que o solicitante seja ouvido em entrevista e do estabelecimento de um devido processo legal para a concessão do *status* de refugiado, como será abordado no capítulo 3.

Os Direitos Humanos também norteiam os critérios definidos na Convenção de 51 e no Protocolo de 67 para o reconhecimento do status de refugiados. Os motivos religião e opinião

⁸⁰ HATHAWAY, James C; FOSTER, Michelle. **The law of refugee status**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 91.

⁸¹ Ibid. p. 96.

⁸² JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 47.

política são claramente inspirados na liberdade de pensamento⁸³, opinião e expressão⁸⁴, enquanto a raça, nacionalidade e pertencimento a um grupo social são fundamentados no princípio de não-discriminação⁸⁵.

Para Jubilut⁸⁶, esses motivos decorrem diretamente da positivação dos direitos humanos e dos três pilares da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A liberdade verifica-se na liberdade de todos expressarem sua raça, nacionalidade, opiniões políticas, religião e de serem parte de um grupo social sem poderem ser perseguidos por isso. Já a igualdade é materializada na consagração desses cinco critérios que visam evitar a discriminação e promover a igualdade entre os homens.

A igualdade é o pilar dos direitos humanos e sintetiza a ideia de que todos os seres humanos são iguais e por isso possuem os mesmos direitos. Essa previsão já existia em outras declarações de direitos e sua aplicação aos refugiados é uma consequência lógica desta proteção aos seres humanos.

Por último, a fraternidade aparece de modo implícito por meio da noção que os direitos humanos são mais bem protegidos na pluralidade, fundamentando a prática do refúgio que tem como um dos seus pilares a solidariedade.⁸⁷

⁸³ Art. 18 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular”.

⁸⁴ Art. 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

⁸⁵ Art. 2.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” e artigo 2.2 da declaração: “Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania”.

⁸⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 113-115.

⁸⁷ A solidariedade está consagrada no parágrafo 4º do Preâmbulo da Convenção de 1951: “Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização da Nações Unidas reconheceu,

Essa aproximação entre o Direito Internacional dos Refugiados e os Direitos Humanos permitiu que a Convenção de 1951 e a definição de refugiado fossem interpretados de modo progressivo permitindo a evolução do sentido de forma que conseguisse englobar outras violações, como as fundadas no gênero ou na orientação sexual, que apesar não estarem explicitamente listados nos motivos de perseguição, são englobados dentro do critério de “pertencimento a determinado grupo social”, devido a uma interpretação que tem como base os direitos humanos⁸⁸.

O gênero e a orientação sexual podem ser enquadrados como um grupo social específico porque são pessoas que possuem uma característica comum, inata e imutável, e que frequentemente são tratadas de maneira diferenciada em relação aos homens heteros, sendo submetidas a tratamento e normas diferenciadas em alguns países⁸⁹.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional apontam claramente que estupro e outras formas de violências baseadas no gênero, como a mutilação genital feminina, a violência doméstica e o tráfico, são atos que infligem dores e sofrimentos físicos e mentais graves e que já foram utilizados como forma de perseguição, tanto por atores Estatais como por atores privados. Logo, a definição de refugiado interpretada de maneira adequada e com base nos direitos humanos abrange solicitações baseadas no gênero sem que seja necessário adicionar mais uma causa na definição da convenção de 1951⁹⁰.

Assim sendo, é possível concluir que violações aos direitos humanos, não apenas aos cinco motivos listados no Estatuto dos refugiados, são motivo para o reconhecimento do *status de refugiados*.⁹¹

não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional”. Esse princípio traz a ideia de que os Estados devem dividir de modo adequado os custos e as dificuldades dos desafios globais, sendo relevante para o Direito Internacional dos refugiados por ser um tema cuja solução depende exclusivamente do auxílio de um Estado à população de outro Estado. JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 96.

⁸⁸ CHETAİL, Vincent. Op. cit., 2014. p. 27-28.

⁸⁹ ACNUR. **Diretrizes sobre Proteção Internacional N.01: Perseguição baseada no gênero, no contexto do Artigo 1A(2) da Convenção de 1951 e/ou Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados**. Genebra, 2002, p. 9.

⁹⁰ Ibid., p. 3-4.

⁹¹ JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 115.

Outra importante consequência da vinculação dos direitos humanos ao direito dos refugiados é a diminuição da discricionariedade estatal na concessão dessa proteção, tendo como ápice o estabelecimento do princípio *non-refoulement*⁹². O princípio do *non-refoulement* ou da *não devolução* limita a soberania dos Estados ao estabelecer o dever de que sob nenhuma circunstância o refugiado deve ser obrigado a voltar a um país onde existe a possibilidade de ele sofrer violações aos seus direitos humanos.

Esse princípio foi consagrado no art. 33 do Estatuto de 1951⁹³ e em normas de direitos humanos como o art. 3º da Convenção Contra a Tortura de 1984⁹⁴ e o art. 22.8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969⁹⁵.

A Convenção de 1951 não permite reservas dos Estados signatários ao art. 33 exatamente por considerar esse princípio a pedra angular do Direito Internacional dos refugiados e um princípio geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁹⁶. Por esse motivo, muitos autores consideram o *non-refoulement* como uma norma *jus cogens*⁹⁷ sendo

⁹² JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; JAROCHINSKI SILVA, João Carlos. APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; JAROCHINSKI SILVA, João Carlos. O Potencial Transformador do Refúgio: aprofundamento da solidariedade e da limitação à soberania como legado da Declaração de Cartagena e de seus processos revisionais. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. (Coords.). **Coleção Direito Internacional Multifacetado - Direitos Humanos, Guerra e Paz**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 180.

⁹³ Artigo 33.1 do Estatuto dos Refugiados de 1951: “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”.

⁹⁴ Artigo 3º da Convenção Contra a Tortura: “Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura”.

⁹⁵ Artigo 22.8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”.

⁹⁶ MOREIRA, Parcella Dionizio; GARCIA, Ana Beatriz. A imperatividade do non-refoulement e a reconstrução do conceito de cidadania. Publ. UEPG Ciências Sociais Aplicadas, vol. 23, n. 3, p. 253-267, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.apps.uepg.br/index.php/sociais/article/view/7876/5074>. Acesso em: 23 de jul. de 2020, p. 259.

⁹⁷ De acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, *Jus Cogens* é: “(...) uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

imperativa e limitando as ações e interações até dos Estados que não são signatários da Convenção⁹⁸.

Esse princípio não objetiva apenas a não-devolução, mas garantir a efetividade de todos os direitos estabelecidos na Convenção de 1951, sendo aplicado a todos os solicitantes de asilo, incluindo aqueles que ainda estão tendo o seu pedido analisado⁹⁹.

A cristalização da não-devolução como norma imperativa que não pode ser derogada como consequência da vinculação do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, se tornou uma importante arma de proteção dos solicitante de refúgio, já que os Estados ficam impedidos de violar esse princípio, podendo ser responsabilizados internacionalmente se violarem esta norma¹⁰⁰.

1.3 A definição ampliada de refúgio

Como visto, a literalidade da Convenção de 1951 e do seu Protocolo de 1967 possuem algumas limitações conceituais sendo preciso realizar uma interpretação ampliativa com fundamento nos Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por essa razão alguns documentos mais recentes optaram por ampliar a nível regional a definição de refugiados, adaptando seus textos a realidade dos indivíduos que buscam proteção. A essa ampliação dos motivos para o reconhecimento do status de refugiado se denomina “definição ampliada”.

Nas décadas de 1960-1970, o número de refugiados na África aumentou de forma considerável devido aos conflitos de independência que levaram a guerras em diversos países africanos. Em 1969, o número de refugiados africanos já atingia o patamar de 700.000¹⁰¹,

⁹⁸ PAULA, B. V. O Princípio do Non-Refoulement, sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. 7. ed. 2016, p. 59.

⁹⁹ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; JAROCHINSKI SILVA, João Carlos. Op cit, 2014, p. 181.

¹⁰⁰ MOREIRA, Parcella Dionizio; GARCIA, Ana Beatriz. Op. cit., 2015, p. 265.

¹⁰¹ GONZÁLEZ-MARTÍN, Fernando. **The African Approach to Refugees**. Human Rights Brief. Washington: American Law Review, Volume 2, Number 2, 1994, p. 5-6.

número que só aumentou no período pós-colonial motivado pela crise econômica e política da região.

Além do mais, as fronteiras dos países africanos foram formadas de modo arbitrário pelos colonizadores que não respeitaram os grupos étnicos e as relações econômicas já existentes, resultando em movimentos irredentistas ou secessionistas. As hostilidades internas, geralmente agravadas por interferências externas, somadas as guerras de libertação, foram as maiores causas do grande aumento do número de refugiados¹⁰².

Como a convenção de Genebra estava centrada apenas na perseguição individual, ela não era suficiente para proteger a maior parte dos refugiados africanos, que fugiam de guerras e não podiam invocar uma perseguição direta e específica. Diante dessas especificidades, a Organização de Unidade Africana (OUA) celebrou em 1969 a *Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos* que ampliou o conceito de refugiados para incluir além da perseguição

Em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas¹⁰³, incluir também pessoas que procuram refúgio devido "a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade¹⁰⁴ .

A definição ampliada, ao analisar o caso individual, dá uma maior notoriedade à relação do solicitante do refúgio com a situação política e institucional do seu país de origem, procurando apreciar até que ponto a vida e a liberdade do solicitante encontram-se ameaçadas pela grave e generalizada violação de Direitos Humanos¹⁰⁵.

¹⁰² HOFFMANN, R. **Refugee Law in the African Context**. Zeitschrift für ausländisches Recht and Völkerrecht, 1992, p. 320-321.

¹⁰³ Artigo 1.1 da Convenção da OUA.

¹⁰⁴ Artigo 1.2 da Convenção da OUA.

¹⁰⁵ ALMEIDA, G. A. DE. A Lei n. 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 373-383, 2000, p. 379.

Já na América Latina, a definição ampliada de refugiados apareceu na Declaração de Cartagena de 1984, motivada pelos diversos conflitos que eclodiram nas décadas de 70 e 80 na região devido aos governos ditatoriais que violavam sistematicamente os direitos humanos, fazendo com que o número de refugiados aumentasse de forma significativa¹⁰⁶. Nos dez anos de conflitos que antecederam a Declaração, surgiram mais de 2 milhões de refugiados dos quais apenas 150 mil se enquadravam no conceito da Convenção de 1951¹⁰⁷.

Sobre esses refugiados a Comissão Interamericana ponderou que a maioria deles também não se encaixavam na definição de asilados políticos já que muitos não haviam cometido atos criminosos ou de terrorismo político, mas sim sofrido violações de seus direitos fundamentais em seus países de origem. Os acontecimentos que ocorreram nesse período modificaram a antiga tradição de asilo político sendo necessário que a OEA adotasse medidas que levasse em consideração a nova realidade em matéria de refugiados no continente¹⁰⁸.

Dessa forma, se tornou necessário a criação de uma declaração regional que abarcasse os eventos que marcavam a região¹⁰⁹, sendo assinada em 1984 a Declaração de Cartagena.

Em sua terceira conclusão, a Declaração de Cartagena define como refugiados:

(...) A definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação

¹⁰⁶ JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. REMHU. *Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 11-33, dez. 2014, p. 18.

¹⁰⁷ Regionalización y Armonización del Derecho de Refugiados: una perspectiva latino americana. *In*: ACNUR/IIDH. (Org.). *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: lecturas seleccionadas*. San Jose: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Alto Comisionado de la ONU para Refugiados, 2001. p. 91.

¹⁰⁸ FRANCO, Leonardo; NORIEGA, Jorge Santistevan de. La contribución del procesode Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en AméricaLatina. *In*: ACNUR (UNHCR). **Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados**. San José: Editorama, 2005, p. 103.

¹⁰⁹JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; JAROCHINSKI SILVA, João Carlos. *Op cit.*, 2014. p. 183.

maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.¹¹⁰

A grande inovação foi a inclusão da “violação maciça dos direitos humanos” como critério para a concessão do *status* de refugiados. Esse critério é dotado de flexibilidade pois possibilita que qualquer violação a condição humana, e não apenas violações de direitos civis e políticos possam garantir a proteção dada aos refugiados.

Essa definição garante uma maior proteção pois se baseia inteiramente em elementos objetivos, sem considerar os elementos subjetivos relativos ao “fundado temor”¹¹¹. Dessa forma, o reconhecimento como refugiado ocorre independentemente dos atributos individuais da pessoa buscando proteção, como a sua religião ou etnia, diferente do critério tradicional da Convenção de 1951¹¹². O foco se torna, não apenas a perseguição individual, mas as condições objetivas de cada Estado que levam a essa perseguição.

Essa análise das condições objetivas do local de origem buscava estabelecer um bom-fundado temor de perseguição individual, ao passo que na Declaração de Cartagena ela se torna a própria motivação para o reconhecimento do status de refugiado. A Declaração não definiu especificamente o que seria essa “grave e generalizada violação de direitos humanos”, mas ela tem sido aplicada para

Pessoas que fogem de guerras ou conflitos civis, ditaduras ou hipóteses em que as instituições dos países não garantam a liberdade, a segurança ou a vida do indivíduo, relacionando tais ações ao que é mencionado na conclusão da Declaração de 1984¹¹³.

Importante esclarecer que tanto a Convenção Africana quanto a Declaração de Cartagena não buscam excluir os critérios estabelecidos na Convenção de 1951 e no Protocolo

¹¹⁰ Declaração de Cartagena de 1984 – Conclusão 3.

¹¹¹ FRANCO, Leonardo; NORIEGA, Jorge Santistevan de. Op. cit, p. 144.

¹¹² JUBILUT, Liliana Lyra; CARNEIRO, Wellington. Resettlement in Solidarity: a regional new approach towards a more humane durable solution. **Refugee Survey Quarterly**, v. 30, n. 3, 2011, p. 63-86. p. 67.

¹¹³ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de O. S.; JAROCHINSKI SILVA, João Carlos. Op cit., p. 185.

de 1967, mas sim buscam ampliar essa proteção confirmando o enraizamento do Direito dos Refugiados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1 A Organização dos Estados Americanos

As organizações internacionais são um fenômeno relativamente recente, com a maioria sendo formada após a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, os esforços para a criação de uma organização internacional americana se iniciaram em meados do século XIX por Simón Bolívar, militar que junto com José de San Martín foi um dos líderes das guerras de independência da Bolívia, Colômbia, Equador, Panamá, Peru e Venezuela.

A gênese da Organização parece ser uma mensagem que o então presidente dos Estados Unidos, James Monroe, enviou ao Congresso norte americano em 1823¹¹⁴, afrontando qualquer interferência ou colonização europeia nos Estados latino-americanos recém independentes.

Depois disso, em 1826, Simon Bolívar organizou uma conferência no Panamá com o objetivo de criar uma confederação para suceder o império espanhol, objetivando manter a paz e a segurança de seus membros. Foi assinado o Tratado da União, Liga e Confederação perpétua que embora nunca tenha sido ratificado serviu de incentivo para a Primeira Conferência Internacional Americana em 1889 em Washington, onde se formou a União Internacional das Repúblicas Americanas.¹¹⁵

Após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se imprescindível a criação de organizações internacionais que estimulassem a integração entre os Estados com o objetivo de promover a paz e a segurança, criando o cenário ideal para a concretização da cooperação idealizada por Simón Bolívar.

¹¹⁴ Essa Carta ficou conhecida como Doutrina Monroe.

¹¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Internacional Público: Parte Geral**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 720.

Em 1948, na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, foi assinada a Carta da Organização dos Estados Americanos, também conhecida como Carta de Bogotá. Nessa conferência também foram assinados o Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, instrumentos que também são fundamentais ao Sistema Interamericano.

Inicialmente a Carta foi assinada por 21 países¹¹⁶ e atualmente conta com 35 membros¹¹⁷, possuindo como propósito:

- a) Garantir a paz e a segurança continentais;
- b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção;
- c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros;
- d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão;
- e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros;
- f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural;
- g) Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e
- h) Alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membros.¹¹⁸

Conforme o Capítulo VIII (“DOS ÓRGÃOS”) de sua Carta constitutiva, a estrutura organizacional da OEA é formada pela: (i) Assembleia Geral; (ii) Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; (iii) Conselhos; (iv) Comissão Jurídica Interamericana; (v) Comissão Interamericana de Direitos Humanos; (vi) Secretária-geral; (vii) Conferências Especializadas; (viii) Organismos Especializados; e (ix) outras entidades.

¹¹⁶ Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

¹¹⁷ Países que se tornaram membros posteriormente: Barbados, Trinidad e Tobago (1967), Jamaica (1969), Grenada (1975), Suriname (1977), Dominica (Commonwealth da), Santa Lúcia (1979), Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas (1981), Bahamas (Commonwealth das) (1982), St. Kitts e Nevis (1984), Canadá (1990), Belize, Guiana (1991).

¹¹⁸ Art. 2º da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Dentro dessas “outras entidades” está incluída a Corte Interamericana de Direitos Humanos que, junto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, será abordada de modo mais aprofundado ao longo deste capítulo.

2.2 A Convenção Americana De Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada Pacto de San José da Costa Rica, é o instrumento de maior importância do Sistema Interamericano, somente podendo ser aderido pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos¹¹⁹. Foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978.

Uma importante característica é o fato de a Convenção promover a “desnacionalização” do indivíduo ao definir a pessoa como “todo ser humano”, estabelecendo a obrigação dos Estados garantirem os direitos consagrados em seu texto a todos que vivem sob a sua jurisdição independentemente de sua nacionalidade. Conforme estabelece o seu preâmbulo:

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (...).

Os artigos 1º e 2º trazem os deveres dos Estados e os artigos 4º a 25 são dedicados aos direitos civis e políticos, podendo ser citado: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito

¹¹⁹ Dos 35 Estados-membros da OEA apenas 25 aderiram à CADH, foram eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Guatemala, Granada, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito a igualdade perante à lei e o direito à proteção judicial¹²⁰.

O artigo 26 cuida dos direitos econômicos, sociais e culturais sem enunciar nenhum deles de forma específica, se limitando a estabelecer a necessidade de se adotar providências internas e internacionais para que, progressivamente, alcancem a efetividade desses direitos. Já o artigo 27 trata dos direitos que podem ser suspensos em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado.

Em relação a interpretação, o artigo 29 determina que as disposições da Convenção não podem ser interpretados de modo a permitir que qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimam o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou os limitem em maior medida do que a nela prevista, limitem 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, exclua outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo e excluam ou limitem o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Do artigo 33 ao 73 a CADH estipula os mecanismos de implementação consagrados em seu texto, intitulados “meios de proteção”. Designa como “*competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes*” a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, apenas os Estados-membros que aceitaram, por meio de uma declaração, a jurisdição contenciosa da Corte pode submeter casos contenciosos perante a Corte.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 343.

Como resultado, o sistema interamericano possui um modelo complexo de adesão. O modelo com menor adesão é o de Estados que apenas são membros da OEA, o intermediário são os Estado-membros que ratificaram a CADH e por último são os Estados Membros que além de terem ratificado a CADH também aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana.

2.3 A Comissão Interamericana De Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é o principal órgão da OEA e tem como objetivo promover a observância e a defesa dos direitos humanos, servindo como órgão consultivo da Organização nesta matéria. Ela é formada por sete membros eleitos pela Assembleia Geral por um período de quatro anos com possibilidade de uma reeleição, que podem ser nacionais de qualquer Estado-membro¹²¹.

De acordo com o seu estatuto, a Comissão exerce três categorias de poderes conforme a adesão do Estado-membro. Em relação a todos os Estados-membros a comissão possui a atribuição de: a) estimular a consciência dos direitos humanos; b) recomendar medidas em prol dos direitos humanos, no âmbito da legislação nacional e comprometer os Estados-membros internacionais; c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos Governos informações sobre as medidas que adotarem em âmbito doméstico; e) responder as consultas e fornecer serviços de aconselhamento; e fazer observações in loco em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo¹²².

Com relação aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as atribuições da Comissão incluem cumulativamente as já citadas e adicionalmente: a) atuar com respeito às petições e outras comunicações; b) comparecer perante a Corte Interamericana; c) solicitar à Corte Interamericana que tome medidas provisórias em assuntos graves e urgentes; d) consultar a Corte a respeito da interpretação da Convenção Americana

¹²¹ Artigo 1º, Art. 2º, Art. 3º e 6º do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹²² Artigo 18 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

ou de outros tratados de direitos humanos; e) submeter à Assembleia Geral projetos de protocolos adicionais à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da referida Convenção outros direitos e liberdades; e f) submeter à Assembleia Geral propostas de emenda à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹²³

Por último, a Comissão possui poderes especiais em relação aos Estados que são membros da OEA mas não ratificaram a Convenção americana, são eles: a) apresentar atenção especial ao direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à igualdade perante à lei, à liberdade religiosa, de investigação, opinião e expressão, à um julgamento justo, à proteção a prisão arbitrária e ao devido processo legal; e b) examinar consumições, obter informações e fazer recomendações quando se verificar que o exaurimento dos recursos internos¹²⁴.

Existem dois principais mecanismos de monitoramento de direitos humanos utilizados pela Comissão: comunicações interestatais e direito de petições.

As comunicações interestatais são alegações de violação de direitos humanos por um Estado-parte realizadas por outro Estado-parte desde que ambos tenham feito uma declaração expressa reconhecendo a competência da Comissão para tanto¹²⁵. É uma cláusula facultativa que legitima um terceiro Estado à buscar a responsabilização de outro Estado mesmo que não possua qualquer ligação com a vítima.

Já o direito de petição, é a competência que a Comissão possui de examinar as comunicações encaminhadas por indivíduos, grupo de indivíduos ou entidades não governamentais com denúncias de violação de direitos humanos por Estado-parte da Convenção Americana. Se o Estado não tiver ratificado a Convenção as obrigações em matéria de direitos humanos derivam da Declaração Americana que se aplica a todos os Estados da organização, por exemplo, apesar de os Estados Unidos nunca terem ratificado a

¹²³ Artigo 19 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹²⁴ Artigo 20 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹²⁵ Artigo 45.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

convenção, a comissão já os responsabilizou em diversas oportunidades pela violação de direitos humanos.¹²⁶

A Comissão primeiramente decide sobre a admissibilidade da petição que possui como requisitos a inexistência de litispendência internacional e o prévio esgotamento dos recursos internos¹²⁷. Esse último deriva do fato da Comissão e da Corte interamericana possuírem caráter subsidiário na proteção dos direitos humanos, não podendo essas instituições declarem um Estado como responsável sem que ele tenha tido a oportunidade de reparar o dano no âmbito do seu próprio ordenamento jurídico interno¹²⁸.

Essa regra do esgotamento dos recursos internos é relativizada pelo artigo 46.2 da CADH, não se aplicando quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Se a Comissão reconhecer a admissibilidade da petição ela solicita informações ao governo denunciado para verificar se existem ou subsistem os motivos elencados, podendo arquivar o expediente ou realizar uma investigação dos fatos. Após o exame da matéria, a Comissão deve buscar uma solução amistosa entre as partes que se alcançada resultará em um informe com a exposição dos fatos e a solução alcançada que deverá ser transmitida ao peticionário, aos Estados-partes e à Secretária da Organização dos Estados Americanos¹²⁹.

Caso não seja possível qualquer solução amistosa, a Comissão deve obrigatoriamente emitir um relatório com suas conclusões indicando se o Estado violou ou não a Convenção. Após o recebimento desse relatório, o Estado-parte possui três meses para cumprir as

¹²⁶ ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra. **The American Convention on Human Rights, Essential Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 9.

¹²⁷ Artigo 46.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹²⁸ ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra. Op. cit., p. 10.

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia. Op cit., p. 347.

recomendações feita ou o caso pode ser encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³⁰.

Desde 2001¹³¹, a Comissão deve obrigatoriamente submeter o caso à jurisdição da Corte se considerar que o Estado em questão não cumpriu com as recomendações do informe, salvo decisão bem fundamentada da maioria absoluta de seus membros. Antigamente esse encaminhamento era feito por meio de uma avaliação discricionária da Comissão, agora é feita de forma automática, garantindo maior “juridicidade” ao sistema interamericano e reduzindo a seletividade política¹³².

Conforme o artigo 57 da Convenção americana, a Comissão é obrigada a comparecer em todos os casos da Corte. Porém, desde 2009 ela não pode mais apresentar fatos relatados pelas testemunhas ou vítimas, sendo isso papel exclusivo das partes e seus procuradores.

2.4 A Corte Interamericana De Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional do sistema interamericano cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos¹³³, não sendo um órgão da OEA, mas sim instituído pela CADH. É composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da Organização e eleitos a título pessoal para um mandato de seis anos com possibilidade de uma reeleição¹³⁴.

De acordo com o artigo 2º de seu Estatuto, a Corte possui competência Consultiva (regida pelo art. 64 da Convenção) e competência Contenciosa (regida pelos artigos 61, 62 e 63 da Convenção).

¹³⁰Ibid. p. 348.

¹³¹ Art. 44 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹³² Ibid.

¹³³ Artigo 1º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹³⁴ Artigo 4º e 5º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na jurisdição consultiva, qualquer membro da OEA, independentemente de ser parte ou não da Convenção, e alguns órgãos da Organização¹³⁵, podem solicitar parecer da Corte sobre a interpretação da Convenção Americana, bem como sobre outros tratados e convenções que versem sobre a proteção dos direitos humanos e sobre a compatibilidade de normas internas em face de instrumentos internacionais.

A interpretação realizada pela Corte é sempre dinâmica, de forma a considerar o contexto temporal da interpretação, contribuindo para a expansão de direitos e para a uniformidade e consistência da interpretação de normas substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos¹³⁶. As opiniões consultivas emitidas pela Corte devem ser consideradas como fontes jurisprudências muito importantes para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No plano contencioso, a Corte examina casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou um direito protegido pela convenção, porém sua competência se restringe aos Estados-partes da Convenção que reconheceram expressamente tal jurisdição¹³⁷.

A Corte é a intérprete final da CADH não ficando vinculada as decisões da Comissão, que não atua como uma primeira instância, não devendo a Corte ser considerada como um órgão recursal, mas sim como o único órgão judicial do sistema interamericano¹³⁸. A decisão da Corte possui caráter definitivo e inapelável, sendo dela a última palavra sobre o mérito da causa.

Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não sendo possível petições individuais. Porém, se o caso for

¹³⁵ Esses órgãos estão enumerados no Capítulo X da Carta da OEA, sendo eles: O Conselho Permanente, a Comissão Consultiva de Defesa e o órgão de Consulta.

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. Op cit., p. 351.

¹³⁷ Até o momento os Estados-partes que reconhecem a jurisdição contenciosa da Corte são: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

¹³⁸ ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra. Op. cit., p. 13.

submetido pela Comissão, as vítimas, seus parentes ou representantes podem submeter de forma autônoma seus argumentos, solicitações e provas perante a Corte¹³⁹.

As decisões da Corte possuem força jurídica vinculante e obrigatória, por isso, os Estados responsabilizados apenas se liberam com o cumprimento integral do dever fixado em sentença. Se for reconhecido que ocorreu violações de direitos protegidos pela convenção, a Corte deve ordenar que seja adotada medidas que objetivem à restauração do direito, podendo também condenar ao pagamento de uma justa compensação à vítima, valendo a decisão como título executivo¹⁴⁰.

2.5 O Sistema Interamericano e o instituto do refúgio

Os países latino-americanos vêm desenvolvendo o instituto do asilo desde o final do século XIX por meio de tratados bilaterais ou multilaterais incentivados por revoluções e perseguições políticas que forçavam um grande número de indivíduos a cruzarem as fronteiras nacionais em busca de proteção. A chamada “tradição latino-americana do asilo” é resultado da convergência entre os princípios democráticos e as revoluções e lutas armadas que colocavam em risco a segurança e a vida das pessoas do lado perdedor¹⁴¹.

O Tratado sobre Direito Penal Internacional de 1889 é considerado o primeiro instrumento latino-americano a reconhecer a figura do asilo, estabelecendo a inviolabilidade do asilo para pessoas perseguidas por crimes políticos (art. 16) e regulando o asilo territorial (artigos 15 e 18) e o asilo diplomático (artigo 17). Esse tratado foi importante considerando que, na época, vários Estados latino-americanos estavam lutando pela sua independência ou pela consolidação de sua democracia¹⁴².

¹³⁹ Art. 23 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Op Cit, 2013. p. 353-354.

¹⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **A Instituição do Asilo e seu Reconhecimento como Direito Humano no Sistema Interamericano de Proteção (Interpretação e alcance dos Artigos 5, 22.7 e 22.8, em relação ao Artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Opinião Consultiva OC n. 25/18, de 30 de maio de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf. Acesso em: 14 de jun de 2020.

¹⁴² ANDRADE, José H. Fischel de. Op. cit., p. 18.

Em 1928 foi adotada a Convenção sobre o Asilo de Havana que posteriormente, em 1933, foi modificada pela Convenção sobre asilo político de Montevideu, que tinham como objetivo regulamentar o asilo diplomático¹⁴³.

Posteriormente, foi assinado em 1939 o Tratado de asilo e Refúgio Político de Montevideu que regulou as figuras do asilo político territorial e diplomático alcançando pessoas perseguidas por crimes políticos e pessoas perseguidas por crimes comuns por razões políticas¹⁴⁴. Esse tratado também trouxe a figura do refúgio em seus artigos 11 a 15, porém determinando que a qualificação das causas que motivam o refúgio é um ato discricionário do Estado que o concede e que eles não possuem um dever de admitir de forma indefinida os refugiados em seu território.

Finalmente, em 1954 é assinada as Convenções sobre Asilo Diplomático e Asilo Territorial em Caracas, constituindo os instrumentos sobre asilo mais completos da América Latina. Apesar da menção ao refúgio no Tratado de 1939 e da elaboração deste tratado após a assinatura da Convenção de 1951, as Convenções de Caracas não fizeram menção a esse instituto, estabelecendo um dualismo entre as formas de proteção.

Resumidamente, é possível estabelecer as diferenças entre o Asilo e o Refúgio nos seguintes pontos sintetizados pela Professora Liliana Lyra Jubilut:

Figura 1: Diferenças entre o Asilo e o Refúgio

¹⁴³ Opinião Consultiva OC n. 25/18. para 82-84.

¹⁴⁴ Ibid. para 85.

	Asilo	Refúgio
Semelhanças	Objetivos: ambos visam à proteção de indivíduos por outro Estado que não o de origem e/ou residência habitual desses	
	Fundamentação: ambos se fundam na solidariedade e na cooperação internacionais	
	Fundamentação legal: ambos se fundam no respeito aos direitos humanos e, conseqüentemente, ambos podem ser entendidos como abarcados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos	
	Caráter: ambos têm caráter humanitário	
	Proteção Assegurada: a saída compulsória dessas pessoas fica limitada	
Diferenças	Data da Antigüidade	É positivado tão-somente no século XX
	É atualmente praticado, sobretudo, na América Latina	Tem abrangência universal
	Tema de tratados regionais desde o século XIX	Tem como base tratados universais, sendo somente a partir da década de 60 do século XX que ele passa a ser tema de tratados regionais
	Hipóteses discricionárias de concessão	Hipóteses claras de reconhecimento do <i>status</i> de refugiado
	Limitado a questões políticas	5 motivos (opinião política, raça, religião, nacionalidade e pertencimento a grupo social)
Diferenças	Baseia-se na perseguição em si	O elemento essencial de sua caracterização é o bem fundado temor de perseguição, ou seja, a perseguição não precisa ter sido materializada
	Não existe um órgão internacional encarregado de fiscalizar a prática do asilo	Existe um órgão internacional encarregado de fiscalizar a prática do refúgio
	Não exige que o indivíduo esteja fora de seu Estado de origem e/ou nacionalidade (na modalidade do asilo diplomático)	Exige que o indivíduo esteja fora de seu Estado de origem e/ou nacionalidade
	Não há cláusulas de exclusão	Tem limitações quanto às pessoas que podem gozar dele (cláusulas de exclusão), para que seja coerente com os princípios e propósitos da ONU, uma vez que é um órgão dessa organização que fiscaliza a sua aplicação
	Não há cláusulas de cessação	A proteção concedida pelo refúgio tem previsões para deixar de existir (cláusulas de cessação)
	Decisão de concessão de asilo é constitutiva	Reconhecimento do <i>status</i> de refugiado é declaratório
	Da concessão não decorrem obrigações internacionais ao Estado de acolhida	Do reconhecimento do <i>status</i> de refugiado decorrem obrigações internacionais ao Estado de acolhida
	Não decorrem políticas de integração local	Devem decorrer políticas de integração local dos refugiados

Fonte: JUBILUT, Liliana Lyra. Op. cit., p. 49-50.

Essa diferenciação não existe nos países de cultura anglo-saxã, existindo apenas a figura do “solicitante de asilo” que caso tenha seu requerimento aprovado passa a ser considerado um refugiado nos termos da Convenção de 1951. Na América Latina, a existência paralela desses dois regimes dificulta e confunde a aplicação dos dois institutos prejudicando as pessoas que necessitam dessa proteção.

Tendo isso em vista, em agosto de 2016, o Equador formulou um pedido de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o reconhecimento das diversas formas de asilo como um direito humano.

Em sua consulta, o Estado assinalou que não considera possível realizar uma distinção desfavorável entre asilo e refúgio já que em ambos os casos, seja no caso do asilo concedido com base no artigo 22.7 da Convenção Americana ou no refúgio concedido pela Convenção de Genebra de 1951, o importante para o direito é o fato da pessoa estar segura sob a jurisdição do Estado concessor. Diante disso, o Equador pede para que seja esclarecido a natureza jurídica das diferentes formas de asilo e se os instrumentos latino-americanos sobre o tema estão circunscritos a uma ou a várias das referidas figuras¹⁴⁵. A Controvérsia cinge-se em relação ao alcance do termo “asilo” do artigo 22.7 da Convenção Americana e o artigo XXVII da Declaração Americana:

Artigo 22 da Convenção Americana. Direito de circulação e de residência [...]

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

Artigo XXVII da Declaração Americana. Direito de asilo.

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

O parecer foi admitido e em 30 de maio de 2018 a Corte emitiu a Opinião Consultiva OC-25/18, sendo este o parecer consultivo mais recente da Corte até o momento.

Em seu parecer a Corte esclareceu que entende o Asilo como “*princípio orientador que inclui todas as instituições ligadas à proteção internacional das pessoas obrigadas a fugir do seu país de origem ou residência habitual*”¹⁴⁶. Dessa forma, é possível inferir que a Corte IDH adota a teoria da unificação entre os institutos, considerando o asilo como gênero que comporta como espécies o asilo político e o refúgio.

¹⁴⁵ Ibid. para. 3-4.

¹⁴⁶ Ibid. para. 65.

O denominado “asilo em sentido amplo” para André de Carvalho Ramos é “o conjunto de institutos que asseguram o acolhimento do estrangeiro que, em virtude de perseguição odiosa (sem justa causa), não pode retornar ao local de residência ou nacionalidade”¹⁴⁷.

O asilo político, ou asilo em sentido estrito, seria a proteção concedida por um Estado a pessoas que estão sendo perseguidas por crimes políticos ou por crimes comuns relacionados a estes por razões políticas, sendo dividido em asilo territorial ou diplomático dependendo do local onde a proteção é concedida:

i) Asilo Territorial: consiste na proteção que um Estado concede em seu território a nacionais ou residentes habituais de outro Estado onde são perseguidos por motivos políticos, por suas crenças, opiniões ou filiação política ou por atos que possam ser considerados crimes políticos ou relacionados. O asilo territorial está intrinsecamente relacionado com a proibição de extradição por crimes políticos ou comuns cometidos com fins políticos.

ii) Asilo diplomático: Consiste na proteção que um Estado fornece nas suas embaixadas, navios de guerra, aviões militares e campos, a nacionais ou residentes habituais de outro Estado onde são perseguidos por razões políticas, pelas suas crenças, opiniões ou filiação política ou por atos que podem ser considerados crimes políticos ou comuns conexos.¹⁴⁸

Já o asilo sob a forma de refúgio é outorgado a pessoas perseguidas por razões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento um determinado grupo social ou opiniões políticas. Ele é regulado pelo Direito Internacional por meio da Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, já estudados no primeiro capítulo. Como mencionado no capítulo anterior, a América Latina utiliza a definição ampliada de refugiado consagrada na Declaração de Cartagena.

Ao interpretar a frase “em território estrangeiro” presente no artigo 22.7 da Convenção Americana e no artigo XXVII da Declaração Americana, a Corte considerou que o asilo diplomático não está protegido por esses instrumentos. A partir de uma interpretação literal, território seria uma parte da superfície terrestre pertencente a uma nação, região, província e

¹⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho; Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; ALMEIDA, Guilherme Assis de; RODRIGUES, Gilberto (Org.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. 1 ed. São Paulo: CL-A Editora, p. 15.

¹⁴⁸ Opinião Consultiva OC n. 25/18. para.67.

etc. e “estrangeiro” seria o território de um Estado que não seja o de nacionalidade do solicitante ou de sua residência habitual¹⁴⁹.

Ademais, a Corte, ao verificar o trabalho preparatório da Declaração Americana também considerou que foi expressa a intenção de não incluir o asilo diplomático já que o artigo foi proposto pelo representante da República Dominicana que afirmou que o mesmo contemplava exclusivamente o caso de refúgio em território estrangeiro, continuando o asilo em embaixadas regido exclusivamente pelas estipulações de tratados internacionais¹⁵⁰.

A Corte também se pronunciou no sentido de que o asilo diplomático não seria um costume regional já que não haveria uma posição uniforme na América Latina, sendo necessário que o instituto e seu alcance estejam regulados pelas convenções binacionais e pelas disposições da legislação interna¹⁵¹.

Esse posicionamento da Corte foi considerado extremamente conservador pois não reconheceu a possibilidade de sobreposição entre o asilo diplomático latino-americano e o refúgio. A Convenção de Genebra exige apenas que o indivíduo se encontre fora do país de sua nacionalidade, não sendo a territorialidade em relação ao estado protetor um requisito.

O estado territorial não exerce jurisdição plena sobre a legação¹⁵², dessa forma, é possível concluir que, em relação a nacionais de estados terceiros e que possuam fundado temor de perseguição por motivos de opinião política, o estado acreditante exerce sua jurisdição, devendo reconhecer a condição de refugiado, que será oponível, no mínimo, a todos os estados que tenham ratificado a Convenção de Genebra¹⁵³.

¹⁴⁹ Opinião Consultiva OC n. 25/18. para. 67.

¹⁵⁰ Ibid. para. 152.

¹⁵¹ Ibid. para. 163.

¹⁵² Artigo 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

¹⁵³ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; SILVA JÚNIOR, Eraldo. **A Opinião Consultiva 25 da Corte IDH: o Asilo e o Refúgio na América Latina. Casoteca do NIDH – UFRJ.** Disponível em: <https://nidh.com.br/oc25> Acesso em 26 de out. de 2020.

Já quanto a frase “de acordo com a legislação de cada Estado e Convenções Internacionais”, a Corte interpretou no sentido de que é por meio dessas convenções internacionais e legislações internas que o direito a proteção internacional é regulamentada, não devendo os critérios serem cumpridos conjuntamente, já que é possível que Estados ratifiquem tratados e não adotem regulamentos para internos para garantir o direito de asilo ou que adotem legislação nacional mas não ratifiquem nenhuma dessas convenções¹⁵⁴. Em ambos os casos, o Estado deve respeitar e garantir o direito de buscar e receber asilo.

Quanto o alcance das Convenções Internacionais, o entendimento adotado foi de que não há restrição a apenas instrumentos específicos sobre direitos humanos ou regionais, sendo também necessário interpretar esses artigos à luz da Convenção de 1951 e do seu Protocolo de 1967¹⁵⁵. Diante disso, a Corte Interpreta que o direito de buscar e receber asilo no âmbito do sistema interamericano configura-se como:

Um direito humano de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro, incluindo nessa expressão a condição de refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas ou as respectivas legislações nacionais, e o asilo territorial, em conformidade com as diversas convenções interamericanas sobre a matéria.¹⁵⁶

A evolução do direito de asilo no continente americano permitiu que ele fosse aplicado de maneira geral, estabelecendo uma relação entre asilo e refúgio fundamentada na complementariedade existente entre o Sistema Universal e o Sistema Regional, permitindo em seu desenvolvimento a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional dos Refugiados, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Internacional¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Opinião Consultiva OC n. 25/18. para. 67.

¹⁵⁵ Ibid. para. 142.

¹⁵⁶ Ibid. para. 156.

¹⁵⁷ OEA. **Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano (CJI) al cuadragésimo segundo período ordinário de sesiones de la asamblea general, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos**. Washington, D.C., OEA/Ser.G, CP/doc.4695/12, 08 de marzo de 2012, p. 94.

Em suma, a Corte já pronunciou no Caso Pacheco Tineo¹⁵⁸ e na sua Opinião Consultiva OC-21/14¹⁵⁹ que com a proteção desses instrumentos Universais a instituição do asilo assumiu uma forma e modalidade específica: a do estatuto dos refugiados. O que é possível concluir dessa posição adotada é que as menções ao “asilo”, como essa da CADH, devem ser entendidas como referência principalmente ao direito internacional dos refugiados e secundamente as outras formas mais específicas e não-universais de asilo¹⁶⁰.

Essa visão inclusiva é essencial para aumentar o grau de proteção concedido a essas pessoas que precisam fugir de seu país de origem. Conforme a opinião da Corte:

Adicionalmente, a Corte nota que os desenvolvimentos produzidos no Direito dos Refugiados nas últimas décadas geraram práticas estatais, consistentes em conceder proteção internacional como refugiados às pessoas que fogem de seu país de origem devido a violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Em atenção ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, a Corte considera que as obrigações derivadas do direito de buscar e receber asilo são operativas a respeito das pessoas que reúnam os componentes da definição ampliada da Declaração de Cartagena, a qual responde não apenas às dinâmicas de deslocamento forçado que a originaram, mas que também satisfaz os desafios de proteção que derivam de outros padrões de deslocamento que ocorrem na atualidade. Este critério reflete uma tendência a consolidar na região uma definição mais inclusiva que deve ser levada em consideração pelos Estados a fim de conceder a proteção como refugiado a pessoas cuja necessidade de proteção internacional é evidente.¹⁶¹

Essa integração é importante porque permite que a Corte realize uma interpretação evolutiva do dos motivos de perseguição do artigo 22.7 da Convenção para abranger novas necessidades de proteção como o gênero, a diversidade e a idade.

Finalmente, a Corte enfatizou que todos os Estados do Sistema Interamericano devem cooperar para cumprir com as obrigações internacionais, não apenas regionais, mas também

¹⁵⁸ **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Sentença de 25 de novembro de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/oqcd5s88rveipb9>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 139.

¹⁵⁹ Opinião Consultiva OC-21/14. para. 74.

¹⁶⁰ CANTOR, David James. **Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence.** Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 100-101.

¹⁶¹ Opinião Consultiva OC-21/14. para. 79.

universais, de promoção e observância aos direitos humanos. Esse dever de colaboração é uma regra *erga omnes*, logo, deve ser imposta e respeitada por todos os Estados, sendo obrigatória no direito internacional.¹⁶²

¹⁶² GUERRA, Sidney. Asylum in the inter-american system: a sovereign state law or an inherent right of the human person? **Revista Jurídica**, v. 4, n. 57, p. 1 - 22, out. 2019. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3754>. Acesso em: 24 out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i57.3754>.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA A CONCESSÃO DO STATUS DE REFUGIADOS PELO SISTEMA INTERAMERICANO

3.1 O devido processo legal

O devido processo legal é um dos pilares do Constitucionalismo moderno. O processo legítimo, justo e equilibrado é o devido processo legal¹⁶³. José Antônio Pimenta Bueno, em sua obra “Apontamentos sobre o Processo Criminal brasileira” declara que:

As formalidades dos atos e termos do processo são frutos da prudência e razão calma da lei.

É de muita importância que a luta que se estabelece entre o acusado e o Poder Público não sofra outra influência ou direção que não seja dela.

Os termos e condições que a lei prescreve, são meios protetores que garantem a plenitude da acusação e da defesa: são faróis que assinalam a linha e norte que os magistrados e as partes devem seguir, precauções salutares que encadeiam o arbítrio e os abusos, que esclarecem a verdade, e dão autenticidade ou valor legal aos atos¹⁶⁴.

A conceituação da cláusula é basicamente filosófica, não sendo possível precisar exatamente a sua dimensão jurídica, por se tratar de um princípio extremamente vago, impreciso e dinâmico já que a sua noção acompanha as mutabilidades históricas, políticas, científicas e culturais de cada geração humana¹⁶⁵.

Qualquer pretensão de conceituar o princípio do devido processo legal precisa considerar a origem do princípio e das circunstâncias históricas que motivaram o seu aparecimento.

¹⁶³ GARCEZ RAMOS, João Gualberto. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 46, dec. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14975/10027>. Acesso em: 28 de março de 2020, p. 101.

¹⁶⁴ BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o Processo Criminal brasileiro, ed. anot., atual. e compl. por José Frederico Marques, facsimilar a ed. de 1857**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 228.

¹⁶⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal. Due process of law**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. Tratado Sobre Direito Penal Internacional de 1889, p. 197.

Apesar de alguns entendimentos diversos¹⁶⁶, a doutrina majoritária entende que a origem do princípio remonta a Inglaterra no decretado editado pelo Rei João Sem-Terra (*lackland*). Ao assumir o poder, este Rei passou a exigir tributos muito elevados e fez outras imposições tirânicas, revoltando os barões ingleses. Em 1215 aconteceu um confronto nos revaldos de Runnymede e João Sem-Terra foi obrigado a assinar uma declaração de direitos apresentada pelos barões em que se comprometia a respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*), sob a forma principiante de “pela lei da terra (*by the law of the land*)”¹⁶⁷, conforme o capítulo 39 da Magna Carta:

Nenhum homem livre será tomado, aprisionado, esbulhado, declarado fora da lei, ou de qualquer forma destruído, nem procederemos contra ele ou o processaremos, exceto pelo julgamento legal por seus pares e pela lei da terra.¹⁶⁸

Essa cláusula assegurava aos homens livres, principalmente aos barões e aos proprietários de terra, o direito de segurança pessoal, o direito de liberdade pessoal e o direito à propriedade privada que só poderiam ser suprimidos pela “lei da terra”. Ou seja, esses direitos apenas poderiam ser limitados pelos procedimentos e pelo direito comumente aceito nos precedentes judiciais, princípios e costumes jurídicos¹⁶⁹.

Não obstante a Magna Carta beneficiar originariamente uma pequena parcela da sociedade, já que a expressão *homens livres* deixava claro o endereçamento apenas para os membros da nobreza e do Clero, ela apresentou pela primeira vez uma limitação do poder

¹⁶⁶ Ruitemberg Nunes Pereira defende que a primeira menção aos princípios que se tornariam o devido processo legal estão em um decreto do imperador germânico Conrado II de 1037 d.C que trazia, pela primeira vez em forma escrita, regras sobre o Direito Feudal e as práticas relativas à transmissão da propriedade. A primeira norma traz que “nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (*mesne lord*), senão pelas leis do Império (*laws of empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgment of his peers*)”, expressões que foram simplesmente copiadas na Carta Magna Inglesa de 1215. Cf. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

¹⁶⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. Op cit., p. 28.

¹⁶⁸ Tradução Livre. No original: “*No freeman shall be taken, imprisoned, disseised, outlawed, or in any way destroyed, nor will we proceed against him or prosecute him, except by the lawful judgment of his peers, and by the law of the land*”.

¹⁶⁹ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Devido processo legal na jurisdição civil**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Brasília-DF, p. 69.

monárquico, incorporando a noção de limites que podem ser traduzidos de forma legal obrigando a todos, inclusive o próprio rei¹⁷⁰.

Gradualmente, este documento foi sendo considerado o mais importante no processo de positivação dos direitos humanos da época medieval. Conforme foram ocorrendo mudanças nas condições sociais e econômicas da Inglaterra, as garantias contidas na Magna Carta foram paulatinamente estendidas para incluir outros setores da população, se tornando o fundamento das pressões inglesas para um aumento de suas liberdades civis¹⁷¹.

A evolução da expressão “pela lei da terra” para “devido processo legal” (*due process of the law*) ocorreu em 1354 no reinado de Edward III que alterou o texto do capítulo 39 da Magna Carta para:

Nenhum homem, qualquer que seja a sua situação ou condição, pode ser expulso de sua terra ou moradia, nem conduzido, nem aprisionado, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal.¹⁷²

O termo “nenhum homem” estendeu o benefício do devido processo legal a todos, independentemente de sua classe social.

Esta Carta sofreu diversas reinterpretações ao longo dos anos e se transformou no símbolo de liberdade para o povo inglês, adquirindo força constitucional e inspirando a Revolução Americana de 1776 que separou as treze colônias americanas da Inglaterra e transformou os Estados Unidos em uma nação independente.

Uma das principais razões da deflagração da revolução foi o fato de os colonos não aceitarem a instituição de impostos por parte da Coroa inglesa, sem a autorização deles, o que

¹⁷⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

¹⁷¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. Op Cit, 1997. p. 29.

¹⁷² Tradução Livre. No original: “No man, of what Estate or Condition that he be, shall be put out of Land or Tenement, nor taken, nor impresioned, nor put to Death, without being brought in answer by due Process of Law”.

violava o parágrafo 12 da Magna Carta. Eles acreditavam que qualquer lei instituída pela metrópole era ilegal, já que não possuíam representação no Parlamento Britânico. A expressão “nenhuma tributação sem representação” (“*no taxation without representation*”) se tornou o slogan da Revolução e um grito de protesto dos colonos pró-independência.

A princípio a Constituição Americana não fazia nenhuma menção ao devido processo legal, sendo esta importante garantia apenas incluída em 1791 com o advento das dez primeiras emendas que ficaram conhecidas como Carta de Direitos (*Bill of Rights*).

A Quinta Emenda trouxe o princípio do devido processo legal, por meio da seguinte redação:

Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que na presença ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação.¹⁷³

Posteriormente, após o fim da Guerra Civil (1861/1865), em julho de 1868 foi ratificada a Décima-Quarta Emenda, cuja Seção I estendeu a todos os cidadãos norte-americanos o direito ao devido processo legal. Essa Seção I traz a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal**; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis¹⁷⁴ (grifo nosso).

¹⁷³ Tradução Livre. No original: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

¹⁷⁴ Tradução Livre. No original: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the Devido Processo Legal 37privileges or immunities of citizens of the*

Essas emendas positivaram diversos direitos tradicionalmente aceitos como “naturais” pela comunidade jurídica, com base nas cartas inglês, nas cartas coloniais e nas próprias declarações de direitos dos Estados¹⁷⁵.

O conceito de devido processo legal não é facilmente reduzido a nenhuma fórmula ou norma, sendo melhor representado nas decisões judiciais sobre o tema. Apesar disso, a Suprema Corte Americana sempre evitou definir este princípio, deixando-o em aberto para apenas distingui-lo nos casos concretos apresentados a Corte. Citamos como exemplo os seguintes precedentes:

Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa [...]. Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo¹⁷⁶.

Acha-se assentada a doutrina por essa Corte que a cláusula do due process enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda a nossa história. Due process é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo.¹⁷⁷

Um dos maiores erros cometidos no âmbito do devido processo legal é acreditar que ele possui apenas um viés processual, com ênfase no seu lado procedimental e não considerar o seu importante aspecto substancial que tutela o direito material¹⁷⁸. A diferença entre as duas dimensões foi bem apresentada pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento da ADIN 1.511-7/DF:

Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substantivo nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual –

United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

¹⁷⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tutela processual de direitos humanos fundamentais: inflexões no “Due process of law”**. Lisboa, Portugal: 2013. Tese (Doutorado). Orientador: Paula Costa e Silva. Doutorado em Ciências Jurídicas. Universidade de Lisboa, 2013, p. 381.

¹⁷⁶ UNITED STATES. Supreme Court. *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78. March 20, 1908.

¹⁷⁷ UNITED STATES. Supreme Court. *Solesbee v. Balcom*, 339 U.S. 9. February 20, 1950

¹⁷⁸ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Op cit., p. 117.

procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.¹⁷⁹

A dimensão subjetiva do devido processo pode ser definida como a garantia constitucional que exige que as normas produzidas seja razoáveis e proporcionais. O Estado não pode interferir nos direitos fundamentais sem que exista um real e concreto interesse público sobrepujante¹⁸⁰.

Deste modo, é o mecanismo que permite que o judiciário controle a atividade do legislativo e do executivo, possibilitando que afaste as normas arbitrárias, desproporcionais e irrazoáveis que possam levar à privação de direitos¹⁸¹.

Já em sua perspectiva formal (*procedural due process*), é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição, sendo a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição¹⁸². É a exigência de que o exercício da jurisdição seja pautado pelos valores princípios e regras postas pelo próprio direito, conforme o direito.

O aspecto processual é considerado como síntese de todos os demais direitos fundamentais processuais já que é dele que a maioria dos princípios processuais derivam, tais como: o direito de ação, a garantia do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual, da publicidade, da motivação das decisões judiciais e da legitimidade das provas.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.511-7/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347105>>. Acesso em: 02 de abr. 2020.

¹⁸⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. Op Cit, 1997. p. 201.

¹⁸¹ LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. **O devido processo legal substantivo como instrumento de controle da razoabilidade e da proporcionalidade das leis**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 33.

¹⁸² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 107.

No presente trabalho iremos observar as garantias judiciais derivadas do aspecto processual e sua aplicação no Direito dos Refugiados por meio da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente a análise do Caso Pacheco Tineo.

3.2 O devido processo legal e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ao compreendermos o Devido Processo Legal como uma síntese de todos os demais direitos fundamentais processuais é possível falar da existência desse princípio mesmo nos sistemas normativos que não utilizam a expressão “devido processo”, como ocorre na Alemanha¹⁸³ e na Itália¹⁸⁴. Nestes casos, o princípio deve ser extraído da análise dos direitos fundamentais específicos e dos direitos humanos.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o devido processo é visto como um direito inerente ao ser humano por ele figurar como um sujeito processual que persegue a realização de um direito material, uma vez que não há dignidade da pessoa humana sem a efetivação de seus direitos.

Deste modo, os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos gerais e regionais vêm contemplando o devido processo legal como um princípio fundamental. Podemos citar, como exemplos, os artigos VII a XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os arts. XVII, XXIV, XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), os arts. 6º e 7º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) e os arts. 9º, 10, 11, 14, 15, 24, 25 e 25 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civil e Políticos.

O presente estudo tem interesse específico no sistema interamericano de direitos humanos e na sua relação com o princípio do Devido Processo Legal, principalmente por meio da análise da jurisprudência da Corte Interamericana e da Convenção Americana sobre

¹⁸³ Conhecido no direito alemão como “*fairen Verfahren*”, o devido processo legal não é contemplado em um único normativo mas nos subprincípios esparsos na Lei Fundamental de Bonn (1949).

¹⁸⁴ Na Itália é conhecido como “*giusto processo*”.

Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*) de 1969 que consagra esse princípio do em seus artigos 7º, 8º, 24 e 25:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de suas opiniões consultivas e decisões contenciosas, tem sido um importante vetor para o desenvolvimento do conteúdo do Devido Processo Legal, utilizando como fundamento a interdependência com os direitos humanos. Em sua Opinião Consultiva de n. 09/87, a Corte Conceitua o princípio da seguinte forma:

Este artigo 8 reconhece o chamado “devido processo legal”, que abarca as condições que devem ser cumpridas para assegurar a defesa adequada daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial.¹⁸⁵

No julgamento do Caso López Álvarez v. Honduras¹⁸⁶, o Juiz Sergio Garcia Ramírez em seu voto fundamentado, aduz que o devido processo é uma garantia instrumental e secundária que funciona como “código de acesso” à tutela nacional e internacional dos direitos e à reivindicação sobre os deveres. Utiliza a doutrina de uma outra integrante do Tribunal, a Juíza Cecilia Medina Quiroga, para defender que o devido processo é uma pedra angular do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos; sendo, por excelência, a garantia de

¹⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Garantias judiciais em estado de emergência (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC n. 8/87, de 06 de outubro de 1987.** Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>. Acesso em: 03 de jun de 2020, para. 28.

¹⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Álvarez v. Honduras. Sentença de 1º de fevereiro de 2006.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 03 jun. 2020.

todos os direitos humanos e um requisito *sine qua non* para a existência de um Estado de Direito.

Quanto ao seu conteúdo, a corte entende que o direito ao devido processo se refere a um conjunto de requisitos que devem ser observados pelas instancias processuais, de modo que possibilite que as pessoas tenham condições de defender seus direitos contra qualquer ato do Estado adotado por qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial¹⁸⁷. Por esse motivo, o Tribunal costuma analisar o devido processo legal junto com o direito ao acesso à justiça, já que as garantias processuais que derivam do primeiro são o instrumento que asseguram ao jurisdicionado um acesso à justiça não apenas formal, mas real. Nesse sentido:

Em conformidade com a Convenção Americana, os Estados partes estão obrigados a proporcionar recursos judiciais efetivo as vítimas de violações de direitos humanos, e esses recursos precisam estar em conformidade com as regras do devido processo legal. Ao mesmo tempo, o direito de acesso à justiça deve assegurar, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares que seja feito todo o necessário para conhecer a verdade do ocorrido e investigar, julgar, e se for o caso, aplicar sanções aos eventuais responsáveis.¹⁸⁸

Em relação ao alcance do princípio, a Corte já decidiu que sua abrangência não é apenas para casos penais e nem mesmo apenas para casos judiciais. Na sentença do Caso Baena Ricardo e outros v. Panamá¹⁸⁹, a Corte IDH decidiu que as garantias mínimas do devido processo legal também precisam ser respeitadas em processos civis, trabalhistas, fiscais ou de qualquer outro caráter. Já no Caso do Tribunal Constitucional v Peru¹⁹⁰, foi esclarecido que o devido processo precisa ser aplicado em qualquer ato emanado pelo Estado que possa afetar direitos humanos, não se limitando a atos judiciais.

¹⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ruano Torres e outros v. El Salvador. Sentença de 05 de outubro de 2005.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin4por.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020, para. 151.

¹⁸⁸ Id. **Caso Acosta e outros v. Nicarágua. Sentença de 25 de março de 2017.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/CASOACOSTAEOUTROSVS.NICARAGUARevisaovf.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020, para. 31.

¹⁸⁹ Id. **Caso Baena Ricardo e outros v Panamá. Sentença de 02 de fevereiro de 2001.** Disponível em: <https://nidh.com.br/baena/>. Acesso em: 03 abr. 2020 para. 125.

¹⁹⁰ Id. **Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) v Equador. Sentença de 28 de agosto de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/g8bothujqfiggb9>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 69.

Dessa forma, o devido processo legal está intimamente ligado com a noção de justiça, refletindo em:

- (i) Um acesso à justiça não apenas formal, mas que reconheça e resolva os fatores de desigualdade real dos processados;
- (ii) O desenvolvimento de um julgamento justo; e
- (iii) A resolução das controvérsias de forma tal que a decisão adotada se aproxime do maior nível de correção do direito, isto é, que se assegure, na maior medida possível, sua solução justa.¹⁹¹

No que se refere a interpretação do princípio, o Tribunal considera que este deve ser interpretado de maneira ampla de modo que a interpretação se apoie tanto no texto literal da norma como em seu espírito, devendo ser interpretada conforme o artigo 29, “c” da Convenção Americana que estabelece que nenhuma disposição dessa norma pode ser interpretada de modo a “*excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo*”¹⁹².

A Corte também já se pronunciou intensamente sobre as garantias que derivam do Devido Processo Legal. O direito ao contraditório já foi definido como o direito que as vítimas devem possuir de serem ouvidas e de atuarem nos processos formulando suas pretensões, apresentando elementos probatórios, e mais do que isso, de terem o seu depoimento e provas analisadas de forma completa e séria¹⁹³, isso significa que o Estado deve garantir que a decisão produzida tenha capacidade de produzir o resultado ao qual foi concebida¹⁹⁴.

Nesse mesmo sentido, deve ser assegurado o direito de defesa desde o momento em que a pessoa é indiciada como possível autor ou partícipe de um acontecimento punível até a

¹⁹¹ Opinião Consultiva OC-21/14, para. 109.

¹⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Blake v Guatemala. Sentença de 24 de janeiro de 1998.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2229caso.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020, para. 96.

¹⁹³ Id. **Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) v Equador. Sentença de 28 de agosto de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/g8bothujqfiggb9>. Acesso em: 03 abr. 2020, para. 181.

¹⁹⁴ Id. **Caso Barbani Duarte outros v Uruguai. Sentença de 13 de outubro de 2011.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/dx6ry8302kdcmcxr>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 122.

última etapa do processo¹⁹⁵. Para que esse direito possa ser exercido, o Estado também é obrigado a informar ao interessado não somente a causa da acusação, ou seja, as ações e omissões que lhe foram imputadas, mas também os fundamentos probatórios desta e a caracterização legal desses fatos¹⁹⁶.

É importante que o sujeito também possua tempo e meios adequados para preparar a sua defesa, tendo o Estado que oferecer um defensor dentro do prazo estabelecido em lei. A corte estipulou que impedir que o acusado conte com o auxílio de um advogado é limitar seriamente o seu direito de defesa, ocasionando um desequilíbrio processual e deixando o indivíduo sem amparo frente ao poder punitivo¹⁹⁷.

Para a Corte IDH, o dever de investigar também precisa respeitar o devido processo legal, devendo ser realizada uma investigação séria, imparcial e efetiva, de ofício e sem dilações, na qual os Estados devem fazer uso de todos os meios legais disponíveis¹⁹⁸.

Acerca da garantia do juiz natural, a jurisprudência da corte define que se trata do direito de ser julgada por um tribunal de justiça ordinário com procedimentos legalmente estabelecidos, razão pela qual o Estado não deve criar tribunais especiais, *ad hoc*¹⁹⁹. A Corte IDH considera o direito a ser julgado por um tribunal imparcial como uma garantia fundamental do devido processo legal, sendo necessário garantir que o julgador conte com a maior objetividade possível. Para isso é necessário que exista um processo adequado de nomeação, uma duração de mandato estabelecida e uma garantia contra pressões externas²⁰⁰.

¹⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leiva v Venezuela. Sentença de 17 de novembro de 2009**. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/khdk1ykcy464unmi?page=1>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 29.

¹⁹⁶ Ibid. para. 28.

¹⁹⁷ Ibid. para. 62.

¹⁹⁸ Id., **Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz v Peru. Sentença de 10 de julho de 2007**. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/rjgge4qpn4uz0k9>. Acesso em 04 abr. 2020, para. 130-131.

¹⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera e outros v Venezuela. Sentença de 05 de agosto de 2008**. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/zotf1x5460eh4cxi?page=1>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 50.

²⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera e outros v Venezuela. Sentença de 05 de agosto de 2008**. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/zotf1x5460eh4cxi?page=1>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 50, para. 75.

As decisões desses julgadores, principalmente as que podem afetar direitos fundamentais, precisam ser motivadas ou, caso contrário, serão arbitrárias. A motivação é a exteriorização da justificativa racionalizada que se permite chegar a uma conclusão. Para a corte, esse dever é uma garantia vinculada da correta administração da justiça que protege o direito dos cidadãos de serem julgados com base no direito e promove a credibilidade das decisões jurídicas²⁰¹.

Por último, é importante mencionar o posicionamento da Corte IDH sobre a garantia do duplo grau de jurisdição. A corte considera o direito de recorrer uma garantia primordial do devido processo legal por permitir que uma sentença contrária seja revisada por um juiz ou tribunal distinto e hierarquicamente superior. É visto com uma forma de proteger o direito de defesa já que possibilita impedir que uma decisão com erros e vícios faça coisa julgada²⁰².

Essa análise do desenvolvimento do conteúdo do Devido Processo Legal pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é relevante para a compreensão da importância dos procedimentos que precisam ser adotados pelos Estados para conceder ou denegar o *status* de refugiado para os solicitantes.

3.3 O caso Pacheco Tineo V. Bolívia

Apesar de nenhum Tratado ou Convenção Internacional estabelecerem regras claras sobre o rito processual que deve ser adotado pelos Estados na etapa de análise da solicitação da condição de refugiados, o não cumprimento de um processo de acordo com as garantias do Devido Processo Legal é causa de responsabilização internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como veremos a seguir.

²⁰¹ Id. **Caso Apitz Barbera e outros v Venezuela. Sentença de 05 de agosto de 2008.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/zotf1x5460eh4cxr?page=1>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 77.

²⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herrera Ulloa v Costa Rica. Sentença de 02 de julho de 2004.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94b2b0f4b6764b8b>. Acesso em: 03. abr. 2020, para. 158.

O ponto inicial da pesquisa se deu a partir da leitura da decisão proferida pela Corte IDH, em 25 de novembro de 2013, no caso *Família Pacheco Tineo Vs Estado Plurinacional da Bolívia*²⁰³.

O Sr. Rumaldo Juan Pacheco e sua esposa Fredesvinda Tineo Godos foram processados e presos no Peru acusados de terrorismo pelo governo ditatorial de Alberto Fujimori no início dos anos 1990. Ambos foram presos no Peru²⁰⁴, e liberados em 1994 quando foram absolvidos no referido processo.

Todavia, a sentença que os absolveu foi anulada pela Suprema Corte de justiça Peruana sendo expedido um novo mandado de prisão contra eles. Este acontecimento motivou o deslocamento do casal junto com suas duas filhas, Frida Edith Pacheco Tineo e Juana Guadalupe Pacheco Tineo, para La paz na Bolívia, em 13 de outubro de 1995, onde receberam o *status* de refugiados.

Em março de 1998, o Sr. Rumaldo Pacheco assinou uma declaração juramentada de repatriamento voluntário junto com sua esposa e filhas, declarando que retornariam diretamente ao Peru sem escalas, perdendo o reconhecimento como refugiados no país.

A família alega que apenas assinou a repatriação porque estavam sofrendo violações de direitos econômicos, sociais e culturais na Bolívia devido à falta de acesso ao trabalho,

²⁰³ Todos os fatos narrados nesse subcapítulo foram retirados da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 25 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf. Acesso em: 24 de janeiro de 2020.

²⁰⁴ Durante a prisão, em maio de 1992, houve duas tentativas de transferência de detentos no presídio em que o Sr. Rumaldo e a Sra. Fredesvinda cumpriam pena com uso de violência e tortura contra os presos políticos pelos agentes penitenciários, ordenado pelo então presidente do Peru e coordenado pelo diretor do presídio. O caso foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006, ficando conhecido como *Caso Prisão Miguel Castro-Castro V. Peru*, sendo o Peru condenado pela violação do artigo 1 (obrigação de respeitar os direitos), artigo 1.1 (Obrigação de não-discriminação), do artigo 4 (direito à vida), do artigo 5 (direito à integridade pessoal), do artigo 5.1 (direito à integridade física, mental e moral), do artigo 5.2 (proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante), artigo 8 (direito a um julgamento justo), artigo 8.1 (direito a ser ouvido dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial) e artigo 25 (direito a proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo uso excessivo de força que resultou na morte de dezenas de detentos e deixou muitos feridos que foram mantidos sem atenção médica e medicamentos por vários dias. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em 14 de julho de 2020.

moradia, alimentação, educação e saúde, e que o Estado boliviano não proveu a documentação necessária para que eles pudessem viver no país e usufruir de todos os direitos outorgados pela Convenção de 1951.

Por conseguinte, afirmam que nunca retornaram ao Peru e foram diretamente para o Chile, onde também foram reconhecidos como refugiados e tiveram o terceiro filho, Juan Ricardo Pacheco Tineo, nascido em 11 de junho de 1999, possuindo nacionalidade chilena.

Em 3 de fevereiro de 2001, após o fim do governo do Fujimori, Rumaldo Pacheco e Fredesvinda Tineo saíram do Chile e foram ao Peru com a finalidade de atualizar seus documentos profissionais, conferir alguns investimentos que possuíam no país e negociar um possível retorno da família ao seu país de origem.

Entretanto, foram informados pelo seu advogado que sua permanência no Peru era arriscada, considerando que os seus mandados de prisão não haviam sido anulados. Receosos, a família decidiu voltar ao Chile pela Bolívia no dia 19 de fevereiro, sem passar pelo controle migratório porque temiam serem detidos ao terem que apresentar sua documentação na fronteira.

As autoridades bolivianas alegaram que por terem burlado os controles migratórios da fronteira entre o Peru e a Bolívia a família foi tratada como qualquer estrangeiro com ingresso ilegal no país, não sendo permitido que a família seguisse para o Chile.

No dia 20 de fevereiro, o casal se apresentou na Oficina de Serviço Nacional de Migração boliviana (SENAMIG) sendo atendidos pelo Sr. Juan Carlos Molina, o Chefe de Migrações e Consultor Geral de Migração da época. Alegam que Sr. Molina ofendeu verbalmente o Sr. Romualdo e a Sra. Fredesvinda²⁰⁵, confiscou todos os documentos da família, ordenou que as portas de seu escritório fossem fechadas e determinou a detenção da

²⁰⁵ A Corte considerou que não há provas suficientes para comprovar se de fato esses insultos e agressões verbais ocorreram.

senhora Fredesvinda Tineo Godos, que só foi liberada após a apresentação de um *habeas Corpus*.

No mesmo dia, o Sr. Pacheco solicitou o reconhecimento do estatuto de refugiados em seu nome e em nome de sua esposa com a esperança de que as autoridades bolivianas averiguassem a situação e percebessem que o casal possuía o *status* de refugiados no Chile e os deixassem seguir para o país.

Apenas algumas horas mais tarde, o Comitê Nacional para Refugiados²⁰⁶ realizou uma reunião sem a presença da família Pacheco Tineo que não tiveram a oportunidade de prestar depoimento. A solicitação foi negada de maneira sumária, com a justificativa de que eles assinaram a repatriação voluntária em 1998 renunciando tacitamente a condição de refugiados e que por terem retornado ao Peru era evidente que as condições que deram origem ao refúgio já haviam cessado.

O Consulado chileno em La Paz tomou diversas medidas para garantir o traslado seguro da família para o Chile, incluindo informar ao SENAMIG, no dia 23 de fevereiro, que havia sido aprovada a entrada da família no país e que inclusive eles forneceriam apoio financeiro pagando pelo hotel e passagens de ônibus.

Apesar disso, em 24 de fevereiro, foi executada a ordem de expulsão da família Pacheco Tineo da Bolívia. De acordo com a família, quando chegaram na fronteira Bolívia – Peru foram encarcerados em um quarto, sem alimentação e tiveram seus pertences retirados e ao cruzarem a fronteira foram entregues a polícia peruana e acusados de terrorismo. Ficaram detidos na fronteira até 03 de março de 2001 junto com os filhos e depois foram separados dos mesmos e transferidos para Lima onde ficaram até o dia 03 de julho de 2001, quando enfim foram liberados.

²⁰⁶ Doravante “CONARE”, é o órgão responsável por receber as solicitações de refúgio, e determinar se os solicitantes reúnem as condições necessárias para serem reconhecidos como refugiados.

Na primeira semana de agosto, a família chegou ao Chile onde vivem de forma permanente desde 13 de março de 2002. Em 25 de abril de 2002 o casal, em nome próprio e em nome de seus filhos, apresentou uma petição à Comissão Interamericana que admitiu o caso em 13 de outubro de 2004.

Em 2011, a Comissão apresentou o seu Relatório de Mérito concluindo que o Estado da Bolívia é responsável pela violação dos direitos à garantias judiciais, à solicitar asilo, à não devolução, à proteção judicial, à integridade física e moral e pela violação da obrigação de proteção especial das crianças. Foi recomendado a prestação de uma indenização pecuniária à família e adoção de medidas de reparação pela Bolívia.

A comissão submeteu o caso a Corte Interamericana em 21 de fevereiro de 2012 para que as vítimas conseguissem obter justiça já que o Estado boliviano não cumpriu com as recomendações de reparação dentro do prazo de 03 meses outorgado.

A Corte considerou o Estado boliviano responsável pela violação do direito de buscar e receber asilo, do Princípio do *non-refoulement*, do direito a garantias judiciais, do direito a integridade física e moral e o direito a proteção às crianças e família, respectivamente os artigos 22.7, 22.8., art. 8, art. 25, art. 5.1, art.19 e art. 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte indica que toda violação a uma obrigação internacional que produz dano comporta um dever de reparação adequada, sendo sempre que possível uma restituição integral que consiste no restabelecimento da situação anterior. Como na maioria dos casos que envolve violação a direitos humanos isso não é possível, é preciso que o Tribunal determine medidas que garantam os direitos que foram violados e que compense as consequências da violação. Logo, além da compensação monetária aos familiares, o Estado da Bolívia foi condenado a instituir medidas de reparação e satisfação que garantam a não repetição dos fatos.

A condenação pecuniária incluiu o pagamento para o Sr. Rumaldo e para Sra Fredesvinda no valor de US\$10,000.00 (dez mil dólares americanos) para cada e US\$ 5,000.00 (cinco mil dólares americanos) para cada uma das criança e reembolsar o valor de

US\$ 9,567.63 (nove mil, quinhentos e sessenta e sete dólares americanos e sessenta e três centavos) ao fundo de Assistência Legal de Vítimas.

Já a condenação não pecuniária se deu por meio da obrigação de publicar a sentença no diário oficial, em um jornal nacional de ampla circulação e em um site oficial e de implementar um programa de capacitação dos funcionários do Departamento Nacional de Migração e da Comissão Nacional de Refugiados, assim como de outros funcionários que tenham contato com pessoas migrantes ou solicitantes de refúgio. A Bolívia acatou a decisão e instaurou um programa de capacitação chamado “Atualização em Gestão Migratória”, que abarca matérias relativas aos padrões dos direitos humanos de migrantes, as garantias do devido processo e o direito internacional dos refugiados e contempla uma matéria específica sobre a sentença do presente caso²⁰⁷.

Em abril de 2015, a Corte, por meio de uma resolução²⁰⁸, decidiu arquivar o caso por entender que o Estado da Bolívia cumpriu integralmente com todas as medidas da Sentença de 2013.

3.4 Os procedimentos e garantias para a concessão do *status* de refugiado no Sistema Interamericano De Direitos Humanos

Como visto nos capítulos anteriores, definir quem é refugiado é de grande importância não apenas por possibilitar que se identifique as pessoas que necessitam de proteção mas também por possibilitar que se determine a extensão das obrigações internacionais assumidas pelos Estados signatários da Convenção de Genebra de 1951 e de outras convenções

²⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Sentença de 25 de novembro de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/oqcd5s88rveipb9>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 14 e 15.

²⁰⁸ Ibid.

regionais. Desde o início, os elementos necessários para conceder ou não o status de refugiados são considerados o pilar no qual todo o edifício do Direito dos Refugiados está apoiado.

Observou-se que a Convenção de 1951 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como outros documentos internacionais, apenas trazem uma definição de quem seria o “refugiado”, sem apresentar, contudo, os procedimentos que devem ser adotados para identificá-los. Portanto, é deixado a critério de cada Estado estabelecer esses procedimentos da maneira que consideram mais adequados, tendo em vista a especificidade de suas estruturas constitucionais e administrativas.

Como mencionado no subitem 1.2 (*O papel dos Direitos Humanos na definição do conceito de Refugiados*), a definição de quem pode ser considerado refugiado depende de uma verificação pormenorizada sobre a existência de circunstâncias materiais que possibilitem a aplicação do Direito dos Refugiados no caso concreto.

Por esse motivo, para que seja reunida todas as informações que devem ser utilizadas na avaliação é necessário a aplicação de um processo com um rito processual previsível, imparcial e impessoal, conduzido por uma autoridade competente e independente, aplicado segundo os parâmetros da equidade e possibilitando a efetiva participação da pessoa solicitante na formação da convicção do julgador²⁰⁹.

A Corte IDH, na opinião consultiva OC- 18/03 sobre a Condição Jurídica e Direito dos Migrantes Indocumentados, asseverou que em sua faculdade de legislar sobre sua política de refugiados, os Estados precisam obedecer e respeitar as garantias dos direitos humanos²¹⁰. Dessa forma, não obstante os Estados possuem um âmbito de discricionariedade ao

²⁰⁹ LEITE, Larissa. **O Devido Processo Legal para o Refúgio no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 140.

²¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Condição Jurídica e Direito dos Migrantes Indocumentados. Opinião Consultiva OC n. 18/03, de 17 de setembro de 2003**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em: 03 de jun de 2020, para. 168.

determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos por todos eles devem respeitar os direitos humanos dos solicitantes²¹¹.

No caso em análise, a Bolívia argumentou que o tratamento recebido pela família Pacheco Tineo se justificava pela forma ilegal que eles ingressaram no país. A Corte IDH contra argumentou e se pronunciou alegando que as garantias mínimas do devido processo legal, a proteção judicial e o respeito à dignidade humana, precisam ser respeitados qualquer seja a condição jurídica ou o status migratório do migrante²¹².

Isso se deve em razão de os migrantes em situação irregular serem considerados um grupo em situação de vulnerabilidade pelo sistema interamericano de direitos humanos, devido a desigualdades de *jure* (desigualdade nas leis) e de *facto* (desigualdades estruturais), como por exemplo, diferentes idiomas, culturas, dificuldades econômicas, sociais e de acesso aos recursos públicos administrados pelo Estado²¹³.

Assim, a comunidade internacional já reconheceu a necessidade de adotar medidas especiais para garantir a proteção dos direitos humanos desses migrantes. devendo os Estados atuar de maneira que não favoreçam essa vulnerabilidade e estabelecendo políticas razoáveis que busquem prevenir e proteger os direitos de quem se encontra nessa situação²¹⁴.

No caso em questão, a Corte decidiu que em situações que possam levar a expulsão de um asilado ou de um solicitante, devido aos direitos que estão sendo tutelados, é necessário aplicar garantias judiciais substancialmente parecidas com as garantias dos processos criminais, estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana²¹⁵.

²¹¹ _____. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 02. Personas Situación de Migración o Refugio.** Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020, p. 9.

²¹² Caso Pacheco Tineo. para. 135

²¹³ Opinião Consultiva OC n. 18/03, para. 112-114.

²¹⁴ A Corte já determinou que as garantias mínimas devem ser adotadas em todos os casos que envolvam estrangeiros com risco de devolução. Caso Pacheco Tineo. para. 136.

²¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Sentença de 25 de novembro de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/oqcd5s88rveipb9>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 155.

O Estado Boliviano decidiu de forma sumária que não reconheceria o *status* de refugiados da família, sem possibilitar uma audiência ou entrevista com os solicitantes. Como visto no primeiro capítulo, para definir refugiado se utiliza o critério do “bom fundado temor”, que comporta uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A dimensão subjetiva deve ser considerada a partir da pessoa solicitante de refúgio, por meio da avaliação das declarações por ela prestadas. Sendo, por esse motivo, imprescindível que seja dada a oportunidade de contraditório ao solicitante por meio de uma audiência, já que ele é o único apto a contar a sua história e fornecer os detalhes essenciais para uma análise fidedigna.

O elemento subjetivo precisa ser confirmado pela verificação objetiva da conjuntura do país de origem do solicitante, dos acontecimentos antecedentes relevantes e do contexto da situação concreta. Apesar de ser um princípio geral do direito o ônus da prova competir à pessoa que submete o pedido, em casos de refugiados é raro que os solicitantes consigam fornecer elementos de provas para as suas declarações, já que chegaram ao país como fugitivos e muitas vezes sem documentos pessoais²¹⁶.

Dessa forma, a responsabilidade por certificar e avaliar todos os fatos relevantes precisa ser repartido entre ele e o examinador, por este possuir recursos governamentais para utilizar todos os meios disponíveis para acessar informações essenciais e produzir os elementos de prova necessários²¹⁷.

No caso concreto, as autoridades bolivianas não deram oportunidade para que a família explicasse o motivo da sua entrada ilegal no país, as razões pela qual assinaram a repatriação voluntária em 1998 e seus motivos para solicitar um novo asilo. Além disso, também não procuraram produzir provas para confirmar a existência ou não de perseguição pelos

²¹⁶ ACNUR. Op. cit., 2002. p. 40-41.

²¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Sentença de 25 de novembro de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/oqcd5s88rveipb9>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 155.

solicitantes, como por exemplo, poderiam ter entrado em contato com autoridades chilenas já que tinham conhecimento que a família era refugiada no país.

Ainda nesse sentido, a Corte considera que se a pessoa já possui o *status* de refugiado declarado por um Estado, caso ela venha ingressar em um outro país, este deve atuar com precaução especial ao analisar a sua solicitação. Isso em razão de o estatuto do refugiado continuar conferindo proteção à pessoa mesmo além das fronteiras do Estado onde ela foi reconhecida como refugiada originalmente²¹⁸.

Conforme mencionado em capítulo anterior, as Cortes estão interpretando o direito dos refugiados à luz dos procedimentos gerais previstos nos tratados sobre direitos humanos, demonstrando uma crescente e necessária interlocução entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados.

Ao considerar que o Estatuto dos refugiados é a principal norma sobre refugiados no mundo moderno, a Corte admite que os parâmetros procedimentais estabelecidos pelo Direito dos Refugiados sejam usados como *lex specialis* para ajudar a definir os procedimentos aplicáveis à luz da Convenção Americana²¹⁹.

Dessa forma, além das normas tradicionais previstas em Tratados e Convenções, a Corte também se utiliza de instrumentos de *soft law* integrantes do Direito Internacional dos Refugiados²²⁰, como por exemplo o documento “Procedimentos de asilo justos e eficientes: uma visão não exaustiva das normas internacionais aplicáveis”²²¹ do ACNUR. Em suma, a Corte elencou que os Estados possuem as seguintes obrigações:

²¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Sentença de 25 de novembro de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/oqcd5s88rveipb9>. Acesso em: 04 abr. 2020, para. 155.

²¹⁹ CANTOR, David James. Op cit., p. 103.

²²⁰ Ibid.

²²¹ ACNUR. **Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una Vision no exhaustiva de las normas internacionales aplicables.** Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888>. Acesso em: 03 abr. 2020.

- a) Garantir ao solicitante os mecanismos necessários para submeter o seu pedido, como intérprete, acesso à assessoria jurídica e representação legal para que seja orientado quanto ao procedimento e sobre a possibilidade de entrar em contato com um representante da ACNUR;
- b) A solicitação deve ser analisada com objetividade por uma autoridade competente e claramente identificada e necessita da realização de uma entrevista pessoal;
- c) As decisões precisam ser fundamentadas de forma expressa;
- d) O procedimento deve respeitar em todas as suas etapas os dados do solicitante, da solicitação e o princípio da confidencialidade para que se proteja os direitos dos solicitantes em risco;
- e) Caso não se reconheça o *status* de refugiado do solicitante é necessário que o informe dos procedimentos para recorrer da decisão e garanti-lo um prazo razoável para tal; e
- f) Esse recurso deve ter efeito suspensivo e deve ser permitido que o solicitante permaneça no país até o julgamento desse pedido de reconsideração.²²²

As autoridades Bolivianas alegaram que a família estava abusando da figura de asilo já que estavam sendo processados por terrorismo e procurados pela Interpol, o que permitiria uma decisão sumária, de acordo com o Direito dos Refugiados.

A Corte reconhece a possibilidade de adoção de procedimentos acelerados por partes dos Estados para resolver solicitações “manifestamente infundadas e abusivas”, contudo, devido as graves consequências que uma análise errônea pode ocasionar, ela estabeleceu que mesmo nesses casos é necessário respeitar as garantias da entrevista pessoal, do direito ao recurso e da decisão fundamentada, e que esta ainda deve incluir os motivos pelo qual a solicitação foi considerada fraudulenta.

Além desses procedimentos gerais que foram pensados tendo em mente solicitantes de asilo maiores de 18 anos, a Corte já apontou a necessidade de procedimentos especiais para atender as particularidades de solicitações feitas por crianças em nome próprio, estejam elas acompanhadas ou não²²³. O artigo 19 da Convenção²²⁴ e o artigo VII da Declaração²²⁵

²²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Resolução de 17 de abril de 2015.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/d688m4eftlfskyb9?page=1>. Acesso em: 03 abr. 2020, para. 159.

²²³ Opinião Consultiva OC n. 21/14, para. 80.

²²⁴ Artigo 19 da Convenção Americana: “*Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.*”

²²⁵ Artigo VII da Declaração Americana: “*Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais.*”

concedem uma proteção especial às Crianças, implicando que, nesses casos, os procedimentos precisa ser adaptados com algumas garantias e componentes diferenciados para que lhes seja assegurado um acesso à justiça em condições de igualdade e um efetivo devido processo²²⁶.

Primeiramente, é primordial que a condução do processo e a sua decisão sejam realizadas por pessoas especializadas e devidamente capacitadas para identificar as necessidades especiais de proteção dessas crianças²²⁷. Além disso, os Estados possuem o dever de facilitar a participação da criança em todas as etapas do processo, devendo este ser conduzido de maneira amistosa, sensível e adequada à idade da criança²²⁸.

As crianças precisam ser ouvidas não podendo as opiniões de seus pais ou tutores substituir as suas. Deve ser considerado também formas não verbais de comunicações pelas quais as crianças consigam demonstrar suas preferências, como jogos, desenhos e a expressão corporal e facial²²⁹.

Em casos de crianças desacompanhadas, a Corte determinou que a designação de um tutor competente é uma das garantias processuais mais importantes, devendo este ser nomeado o mais rápido possível. Ele deve possuir conhecimentos especializados em matéria da infância e funcionar como um vínculo entre a criança e os organismos pertinentes, prestando assistência em todos os procedimentos de planejamento, adoção de decisões e os voltados a definir a atenção à criança e a buscar uma solução duradora²³⁰.

Por último, a Criança possui o direito de ser assistida por um representante legal especializado em direito de migrantes e com atenção específica em relação à sua idade²³¹. As decisões também precisam ser fundamentadas, incluindo a forma como as opiniões das crianças foram levadas em consideração e a forma como foi avaliado o seu interesse superior.

²²⁶ Opinião Consultiva OC n. 21/14, para. 114-115.

²²⁷ Ibid. para. 121.

²²⁸ Ibid. para. 123.

²²⁹ Ibid. para. 122.

²³⁰ Ibid para. 132-134.

²³¹ Ibid. para. 131.

Ao julgar o caso da família Pacheco Tineo, a Corte entendeu que o Estado Boliviano violou os artigos 19 e 17²³² da Convenção Americana por não terem considerado as crianças, Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo, como partes interessadas no processo. Eles não foram escutados pelas autoridades e nem tiveram suas petições analisadas individualmente em respeito ao princípio do *superior interesse da criança*²³³.

Em relação a esse princípio, a Corte IDH esclareceu que ele deriva do princípio da dignidade humana, das características próprias dos direitos das crianças e da necessidade de garantir desenvolvimento destes com total aproveitamento.²³⁴

Quanto à expulsão da família para o Peru, a Corte assinalou a relação existente entre os direitos das crianças e o direito à proteção da família, devendo o Estado sempre agir de forma a favorecer o fortalecimento do núcleo familiar.²³⁵ A Comissão assinalou que não foi respeitado o superior interesse da criança ao devolver a família para o Peru, pois sabiam que os pais seriam detidos no país e como consequência seriam separados de seus filhos²³⁶.

Dessa forma, a Corte julgou o Estado boliviano responsável por violar o direito de proteção e as garantias do devido processo legal das crianças já que não os consideraram como sujeitos independentes no processo e não lhes outorgaram as garantias processuais gerais e específicas que lhes era de direito.

Em relação aos procedimentos especiais para as perseguições baseadas em gênero, o ACNUR já se pronunciou²³⁷ estabelecendo que as solicitantes de refúgio mulheres devem ser entrevistadas em um local separado dos homens de sua família e elas devem ser asseguradas

²³² Artigo 17.1 da Convenção Americana: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

²³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Resolução de 17 de abril de 2015.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/d688m4eftlfskyb9?page=1>. Acesso em: 03 abr. 2020, para. 228.

²³⁴ Ibid., para. 229.

²³⁵ Ibid., para. 226.

²³⁶ Ibid., para. 218.

²³⁷ ACNUR. **Diretrizes sobre Proteção Internacional N.01: Perseguição baseada no gênero, no contexto do Artigo 1A (2) da Convenção de 1951 e/ou Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados.** Genebra, 2002.

que seu caso será tratado com absoluta confidencialidade, a fim de que elas se sintam mais confortáveis em relatar sua história, sem o medo de sofrer represálias.

Do mesmo modo, é preciso que lhes ofereçam serem entrevistadas por agentes do mesmo sexo e que sejam feitas quantas entrevistas forem necessárias, a fim de criar uma relação de confiança e obter todas as informações necessárias, o que pode ser uma tarefa difícil quando a solicitante for vítima de traumas e abusos.

Por último, é preciso coletar informações sobre o tratamento recebido pelas mulheres no país de origem, como por exemplo, o papel da mulher em face da lei, os direitos políticos, econômicos e sociais das mulheres, a tolerância às práticas tradicionais violentas e o sistema de proteção da mulher e os riscos que uma mulher pode enfrentar se for devolvida ao seu país de origem após a solicitação de refúgio.

A Corte Interamericana entende, diferentemente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos da ONU, que a obrigatoriedade do devido processo legal não deriva do princípio de *non refoulement*, e sim decorre do próprio procedimento de análise do *status* de refugiado, sendo inerente do direito de solicitar e receber asilo, o que por si só atrai as garantias do devido processo legal estruturadas no artigo 8 da Convenção Americana. Dessa forma, as garantias precisam ser observadas independentemente de risco imediato ou eventual de devolução²³⁸.

Na visão da Corte, a única implicação da proibição à devolução contido no artigo 22.8 da CADH no procedimento de verificação do status de refugiados é que esse princípio impede que os solicitantes de asilo sejam rejeitados na fronteira ou expulsos sem que ocorra uma análise individual e de acordo com as garantias do devido processo legal. Por esse mesmo motivo, se um Estado pretende enviar o solicitante de asilo para um terceiro Estado que não o

²³⁸ CANTOR, David James. Op. cit., p. 104-105.

seu de origem, ele precisa assegurar que a pessoa terá acesso a um processo justo e eficiente nesse país e não sofrerá a chamada “devolução indireta”.²³⁹

²³⁹ CANTOR, David James. *Op. cit.*, p. 104-105.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar as garantias que necessariamente precisam orientar o processo de concessão do status de refugiado à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Inicialmente, foi exposta a evolução histórica do conceito e da proteção internacional do refúgio. Foi defendido nesse trabalho que o conceito contemporâneo de refugiado precisa ser definido visando uma interlocução com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para que seja possível uma interpretação progressiva e flexível da definição, com a finalidade de englobar outras violações sistemáticas de direitos humanos além das elencadas nos acordos internacionais e regionais.

No segundo capítulo, foi analisado a estrutura e o funcionamento do Sistema Interamericano e a visão desse sistema para com o refúgio. Foi possível concluir que essa interlocução entre o Direito dos Refugiados e os Direitos Humanos é adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconhece o refugiado como sujeito de direitos e o refúgio como o direito humano de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro²⁴⁰. Ao fazer essa interpretação, a Corte assegura que os estrangeiros, migrantes irregulares e refugiados também são titulares dos direitos previstos nos instrumentos interamericanos²⁴¹.

Por fim, o terceiro capítulo buscou relacionar os capítulos anteriores e responder o questionamento que originou esse trabalho. Para isso, primeiro se investigou o histórico do devido processo legal e a jurisprudência da Corte Interamericana sobre o princípio e suas garantias. Posteriormente, com o intuito de observar se também era necessário observar esses parâmetros mínimos do devido processo legal no processo de concessão do *status* de

²⁴⁰ Opinião Consultiva OC n. 25/18. para. 156.

²⁴¹ CORTEZ, Laura Maria Silva; MOREIRA, Thiago Oliveira. A tutela dos direitos humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Cadernos de Dereito Actual, n. 8, p. 439-452, 2018.

refugiado foi realizado uma análise da decisão da Corte Interamericana no Caso *Família Pacheco Tineo Vs Estado Plurinacional da Bolívia*.

Foi possível observar que apesar da grande maioria dos Estados serem signatários de instrumentos internacionais de direitos humanos ou de proteção ao refúgio, esses acordos não estabelecem quais os procedimentos e garantias que devem ser observados pelas autoridades estatais ao longo do processo para o reconhecimento do solicitante como refugiado. Essa responsabilidade recai na competência doméstica de cada Estado que deve adotar regras procedimentais próprias para a análise da solicitação.

Os procedimentos acabam sendo diferentes em cada Estado e em muitos nem são produzidas normas internas que estabeleçam esses critérios procedimentais, resultando em uma enorme insegurança jurídica para os solicitantes e dificultando a realização do pedido, impedindo a própria identificação das pessoas que requerem proteção e comprometendo o exercício e respeito de direitos fundamentais. A ausência de um processo transparente e pré-estabelecido permite que os Estados neguem solicitações de indivíduos que se enquadrem na definição de refugiados por motivos políticos ou de interesse próprio.

Para suprir essa lacuna, a Corte Interamericana vem determinando em suas Opiniões Consultivas e decisões contenciosas que os Estados adotem medidas legislativas e administrativas em conformidade com as normas internacionais, principalmente com as garantias asseguradas na Convenção Americana de Direitos Humanos, sob pena de responsabilização internacional.

Dessa forma, além de ajudar na formação do conceito, os sistemas de proteção universais e regionais dos Direitos Humanos também colaboram na elucidação dos parâmetros procedimentais mínimos que devem ser aplicados ao Direito dos Refugiados, principalmente garantindo o respeito ao devido processo legal, à proteção judicial e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, é imprescindível que os Estados do sistema interamericano adotem a definição ampliada da Declaração de Cartagena para garantir uma ampliação do escopo de proteção. Em segundo lugar, é necessário que assegurem o direito ao contraditório e ampla defesa

prevendo audiências em que os solicitantes possam prestar depoimento pessoal acompanhados por advogados, devendo oferecer assistência legal gratuita e interpretes quando necessário, que eles sejam comunicados de todas as decisões e fases processuais, que a decisão seja devidamente fundamentada e que lhe sejam dados condições e tempo hábil para recorrer a uma segunda instância administrativa e judicial independente.

É preciso também que os procedimentos sejam adaptados em função de necessidades específicas de proteção, como a idade e o gênero. Sendo necessário que no caso de crianças essas sejam consideradas como sujeitos independentes do processo e tenham seu depoimento conduzido por agentes especializados, além da designação de um tutor quando necessário. Já para as mulheres perseguidas por questões de gênero, principalmente as sobreviventes de situações de abuso e traumas, é fundamental que elas possam ser entrevistadas por agentes mulheres treinadas para criar um ambiente de apoio e segurança e que tenham total certeza da confidencialidade da sua solicitação.

O devido processo legal é fundamental para conferir legitimidade e segurança a esses processos, garantindo que os solicitantes sejam tratados como sujeitos de direitos ainda que seu requerimento seja negado pelas autoridades. Nesse sentido, sem as garantias e a proteção judicial o processo de solicitação do status de refugiados se torna uma falácia, já que “*um tratamento processual que permita a todos os indivíduos influenciar igualmente na composição da decisão final e fiscalizar a sua imparcialidade é em si, o objetivo de um Devido Processo para o Refúgio*”²⁴².

Dito isso, resta evidente que o processo para a concessão do *status* de refugiados não repousa inteiramente na discricionariedade dos Estados, encontrando seus limites nos princípios do Direitos Humanos. Ainda existe um longo caminho a se percorrer para que todos os solicitantes recebam um tratamento processual digno e uniforme, sendo fundamental a elaboração de documentos regionais e internacionais que especifiquem de forma objetiva a submissão do Direito dos Refugiados aos parâmetros do Devido Processo Legal, incluindo

²⁴² LEITE, Larissa. Op. cit., p. 326.

orientações sobre o treinamento dos agentes estatais e o fortalecimento dos órgãos responsáveis pela condução do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Diretrizes sobre Proteção Internacional N.01: Perseguição baseada no gênero, no contexto do Artigo 1A (2) da Convenção de 1951 e/ou Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados.** Genebra, 2002.

_____. **An Introduction to International Protection: Protecting Persons of Concern to UNHCR.** Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 2005.

_____. **La protección internacional de refugiados en las Américas.** Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8340.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

_____. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados** de 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 02. abr. 2020.

_____. **Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados** de 1967. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado12.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.

ALMEIDA, G. A. DE. A Lei n. 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 373-383, 2000.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. **Direito Internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952).** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas: sua Gênese no Período Pós-Guerra (1946 – 1952).** 2006. Tese (Doutorado) – Instituto de Relações Internacionais. Doutorado em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

_____. Regionalización y Armonización del Derecho de Refugiados: una perspectiva latino-americana. *In*: ACNUR/IIDH. (Org.). **Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: lecturas seleccionadas.** San Jose: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Alto Comisionado de la ONU para Refugiados, 2001.

ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra. **The American Convention on Human Rights, Essential Rights.** Oxford: Oxford University Press, 2017.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, p. 104-134, maio 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.511-7/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso.** Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347105>. Acesso em: 02 de abr. 2020.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o Processo Criminal brasileiro, ed. anot., atual. e compl. por José Frederico Marques, facsimilar a ed. de 1857**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

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

CARRILLO URQUIDE, J. E. Consideraciones historicas en torno del asilo. **Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**, Cidade do México, ed. 13, t. 1, 1981.

CHETAİL, Vincent. **Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law**. R. Rubio-Marin, **Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Garantias judiciais em estado de emergência (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC n. 8/87, de 06 de outubro de 1987**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>. Acesso em: 03 de jun de 2020.

_____. **Caso Apitz Barbera e outros v Venezuela. Sentença de 05 de agosto de 2008**. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/zotf1x5460eh4cxr?page=1>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. **Caso Blake v Guatemala. Sentença de 24 de janeiro de 1998**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2229caso.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. **Caso do Tribunal Constitucional v Peru**. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Disponível em: <https://Corte IDH.oas.org/annualrep/2001port/capitulo5c.htm>. Acesso em: 03 abr. 2002.

_____. **Caso Baena Ricardo e outros v Panamá. Sentença de 02 de fevereiro de 2001.** Disponível em: <https://nidh.com.br/baena/>. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. **Caso López Álvarez v. Honduras. Sentença de 1º de fevereiro de 2006.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. **Condição Jurídica e Direito dos Migrantes Indocumentados. Opinião Consultiva OC n. 18/03, de 17 de setembro de 2003.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em: 03 de jun de 2020.

_____. **Caso Prisão Miguel Castro-Castro v Peru. Sentença de 25 de novembro de 2006.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/rqtvhocegmt2csor>. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. **Caso Cantoral Humaní y García Santa Cruz v Peru. Sentença de 10 de julho de 2007.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/rjgge4qpn4uz0k9>. Acesso em 04 abr. 2020.

_____. **Caso Barreto Leiva v Venezuela. Sentença de 17 de novembro de 2009.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/khdk1ykcy464unmi?page=1>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. **Caso Barbani Duarte outros v Uruguai. Sentença de 13 de outubro de 2011.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/dx6ry8302kdcmcxr>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. **Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) v Equador. Sentença de 28 de agosto de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/g8bothujqfiggb9>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Sentença de 25 de novembro de 2013.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/oqcd5s88rveipb9>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. **Caso Pacheco Tineo v Bolívia. Resolução de 17 de abril de 2015.** Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/d688m4eftlfskyb9?page=1>. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. **Caso Acosta e outros v. Nicarágua. Sentença de 25 de março de 2017.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corteidh/CASOACOSTAEOUTROSVS.NICARAGUARevisaovf.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. **A Instituição do Asilo e seu Reconhecimento como Direito Humano no Sistema Interamericano de Proteção (Interpretação e alcance dos Artigos 5, 22.7 e 22.8, em relação ao Artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).** Opinião Consultiva OC n. 25/18, de 30 de maio de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf. Acesso em: 14 de jun de 2020.

CORTEZ, Laura Maria Silva; MOREIRA, Thiago Oliveira. A tutela dos direitos humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Cadernos de Direito Actual**, n. 8, p. 439-452, 2018.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tutela processual de direitos humanos fundamentais: inflexões no “Due process of law”**. Lisboa, Portugal: 2013. Tese (Doutorado). Orientador: Paula Costa e Silva. Doutorado em Ciências Jurídicas. Universidade de Lisboa, 2013.

FRANCO, Leonardo; NORIEGA, Jorge Santistevan de. La contribución del procesode Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en AméricaLatina. *In*: ACNUR (UNHCR). **Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados**. San José: Editorama, 2005.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 46, dec. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14975/10027>. Acesso em: 28 de março de 2020.

GILBERTO, Camila Marques. A Relação do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Construção da Definição de Refugiado. [Anais...] V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu – Uruguai: Direito Internacional dos Direitos Humanos II. Florianópolis – SC, 2016.

GONZÁLEZ-MARTÍN, Fernando. **The African Approach to Refugees**. Human Rights Brief. Washington: American Law Review, Volume 2, Number 2, 1994.

GUERRA, Sidney. Asylum in the inter-american system: a sovereign state law or an inherent right of the human person? **Revista Jurídica**, v. 4, n. 57, p. 1 - 22, out. 2019. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3754>. Acesso em: 24 out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i57.3754>.

HATHAWAY, James C; FOSTER, Michelle. **The law of refugee status**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX. 1941-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFFMANN, R. **Refugee Law in the African Context**. Zeitschrift für ausländisches Recht and Völkerrecht, 1992.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo. Método, 2007.

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

_____; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. REMHU. **Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, v. 22, n. 43, p. 11-33, dez. 2014.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentos para a Metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.

LEITE, Larissa. **O Devido Processo Legal para o Refúgio no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. **O devido processo legal substantivo como instrumento de controle da razoabilidade e da proporcionalidade das leis**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Devido Processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Internacional Público: Parte Geral**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Parcelli Dionizio; GARCIA, Ana Beatriz. A imperatividade do non-refoulement e a reconstrução do conceito de cidadania. Publ. UEPG Ciências Sociais Aplicadas, vol. 23, n. 3, p. 253-267, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.apps.uepg.br/index.php/sociais/article/view/7876/5074>. Acesso em: 23 jul. de 2020.

MOORE, R.I. **The formation of a Persecuting Society**. Oxford, Blackwell Publ.1987. OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 10 jun. de 2020.

_____. **Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatuto_cidh.asp. Acesso em: 11 de jun de 2020.

_____. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCORTE.asp>. Acesso em: 13 de jun de 2020.

_____. **Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano (CJI) al cuadragésimo segundo período ordinário de sesiones de la asamblea general, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos**, Washington, D.C., OEA/Ser.G, CP/doc.4695/12, 08 de marzo de 2012.

_____. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível: https://www.oas.org/pt/Corte_IDH/mandato/Basicos/Regulamentocidh2013.pdf. Acesso em: 11 de jun de 2020.

_____. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível: https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 13 de jun de 2020.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Devido processo legal na jurisdição civil**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Brasília-DF.

PAULA, B. V. O Princípio do Non-Refoulement, sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. 7. ed. 2016.

PAULA, Vera de; PRONER, Carol. Convergência e Complementaridade entre as Vertentes de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, vol. 8, fls. 219- 241, 2008.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho; Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In*: RAMOS, André de Carvalho; ALMEIDA, Guilherme Assis de; RODRIGUES, Gilberto (Org.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. 1 ed. São Paulo: CL-A Editora.

RAMOS, Gilberto.; ALMEIDA, Guilherme. **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

RODRIGUES, José Noronha. **A história do direito de asilo no direito internacional. CEEAplA WP Nº18/2006**. Ponta Delgada: Centro de Estudos de Economia aplicada do Atlântico, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal. Due process of law**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. Tratado Sobre Direito Penal Internacional de 1889.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; SILVA JÚNIOR, Eraldo. **A Opinião Consultiva 25 da Corte IDH: o Asilo e o Refúgio na América Latina. Casoteca do NIDH – UFRJ**. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc25> Acesso em 26 de out. de 2020.