XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

VALTER MOURA DO CARMO

JAQUELINE MORETTI QUINTERO

DANIEL RIBEIRO PREVE

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniel Ribeiro Preve; Jaqueline Moretti Quintero; Valter Moura do Carmo.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-640-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, ofereceu, por meio de seu XXIX Congresso Nacional realizado presencialmente entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro na cidade de Balneário Camboriú – Santa Catarina, a externalização e manifestação de trabalhos oriundos de pesquisas relacionadas ao Direito e áreas afins.

Com enfoque na temática "CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES", o evento contou com Grupo de Trabalho (GT) em Direito Internacional dos Direitos Humanos II, coordenado por nós, sendo abordado assuntos relacionados à direitos humanos em tempo de guerra; Tribunal Penal Internacional e direitos humanos; desafios dos migrantes venezuelanos e haitianos na Região no Vale do Rio Itajaí; meio ambiente e sistema interamericano de direitos humanos; transconstitucionalismo e direitos transindividuais; Ministério Público e controle de convencionalidade na proteção dos direitos humanos; direito envolvendo deficientes auditivos como parte do processo de direitos humanos; terceiro setor como instrumento de defesa de direitos humanos; proteção de dados e informações pessoais e a Organização dos Estados Americanos – OEA; direitos dos povos indígenas; concepção humana e suas implicações na ordem jurídica dos efeitos registrais; e direitos humanos e crianças soldado.

Ao todo, foram treze artigos apresentados, ocupados com a pesquisa e desenvolvimento de reflexões e análises sobres os Direitos Humanos e as ações do Direito Internacional e do Direito Doméstico, para preservar e garantir os direitos já alcançados, como também, progredir para ampliar e alcançar um número ainda maior de sujeitos do direito.

A abordagem das temáticas desenvolvidas e os debates correlatos a estas, permitiu o debate e ponderações que foram ao encontro dos interesses e demandas dos assuntos mais atuais relacionados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Eis os trabalhos apresentados:

1. PRINCÍPIOS COMUNS APLICÁVEIS NA PROTEÇÃO DE DADOS E INFORMAÇÕES PESSOAIS NO SISTEMA BRASILEIRO E NO SISTEMA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Autoria de: Eneida Orbage De

Britto Taquary, Catharina Orbage De Britto Taquary Berino e Einstein Lincoln Borges Taquary.

2. DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE GUERRA – ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO. Autoria de: Maria Carolina Negrini, Rodrigo Campos Hasson Sayeg e Diogo Pacheco Gomes.

3. UMA ANÁLISE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Autoria de: Luiz Fernando Kazmierczak, Carla Graia Correia e João Victor Nardo Andreassa.

4. O DESAFIO DO MIGRANTE HAITIANO E VENEZUELANO NA REGIÃO DO VALE DO ITAJAÍ: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ATENDIMENTOS NO PROJETO DE EXTENSÃO NÚCLEO DE APOIO AO MIGRANTE – NAM UNIVALI. Autoria de: Julie Margot Miguel Villar de Sousa e Rafael Padilha dos Santos.

5. O MEIO AMBIENTE E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL INTERNO DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL. Autoria de: Ana Luisa Schmidt Ramos e Alexandre Morais da Rosa.

6. O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPOPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. Autoria de: Adriano Weller Ribeiro e Marisa Rossignoli.

7. PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Autoria de: Luciana Byanca Lopes Pontes.

8. PARIDADE DE TRATAMENTO EM RELAÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO ENVOLVENDO OS DEFICIENTES AUDITIVOS COMO PARTE NO PROCESSO JUDICIAL EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Autoria de: Eli Maciel De Lima.

9. O DIREITO INTERNACIONAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS-SOLDADO. Autoria de: Ainna Vilares Ramos

10. O TERCEIRO SETOR COMO INSTRUMENTO DE DEFESA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS - O CASO DOS REFUGIADOS E DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS. Autoria de: Sérgio Alexandre De Moraes Braga Junior.

11. PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES: SMART CITIES E O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE. Autoria de: Catharina Orbage de Britto Taquary Berino, Eneida Orbage de Britto Taquary e Einstein Lincoln Borges Taquary.

12. AS REFORMAS CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA CONTRIBUÍRAM PARA O FORTALECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS?. Autoria de: Guilherme Masaiti Hirata Yendo, Dionata Luis Holdefer e Alexandre Cesar Toninelo.

13. A MULTIDISCIPLINAR TEMÁTICA NORMATIVA DA CONCEPÇÃO HUMANA E SUAS IMPLICAÇÕES NA ORDEM JURÍDICA DOS EFEITOS REGISTRAIS. Autoria de: Rodrigo Ichikawa Claro Silva, Guilherme Masaiti Hirata Yendo e Alexandre Cesar Toninelo.

Boa leitura!

Prof. Dr. Daniel Ribeiro Preve – UNESC

Profa. Dra. Jaqueline Moretti Quintero – UNIVALI

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UFERSA

O REFÚGIO: UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO E A APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE REFUGE: A CONSTITUTIONAL PROBLEM. THE RESPONSIBILITY OF THE BRAZILIAN STATE AND THE DIRECT APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PANDEMIC TIMES

Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral
Pietro De Jesús Lora Alarcón

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a atuação do estado brasileiro durante a pandemia do COVID-19, no que tange a aplicabilidade direta de direitos fundamentais aos refugiados, em especial aos venezuelanos, que vem enfrentando uma grave crise socioeconômica, política e migratória nos últimos anos, e que com a pandemia se agravou. A partir da diferenciação dos institutos do asilo e do refúgio, tendo em vista o disposto na Constituição Federal e na Lei 9.474 de 1997 em âmbito interno, e em âmbito externo mediante a observância de documentos internacionais como a Convenção de Genebra sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1967 e a Declaração de Cartagena de 1987, o artigo examina as políticas empreendidas pelo Brasil, especialmente a Operação Acolhida, e examina dados concretos fornecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados a fim de se compreender o atendimento aos direitos básicos da população refugiada venezuelana que se encontra em situação de extrema vulnerabilidade se mostrou suficiente, eficaz e efetivo.

Palavras-chave: Refúgio, Constituição, Aplicabilidade direta, Direito fundamentais, Asilo

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the performance of the Brazilian state during COVID-19 pandemic, regarding the direct applicability of fundamental rights to refugees, especially Venezuelans who have faced a socioeconomic, political and migratory crisis in recent years, and that with pandemic got worse. From the differentiation of the institutites of asylum and refugee, with the observance of the Brazialian Constitution and the Law 9.474 of 1997, as well the analyzis of international documents such as the Geneva Convention on the Status of Refugees of 1951, the Convention of the Organization of African Unity of 1967 and the Cartagena Declaration of 1987, the article examines the policies undertaken by Brazil, especially Accepted Operantion and examines concrete data provid by the United Nations High Commissioner for Refugees in order to undertand the fulfillment of the basic rights of the Venezuelan refugee population who are in situation of extreme vulnerability proved to be sufficient, effective and efficient.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Refuge, Constitution, Direct applicability, Fundamental law, Asylum

INTRODUÇÃO

É indubitável que a migração forçada e o refúgio são considerados grandes temas da contemporaneidade, constituindo objeto de conhecimento de variadas áreas do pensar científico. Talvez quando da confecção do Estatuto dos Refugiados, emanado da Organização das Nações Unidas em 1951, a comunidade internacional ainda não tivesse a clara percepção do impacto que o instrumento viria ter na perspectiva de estabelecer parâmetros sólidos de atendimento dos casos mais dramáticos de requerimento de refúgio. E, lamentavelmente, é precisamente o fato de que a lógica da guerra como forma de solução de conflitos continua a ser pensada e agenciada e que a violência que ocasiona sistémicas agressões aos direitos humanos continua a ser praticada, que o refúgio deixou de ser um tema à margem do interesse acadêmico, tornando-se de exame obrigatório nas últimas décadas.

No Brasil, a promulgação da Lei 9.474 em 1997, regulamentadora do Estatuto de 1951, como inclusive já foi reconhecido pelo Alto Comissariado das Nações para Refugiados – ACNUR - é um progresso significativo que colocou ao país numa posição de vanguarda no continente. Entretanto, o que tem se observado é que em lugar de passar a ser uma autêntica política de Estado, as ações em favor dos refugiados dependem das diretrizes de cada governo. Assim, nos períodos governamentais caracterizados pelo empreendimento de políticas para reduzir a desigualdade, estabelecer condições para o desenvolvimento de uma perspectiva de gênero ou combater problemas estruturais como o racismo, existiu um processo crescente e tangível de atenção para os e as refugiadas. Não aconteceu assim quando foram abertas as comportas da excepcionalidade, acompanhadas da redução dos orçamentos da saúde e da educação e de uma tendencia a reduzir o impacto das políticas em favor da efetividade dos direitos humanos.

Em outros casos, como também se verifica em boa parte da sociedade internacional, se manipula e instrumentaliza o refúgio, de maneira a concedê-lo escolhendo a nacionalidade dos refugiados, sob a ideia de que o acolhimento representa o reconhecimento da existência de violações aos direitos no país de origem, tentando-se obter uma vantagem geopolítica.

Sob estas premissas, o presente artigo propõe um olhar constitucional, tentando demonstrar que o tema do refúgio deve ser uma política de Estado, que se vincula a uma política para a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O contexto predeterminado é a recente pandemia e o universo focado os refugiados no Brasil, em

particular os oriundos da Venezuela. As escolhas servem de pano de fundo para colocar em prática uma metodologia analítica ou estrutural focada no texto normativo constitucional, em particular nos deveres do Estado brasileiro. Destarte, aliados a um levantamento bibliográfico sólido podemos ingressar na interpretação de fatos correlacionados ao tema sob perspectiva transformadora, de maneira a não ficar exclusivamente no diagnóstico senão tentar ser propositivos a partir dos problemas detectados.

1. A CONSTITUIÇÃO E A APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento constitucional brasileiro consagra no parágrafo 1º do artigo 5º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Certamente, vale frisar, desde muito antes de 1988 o tema da eficácia e da aplicabilidade do texto normativo constituía um dos temas centrais da dogmática, em particular no terreno desta categoria de direitos.

Em nosso juízo, para avançar ao entendimento do desiderato do constituinte é preciso tratar de alguns aspectos dentro da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Em primeiro lugar, o que se denomina o âmbito de proteção dos direitos fundamentais; o relacionado ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais; logo, o tema da eficácia, efetividade e aplicabilidade dos direitos e, finalmente, o concernente à aplicabilidade direta das normas constitucionais.

Vamos examinar brevemente cada um deles, advertindo que este primeiro capítulo não pretende um esgotamento nem mesmo um exame minucioso destas questões de extrema importância para o direito constitucional. O objetivo é fornecer os subsídios necessários para poder avançar ao campo da aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais expressamente aos refugiados no Brasil, com a consequente verificação da responsabilidade do Estado neste aspecto.

1.1. ÂMBITO DE PROTEÇÃO, EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sem maiores delongas, e na sequência da nossa exposição, cumpre iniciar ressaltando que o denominado âmbito de proteção implica o exame de diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica, da sua dimensão textual e da intenção de amparo nela contida. Este exercício envolve um apurado e constante esforço hermenêutico e bem por isso alguns autores afirmam se tratar daquela *"parcela*

da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se quiser, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental". (MENDES, 2012, p. 34). Nessa ideia, e por outras palavras, o âmbito de proteção se refere à caracterização do bem jurídico protegido e objeto de tutela, que como adverte Ingo Sarlet, nem sempre é tarefa fácil, porque podem existir indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos que contemplam direitos fundamentais e, por outro lado, porque é necessário examinar que todos eles são, de regra, submetidos a limites e suscetíveis de serem restringidos. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 327-328).

Em tal sentido, há várias possibilidades de detectar o âmbito de proteção. Alguns direitos, esclarece Gilmar Mendes, como o direito de propriedade ou o direito de proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo, o que implica que o legislador infraconstitucional estabeleça a amplitude e conformação desses direitos, o que não é, necessariamente, faculdade ilimitada de disposição. (MENDES, 2012, p. 34). Outra é a dimensão do âmbito de proteção dos direitos de igualdade, nas quais a problemática consiste em determinar como em algumas ocasiões o direito exige um tratamento que deve ser idêntico e em outras diverso. Finalmente, em caso de proteção de determinado direito individual, é preciso identificar não só o que está a ser efetivamente protegido, senão também contra qual ou que tipo de agressão ou restrição se outorga a proteção. (MENDES, 2012, p. 35).

A conclusão de Gilmar Mendes é que *"(...) o âmbito de proteção não se confunde com a proteção efetiva e definitiva (...)".* E ainda, que a definição do âmbito de proteção exige uma análise da norma constitucional que garante o direito tendo em vista: *"a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação de possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva".* (MENDES, 2012, p. 34).

Parece-nos que, destarte, fica clara a importância de definir o terreno de resguardo jurídico, que sugere tanto os limites como as possibilidades de restrição. Mas, avancemos ao segundo tópico.

1.2. O TEMA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Em particular este assunto está ligado a dois aspectos correlacionados, porém analisados separadamente. Em primeiro lugar, no campo da Teoria Geral do Direito, as

preocupações se vinculam à vigência e eficácia das normas. Avançando ao Direito Constitucional, tal estudo se entrelaça com a caracterização das chamadas normas autoaplicáveis e às normas não autoaplicáveis, examinadas por vários autores, merecendo um justificado destaque o professor Jose Afonso da Silva, cuja obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* é sem dúvida um clássico na literatura jurídica latino-americana. (SILVA, 2008) Ainda neste primeiro aspecto deve-se considerar a questão da força normativa da Constituição, que nos reporta também à obra clássica de autoria de Konrad Hesse, estudada também com bastante assiduidade no Brasil. (HESSE, 1991).

O segundo aspecto aborda a questão da supremacia constitucional não apenas de um ponto de vista formal, senão a partir da verificação das condições objetivas de concretização das intenções do constituinte. O professor Jose Afonso da Silva denomina ao fenômeno de *eficácia social da norma*, é dizer, sua aplicação no plano dos fatos. Veja-se que aqui o autor nos reporta a uma distinção entre este tipo de eficácia e a *eficácia jurídica da norma*, que significa, *"(...) a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade"*. (SILVA, 2008, p. 55-56).

Para o professor, não é dissociável a eficácia jurídica da aplicabilidade, posto que s eficácia revela uma potencialidade de produção de efeitos. Por sua vez, a aplicabilidade uma realizabilidade. Bem por isso, um texto normativo deve ter condições de se tornar aplicável. A posição é compartida por Sarlet, para quem, *"(...) uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade (...)"* (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 158).

Jose Afonso da Silva distingue as normas segundo sua eficácia, qualificando-as de *plena, contida ou limitada*, dependendo da possibilidade de oferecer condições de aplicabilidade direta e imediata ou de precisar da ação do legislador infraconstitucional para torná-las aplicáveis. No caso das normas de eficácia limitada é imprescindível a interposição legislativa – *interpositivo legislatoris* – nos casos em que o constituinte determine sejam tomadas providencias expressas para a aplicação da norma ou seja preciso dar formatação definitiva a um órgão criado por ele. (SILVA, 2008).

1.3. A APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No caminho que trilhamos, retomando o estabelecido no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição em vigor, parece claro que o pressuposto estabelecido pelo constituinte e que se dirige não apenas a uma eficácia jurídico-formal, mas a uma eficácia social, é que não é preciso *interpositivo legislatoris*, é dizer, texto normativo que sirva de mecanismo para deflagrar a ação dos destinatários dos direitos fundamentais. Pelo contrário, a intenção manifesta consiste em eliminar os obstáculos e empecilhos que impeçam a proteção efetiva e o reconhecimento da fundamentalidade material e formal de cada direito fundamental titularizado.

A intenção constitucional está conectada com as próprias características dos direitos fundamentais. Convêm apontar que estamos diante de uma certa categoria de direitos identificáveis por um conjunto de características que lhes são próprias. Nesse plano, há de se ressaltar a *fundamentalidade formal e material* de tais direitos. (ROTHENBURG, 2014, p. 03).

Com efeito, a fundamentalidade formal se refere à maneira do constituinte designar aqueles direitos que considera merecedores de tratamento singular, aquele reservado aos direitos fundamentais, lhes outorgando inclusive um segmento especial dentro do panorama normativo e ainda, um certo *status*. Assim, no Brasil o constituinte de 1988 tratou em particular dos direitos fundamentais no Título II, sem prejuízo de que outros sejam, pela ótica da substancialidade, como logo se verá, igualmente considerados fundamentais, ainda que expostos em outros Títulos ou Capítulos. O *status* dos direitos decorre do fato de serem ainda *cláusula pétrea*, nos termos do artigo 60, §4º, inc, IV. [1]

A fundamentalidade substancial ou material sugere que estes direitos estão diretamente atrelados a um conjunto de premissas valorativas e finalísticas – fundamento axiológico e teleológico dos direitos fundamentais – que lhes concedem dentro do sistema um caráter normativo altamente expressivo em termos éticos, de compreensão do sistema e de interesse da sociedade e do Estado. Derivam diretamente da dignidade da pessoa humana como autêntico fator de pré compreensão da ordem normativa destinada a embasar a conquista do bem-estar e a felicidade para todos e todas.

Por esta via, por um lado se detectam finalidades concretas que servem de parâmetro para ações estatais ligadas aos três pilares básicos do Estado de Direito: a

[1] Cumpre afirmar que em nosso critério, em interpretação histórica e teleológica, todos os direitos fundamentais e não apenas aqueles que em intepretação literal são considerados *individuais*, são cláusula pétrea.

legalidade, a igualdade e o acesso à justiça. Por outro lado, se fornece um sentido concreto à morfologia estatal. É dizer, todo o aparelhamento derivado da separação de funções, dos princípios federativo, democrático e republicano, passam a ter sentido se ligados à proteção dos direitos fundamentais.

Deste caráter não só se desprende a pretensão de universalidade, mas também se justifica todo o esforço da comunidade internacional destinado a promover a incorporação destes direitos ao arcabouço interno de cada Estado a través das cláusulas de abertura. No caso do Brasil a cláusula se encontra no § 2º do artigo 5º. Assim, a característica da aplicabilidade imediata destes direitos decorre, precisamente, da envergadura e abrangência, tanto em termos sistémico constitucionais quanto pela sua projeção à coletividade, em ordem a uma transformação da realidade conforme a visão do legislador constituinte. Destarte, a aplicabilidade impõe, reitere-se, a remoção das dificuldades de concretização dos direitos.

Nesse campo, cumpre reconhecer a tensão dialética, reconhecida por autores como Konrad Hesse, entre o texto normativo e a realidade. Com efeito, para (HESSE, 1991, p. 10-11):

> "(...)considerada em suas consequências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da condição jurídica, isto é, a coincidência da realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção de Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma relação de conflito; a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real"

É precisamente o que se pretende resolver com a premissa da aplicabilidade direta, isto é, atingir, na prática, a pretensão da máxima efetividade e mínima restrição dos direitos fundamentais. Isso significa reconhecer que no plano da interpretação do âmbito e abrangência do direito, a aplicação dos métodos de hermenêutica constitucional, a solução de um problema jurídico constitucional exige um itinerário intelectivo disposto a transformação da realidade em benefício da efetividade de cada direito titularizado por cada pessoa, em atenção a valores e fins predeterminados pelo constituinte.

É claro que a realidade oferece não poucos obstáculos, como as relações de poder dominantes, a violência estrutural contra minorias e grupos vulneráveis, o patrimonialismo, o déficit deliberativo e participativo, as desigualdades regionais, dentre tantas outras. Cumpre ao intérprete, caso a caso, estabelecer os critérios de aproximação

do desiderato constitucional a cada realidade e vice-versa, de forma a estabelecer os mecanismos que permitam a maior efetividade do direito possível. Obviamente, isto nos coloca perante as técnicas de decisão vinculadas ao controle de constitucionalidade e sua projeção à efetividade dos direitos.

No referente aos direitos sociais, que constituem um dever do Estado nos termos da Constituição de 1988, a questão é especialmente sensível quando se atravessaram etapas de extrema gravidade sanitária que atingiram em cheio à sociedade, e com maior intensidade aos grupos mais vulneráveis, impossibilitados por causas diversas, como as econômicas ou geográficas, de aceder a um tratamento imediato. Sobre o ponto, a opinião de Andreas Krell merece atenção:

> "É obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática de cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade (Helmut Willke). Dessa maneira, os Direitos Fundamentais da primeira geração foram tomados como fontes de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado.". (KRELL, 2000, p. 55).

É com estas premissas e subsídios jurídicos que nos encaminharemos para a análise do instituto do refúgio no Brasil, tentando ao final identificar a responsabilidade do Estado na aplicabilidade direta do direito fundamental à saúde durante a pandemia.

2. O FENÔMENO DO REFÚGIO E SEU TRATAMENTO NO BRASIL

2.1 Visão Geral sobre o Instituto do Refúgio e suas Diferenças com o Asilo

As migrações forçadas constituem um fenômeno oriundo das inseguranças ocasionadas pela inefetividade dos direitos humanos e da ausência de um plano concreto de atendimento a gravíssimas situações que afetam a vida e a liberdade, ligadas àquelas que impossibilitam a satisfação das necessidades mínimas das pessoas.

De maneira geral a migração é a movimentação de pessoas entre fronteiras administrativas ou territoriais, que implicam em mudança de residência em caráter temporário ou permanente. É preciso, entretanto, diferençar os migrantes voluntários, que se deslocam por razões que não constituem mecanismos de pressão condensadores de ameaças ou perseguições, das migrações involuntárias ou forçadas, nas quais existem tais razões como eixos determinantes e motivadores do deslocamento.

Veja-se que aqui há algo que em sentido jurídico é preciso diferenciar. Sabemos que no Brasil, por exemplo, às pessoas lhes é reconhecido o direito fundamental de locomoção no inciso XV do artigo 5º da CF. Existe, portanto, uma liberdade fundamental com um âmbito jurídico determinado, que somente pode ser restringido através de medidas excepcionais estabelecidas pelo próprio constituinte, como quando se determina por autoridade competente que as pessoas não podem se trasladar de um lugar a outro em virtude de uma alteração da ordem pública, como acontece durante uma epidemia e é facultada a decretação de estado de calamidade pública.

Também, na Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948, no seu artigo 13, se determina que: 1. *"Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar"*.

Observe-se que no conteúdo jurídico da liberdade de locomoção como autêntico direito fundamental se distinguem o deslocamento inicial, o direito de permanecer e retornar. A restrições no campo internacional se originam pela necessidade de estabelecer os mecanismos de controle sanitário, de segurança ante o crime organizado, de proteção de outros direitos fundamentais, que em um juízo de razoabilidade nos parecem adequadas guardadas as proporcionalidades que em cada caso comporte o exame dos seus custos e seus benefícios, sempre atendendo ao interesse público.

No caso da migração voluntária a pessoa escolhe sair do país de origem e continua com inteira liberdade para voltar a ele, a diferença do migrante forçado, que abandona seu país por razões de perseguição, sistemáticas violações aos direitos humanos, conflitos militares de alta intensidade, fome, desastres ambientais, entre outros fatores e que dificilmente tem condições de retornar.

Pois bem, parece-nos interessante, ainda que existe já muita literatura sobre o ponto, lembrar que foi com o surgimento da Sociedade das Nações em 1919 que se deu início aos debates sobre o tratamento aos refugiados, especialmente pelo impacto da saída compulsória de pessoas afetadas pelas mudanças ocasionadas pela Revolução Russa, em 1917, bem como pela saída de pessoas de maneira forçada dos territórios do antigo Império Otomano. O exemplo soviético, que representava o triunfo do socialismo naquele país, impunha uma nova orientação geopolítica, que obrigava a tomar medidas concretas para facilitar a acolhida das pessoas. (BORGUS E SILVA, 2017, p. 29-30).

Como relata Carvalho Ramos, em 1921, essa organização autorizou a criação do Alto Comissariado para Refugiados Russos, nomeando-se ao norueguês Fridtjof Nansen.

Em 1924 o mandato do Alto Comissariado foi estendido aos armênios e em 1928 para atender a "outras categorias de refugiados", como os sírios e os curdos. Em 1931 foi instituído o Escritório Internacional Nansen para Refugiados e em 1933 decidida a criação de um Alto Comissário para atender a situação dos judeus na Alemanha. (CARVALHO RAMOS, 2019, p. 80-81).

Contudo, a proteção dos refugiados no terreno internacional foi consolidada a partir da positivação que trouxe a promulgação da Convenção de Genebra de 1951 que dispunha em seu artigo 1º, 2 que se considera refugiada a pessoa (...)

> 2) 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, se encontra 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 e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele**.**

A seguir, outros instrumentos internacionais ajudaram a sedimentar conceitos e trazer novas caracterizações, que ampliaram o conteúdo e abrangência da proteção, como o Protocolo de 1967 e a Convenção da Organização da Unidade Africana. Esta última trouxe à tona a questão dos deslocados internos e externos, alargando o conceito de deslocamento forçado. Igualmente, a Declaração de Cartagena, de 1984, no caso da América Latina, reiterou que:

> "(...) face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública".

Veja-se que a ampliação conceitual possibilitou distinguir os institutos de asilo e refúgio, muito embora seja relativamente comum que especialmente na Europa a doutrina os entenda com idêntico conteúdo. Dessarte, para Luiz Paulo Barreto, as diferenças resultam do desenvolvimento histórico, que explicam uma concepção

tradicional do asilo como proteção preventiva e oferecida exclusivamente a pessoas perseguidas por razões políticas, ideológicas, filosóficas, religiosas ou étnico-raciais devido ao temor de que essas pessoas venham a sofrer violações ao direito de liberdade, integridade física e moral. (BARRETO, 2006: s.p.).

Destarte, o traço de "individualidade" se tornou signo característico do instituto, nas suas modalidades territorial, diplomática e militar. O territorial se configura quando o solicitante cruza a fronteira do país em que teve seus direitos violados; o diplomático é concedido ao adentrar em embaixada ou missão diplomática e é regularmente temporário; o militar é prestado a bordo de aeronaves militares, navios de guerra e acampamentos de ocupação militar em território estrangeiro.

Entretanto, o conceito jurídico de asilo se apresenta nos seus contornos mais definidos na América Latina. Com efeito, o percurso subcontinental se origina com o Tratado de Direito Penal Internacional de Montevidéu de 1889, que dedica todo um capítulo ao tema. Logo outras convenções como a Convenção sobre Asilo, assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana, em 1928 e a Convenção sobre Asilo Diplomático, - X Conferência Interamericana de Caracas, realizada em 1954 – complementaram a confeição do instituto como de caráter político, com um enfoque próprio e de conveniência recíproca entre os Estados dentro do contexto das instáveis democracias e sistemas políticos de América Latina. (BARRETO, 2006, s.p.).

Com fundamento em um comparativo de génese e desenvolvimento, a diferença à qual se chega é o instituto do asilo emana de um ato do Estado, que depende de seu posicionamento diante da situação política de outro Estado, reportando-se a um ato de soberania que não deve explicações - em função, precisamente, da autodeterminação de cada um deles - a nenhuma outra entidade, dirigindo-se em incidindo em particular sobre uma pessoa ou pessoas individualizadas. O refúgio, pelo contrário, nasce tendo um propósito vinculado à necessidade de acolher grupos de pessoas assediadas, perseguidas ou ameaçadas por grandes conflitos, que se movimentam em autênticos êxodos humanos. As considerações políticas existem, estas nunca deixam de ser determinantes, porém atuam em escala muito menor no caso do refúgio, havendo um desenvolvimento organizacional e documentos emanados da ONU que lhe outorgam disciplina específica dentro do marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Vale notar também que, no caso do asilo com regularidade a perseguição já existe, efetiva e evidente. No refúgio basta o fundado temor de perseguição. E se no caso do asilo a migração é forçada, não raro as pessoas escolhem o país de acolhida. No

refúgio, tal possibilidade é extremamente limitada pelas circunstâncias, que costumam ser de extrema vulnerabilidade.

2.2. O TRATAMENTO DO REFÚGIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O campo das relações internacionais transversaliza o texto da Carta de 1988, encontrando-se um conjunto de dispositivos orientados ao relacionamento internacional nos seus mais variados campos. Para efeitos da nossa exposição, respeitando os limites impostos pela concisão e a brevidade, concederemos especial atenção à maneira como a Carta se dispõe à proteção de toda e qualquer pessoa localizada no território brasileiro.

Com efeito, a interpretação sistemática, que comporta examinar a Carta na sua unidade, parte do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, III. A seguir estabelece no artigo 4º, um conjunto de princípios que orientam as relações internacionais, dentre as quais a prevalência dos direitos humanos – inciso II -; a rejeição ao racismo e ao terrorismo, - inciso VIII -; e a concessão de asilo político. Desde logo, também importa mencionar à maneira como o constituinte estabelece a cláusula de abertura no artigo 5º, § 2º, a outros direitos fundamentais decorrentes de tratados ou convenções internacionais assinados e introduzidos no ordenamento jurídico. Logo, § 3º do mesmo artigo, introduzido pela EC 45 de 2004, prevê que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos devem ser aprovados pelo Congresso Nacional por duas votações em cada Casa, tendo em vista o quórum de 3/5 dos votos de seus respectivos membros. Sob esta condição, o tratado se equipara a uma emenda constitucional, espécie normativa destinada a modificar o texto maior.

Cumpre lembrar que o Supremo Tribunal Federal – STF - no julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 466.343-1, entendeu que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos que tenham sido recepcionados pela Constituição antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 terão *status* de supralegalidade ou infraconstitucionalidade. A Corte ratificou este entendimento em decisão do ano 2009.

> Supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [MI 772 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, *DJE* de 20-3-2009.]

Veja-se como, quanto á aplicabilidade direta, o STF também reconheceu esta qualidade dos direitos fundamentais. A decisão na Extradição 986, merece consideração:

> "Extradição e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. Constituição do Brasil, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele país. Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. [Ext 986, rel. min. Eros Grau, j. 15-8-2007, P, *DJ* de 5-10-2007.]

Em nível infraconstitucional, a Lei 9474 de 1997 introduz em solo brasileiro do Estatuto do Refugiado de 1951. Seu texto dispõe no seu artigo 1º que *"Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país*".

A Lei aborda a condição de *status* do refugiado como questão de reconhecimento, que está precedida pela expressão "será", considerando-se uma espécie de dever jurídico quando demostradas as exigências legais. Pedir refúgio e ser reconhecido como refugiado por um país é um direito subjetivo. Portanto a Convenção da ONU de 1951 foi recepcionada pela CF como norma de direito fundamental, nos termos do artigo 5º § 2º da CF. Assim, o STF decidiu sobre a Lei 9474 que:

> A comunidade internacional, em 28-7-1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do direito das gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos povos e das nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado – vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância – o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos.

[Ext 783 QO-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, red. do ac. Min. Ellen Gracie, Voto do Min. Celso de Mello, j. 28-11- 2001, P, *DJ* de 14-11-2003.]

Pois bem, a Lei 9.474, que em seu artigo 1º também inclui os apátridas e pessoas que sofreram grave e generalizada violação de direitos humanos, estende a proteção no artigo 2º aos familiares que dependam economicamente do refugiado, como cônjuge, ascendentes e descendentes e outros membros do grupo familiar. E ainda, nos artigos 36 e 37 consagra o princípio do *non-refoulement* que proíbe o país acolhedor de deportar o solicitante de refúgio para o país em que ele tenha a vida, integridade física ou liberdade ameaçadas.

O CONARE, Comitê Nacional para os Refugiados, foi outra importante criação no artigo 11 da Lei, como órgão competente para analisar, deliberar, conceder ou negar a condição de refugiado ao solicitante. Igualmente, os artigos 17 a 20, simplificaram a solicitação do *status* de refugiado, permitindo a qualquer pessoa realiza-la apresentando-se à autoridade competente (Polícia Federal). O ACNUR será notificado e pode oferecer sugestões que facilitem o procedimento. Após o recebimento do pedido, o solicitante e sua família receberão autorização de residência até o fim do processo, sendo possível a emissão de carteira de trabalho provisória e laborar nesse período, conforme o art. 21§ 1º.

A decisão que reconhece o *status* deverá ser fundamentada. O CONARE notificará o solicitante e a Polícia Federal para as medidas de registro definitivo do solicitante e emissão de cédula de identidade (arts. 26 a 28 da Lei). Da decisão que negar refúgio caberá recurso para o Min. da Justiça, sendo permitido ao solicitante e seus familiares permanecerem no Brasil durante o período. Em caso de indeferimento não cabem medidas administrativas, porém o solicitante e seus familiares não deverão ser transferidos para o país em que sofreram violações.

O *status* de refugiado é condição temporária e cessará quando o refugiado voltar a gozar das proteções oferecidas pelo seu país de origem; recuperar voluntariamente sua nacionalidade; adquirir nova nacionalidade e gozar de proteção; regressar para o país de que é nacional, pois cessaram as circunstâncias violadoras, hipóteses elencadas no art. 38.

A condição de refugiado pode ser perdida por renúncia, falsidade documental, ameaça à segurança nacional ou a ordem pública, ou abandono do território brasileiro sem autorização prévia do governo, conforme dispõe o artigo 39 da Lei 9474 de 1997.

3. A RESPONSABILIDADE ESTATAL PARA COM OS REFUGIADOS DURANTE A PANDEMIA

A pandemia ocasionada pela COVID-19 estabeleceu novos padrões sanitários e impactou diretamente na circulação de pessoas nacional e internacionalmente. Cada Estado, soberanamente, institui uma legislação própria de restrição ao âmbito jurídico de proteção do direito de locomoção, fundada na nacionalidade e no resguardo rigoroso no sistema de quarentena. Na comunidade internacional, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 11.03.2020, modificou o estágio classificatório da doença pela sua gravidade e rápida disseminação geográfica. (OMS: s.p.). No Brasil, um arcabouço de medidas jurídicas estabeleceu critérios restritivos à locomoção, levando-se em conta a nacionalidade, país de procedência ou meio de transporte (aéreo, viário ou hidroviário).

Vamos nos concentrar, presentemente, nas discriminações negativas ocasionadas no processo de redução do âmbito de amparo da liberdade de locomoção que impactaram o atendimento e proteção dos refugiados, focando especialmente nos refugiados venezuelanos.

Assim, a Portaria 120 de março de 2020 determinou que o ingresso fora das condições previstas implicaria "*a deportação imediata do agente infrator e a inabilitação do pedido de refúgio".* Em nosso juízo, a determinação violou o princípio do *non-refolument.* É compreensível que a Defensoria Pública da União -DPU- e outras instituições recomendassem ao Min. da Justiça, ao Min. da Saúde, ao Min. de Infraestrutura e à Casa Civil, a modificação do texto por inconstitucionalidade e legalidade da expressão *"inabilitação de pedido de refúgio"*. A recomendação não surtiu efeito e a DPU ajuizou ação civil pública na Justiça Federal do RS, sustentando que a Res. nº 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos -CIDH- dispõe que a condição de refugiado deve ser respeitada independentemente da forma de ingresso e apesar da emergência sanitária e que, e, igual sentido, a OMS instava o fornecimento de tratamento de saúde aos migrantes e refugiados e a vedação da deportação. A DPU questionou o critério discriminatório aplicado a não brasileiros procedentes da Venezuela.

Em resposta a União sustentou o argumento, ao final acolhido, da incompetência da Justiça Federal do RS para processar a ação. Com a ausência de recurso da DPU, e sem a Procuradoria Geral da República atenta ao tema, a consequência imediata foi o fechamento das fronteiras, uma restrição temporária e excepcional a entrada de estrangeiros no Brasil que somente não se aplicou a nacionais residentes no exterior.

Também, o Brasil editou Portarias Interministeriais – P. Inter. - de restrição à entrada de estrangeiros no país admitindo excepcionalmente os casos de necessidade de

atendimento a passageiros em trânsito; situação familiar (parentes no Brasil); pessoas a serviço de missão estrangeira ou organismo internacional; residência no Brasil e questões de interesse público. Em tal sentido, a P. Inter. nº 158 de março de 2020 restringiu a entrada de não brasileiros advindos da Venezuela por via terrestre ou rodovias, pelo prazo de 30 dias, salvo naquelas exceções, porém negou acesso ao território brasileiro ao não nacional com residência permanente no Brasil, em nova medida discriminatória contra a população venezuelana.

Em abril de 2020, a Portaria 204 revogou a de número 158, mas novamente, em maio, a Portaria nº 255 voltou a dispensar tratamento discriminatório aos venezuelanos, no § 4º do seu artigo 5º, estabelecendo que as exceções não lhes eram aplicáveis. A Portaria, previu sanções ao descumprimento das determinações nela estabelecidas, como responsabilização civil, penal e administrativa; repatriação ou deportação imediata e inabilitação de pedido de refúgio, contrariando a Constituição Federal, a Lei 9474 de 1997 e convenções internacionais de direitos humanos., especialmente o postulado do *non-refoulement.* Vale apontar que a Corte Interamericana entende que este princípio é direito de todo e qualquer estrangeiro e obrigação dos estados em caráter *erga omnes* quando tiverem sua vida, liberdade e integridade física ameaçadas.

Além disso, a Lei 13.455 de 2017 – Lei de Migrações – consagra no artigo 3º o princípio da acolhida humanitária, em consonância com a Convenção de Genebra e a Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948. A recomendação para o controle de ingressos no território é a testagem e posterior isolamento de pessoas pelo prazo de 14 dias, procedendo-se à testagem novamente após o término do prazo. No atual estágio, ainda é pertinente a exigência de apresentação de comprovante de vacinação para os estrangeiros e incluso nacionais que desejam ingressar no país depois de permanecer um tempo no exterior.

3.1. DADOS IMPORTANTES PARA COMPREENDER A CRISE SANITÁRIA

Com a crise sanitária o Sistema Único de Saúde – SUS – foi o mecanismo mais efetivo para efetivar o direito de acesso universal à saúde. A perspectiva de uma vacinação rápida e eficiente, especialmente para grupos sensíveis e por critérios etários, sem discriminações negativas foi entorpecida pela ausência de um plano nacional de controle efetivo da crise e a falta de compreensão e vontade política de efetivar as cláusulas do federalismo cooperativo, conforme, incluso, declarado pelo STF em decisões paradigmáticas como na ADI 6363, Rel. min. R. Lewandowsky e a ACO 3121, Rel. min.

Rosa Weber. O saldo de 600 mil mortes por COVID no Brasil, em dados de outubro de 2022, demonstra a incompetência e falta de coerência e descumprimento das intenções constitucionais, especialmente pelo Executivo Federal.

Nestas circunstâncias, além da ausência de aplicabilidade imediata do postulado da saúde como direito social estampado nos artigos 6º e 196 da Carta de 1988, resultou inaplicável o postulado da igualdade porque, com efeito, a exacerbação da pobreza e a latente diferença de desenvolvimento de um Brasil de regiões, deixaram mais vulneráveis àqueles distantes dos grandes centros de atenção à saúde. Como se sabe, as pessoas não são iguais nem vivem sob iguais condições. Se "Por equidade entende-se tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior"[2], a questão no Brasil se pautou pelo contrário.

No que tange à integralidade de ações, o SUS considera o coletivo, porém, para tanto é essencial a integração de ações, "incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação". O princípio da integralidade pressupõe a "articulação da saúde com outras políticas públicas para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas" que tenham efetiva repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos. [3] Assim, a Lei nº 8.080 de 19.09.90, com as diretrizes do sistema, estabelece que a gestão do SUS seja fundamentada na distribuição de competências entre a União, os estados e os municípios, cabendo às três esferas de governo, de maneira conjunta, definir mecanismos de controle e avaliação dos serviços de saúde, monitorar o nível de saúde da população, gerenciar e aplicar os recursos orçamentários e financeiros, definir políticas de recursos humanos, realizar o planejamento de curto e médio prazo e promover a articulação de políticas de saúde, entre outras ações. Novamente, federalismo cooperativo, que não foi atendido.

3.2. AS (IN) AÇÕES ESTATAIS E A QUESTÃO VENEZUELA

Desde 2015 o fluxo migratório de venezuelanos na fronteira entre Brasil (Pacaraíma) e Venezuela (Santa Elena do Uairém) se intensificou. Cerca de 700 mil pessoas venezuelanos ingressaram, das quais aproximadamente 350 mil residem hoje no país. (ACNUR, 2022, p. 24-25). No 2016 o governo brasileiro tentou uma deportação coletiva de 450 venezuelanos que residiam nos arredores de Boa Vista, RR. A ação restou infrutífera em razão da intervenção da DPU. Iniciaram-se, na época, as tratativas

[2] Princípio da Equidade. Ministério da Saúde.
[3] Princípio da Integralidade. Ministério da Saúde.

governamentais em parceira com a sociedade civil para auxiliar essas pessoas. (ACNUR, 2022, p. 31). \com a parceira várias ações em apoio aos refugiados e migrantes foram desenvolvidas, como a criação do primeiro abrigo em Pintolândia, RR, para atender a indígenas venezuelanos da etnia Warao. Entretanto, dada as vulnerabilidades enfrentadas pelos povos originários, à época os esforços se mostravam insuficientes. (ACNUR, 2022, p. 31).

Com a intensificação do fluxo migratório, a ACNUR declarou em 2017 que a situação de Pacaraíma configurava uma emergência de nível 1, isto é, carência de recursos e pessoas capazes de planejar ações de resposta à emergência. Os pedidos de refúgio - cerca de 185 por mês a começos de 2017 - atingiram a média mensal de 1.000 entre março e junho, e entre julho e outubro de 2.500 solicitações. (ACNUR, 2022, Pp. 31- 33). Solucionar a situação requereu apoio de voluntários e a simplificação do protocolo, um acerto da nova Lei de Migração, pela dispensa de documentos aos quais os solicitantes não tinham acesso em razão da condição em que saíram do país. Dado o aumento da tensão na Venezuela, com escassez de produtos básicos e continuidade do fluxo para o Brasil, a ACNUR resolveu estabelecer um escritório dentro da Universidade Federal de Roraima, em Boa Vista.

Diante desse cenário, surgiu a Operação Acolhida, alternativa estatal que vinculou a sociedade civil e setores privados para prestar atendimento emergencial aos solicitantes se refúgio venezuelanos. (ACNUR, 2022, p. 46) e cujos pilares são: a) o ordenamento de fronteira e documentação, que consiste na recepção e acolhimento de refugiados e imigrantes venezuelanos e de outras nacionalidades, com a identificação dessa pessoas e emissão de cartão SUS e aplicação de vacinas, carteira de trabalho; b) abrigamento e assistência humanitária, que visa fornecer abrigos temporários para as pessoas e alimentos, itens de higiene, desenvolvimento de atividades, a fim de se garantir um tratamento digno e humanitário a essas pessoas em situação de vulnerabilidade; c) interiorização, é a realocação de pessoas venezuelanos de forma voluntária para outros estados, possuindo quatro modalidades que serão detalhadas a seguir.

A primeira modalidade de interiorização é o institucional, em que as pessoas são transferidas de um abrigo em Roraima para um centro de acolhida e integração em outro Estado, sendo acompanhadas por um a três meses e a transferência financiada pelo ACNUR. (ACNUR, 2022, p. 57). A segunda é a reunificação familiar em que se garante o reagrupamento de membro de um mesmo grupo familiar. A terceira é a reunião social, com o compromisso da pessoa que já foi interiorizada de se responsabilizar pelo

acolhimento dessa pessoa. E por fim, a Vaga de Emprego Sinalizada – VES, em que há uma intermediação para a inserção da pessoa venezuelana no mercado de trabalho em outra cidade, nessa modalidade o ACNUR presta auxílio financeiro ao interiorizado até que ele tenha recebido o primeiro salário.

O plano de interiorização funcionou até março de 2020 quando 14.110 pessoas venezuelanas haviam sido interiorizadas, (ESTRATÉGIA, 2022, p. 01). Entretanto, a pandemia gerou vários impactos nas atividades desenvolvidas, como a restrição temporária do fluxo de pessoas por questões sanitárias. Porém, para os venezuelanos a restrição permaneceu até junho de 2021, ainda que muitos continuaram a ingressar no Brasil sem que fosse possível a regularização com o risco de deportação. Destarte, a velocidade do contágio, a ausência da vacina e o alto número de óbitos nos abrigos exigiram protocolos sanitários mais rígidos e readequação de espaços. Somente em 2021 as vacinas chegaram à população. (ACNUR, 2022, Pp. 80- 81).

CONCLUSÕES

A garantia dos direitos dos refugiados durante a pandemia foi diversas vezes violada, com o fechamento das fronteiras por questões sanitárias, tentativas de deportação dos venezuelanos, que em razão da pandemia não conseguiam regularizar seu *status* migratório. Tais medidas infringem o princípio do *non-refoulement* que proíbe a deportação dos solicitantes de refúgio ao país em que sofreu ou possa vir a sofrer violações de direitos humanos.

A Operação Acolhida é fundamental para a efetivação de um tratamento digno aos refugiados. A parceria entre o Estado, o ACNUR e a sociedade civil, foi fundamental para atender cerca de 40 mil venezuelanos, promovendo medidas que resguardem e informem os direitos de locomoção e saúde, especialmente o direito à vacina.

A VES, hoje representa apenas 10% dos casos de interiorização. (ESTRATÉGIA, 2022, p. 01). Uma expansão dessa modalidade através do diálogo com municípios, empresas privadas e a academia, seria fundamental para expansão desse projeto. Há de se observar que a escolaridade das pessoas venezuelanas que ingressam no Brasil é igual ou superior a dos brasileiros, o que possibilita a implementação da interiorização através da VES.

A violação ao princípio do *non-refoulement* com as portarias 120, 158 e 255 que previam a deportação e inabilitação do processo de refúgio, foram medidas

completamente arbitrárias, inconstitucionais e contrárias os princípios do direito internacional.

Ainda há muito o que ser feito pelo Brasil no que tange a efetivação dos direitos dos refugiados, e não só em relação aos venezuelanos. A pandemia impactou diretamente nas atividades desenvolvidas pelo ACNUR, de modo que através dos esforços de várias parceiras da entidade civil foi possível a manutenção de alguns projetos, entretanto, outros foram suspensos e a retomada das atividades tem sido gradual e lenta.

Assim, o envolvimento da sociedade civil e da academia se mostra fundamental para que novos projetos possam surgir e os projetos antigos se consolidem, é através do diálogo entre os diversos atores que podemos oferecer mais serviços, capacitações profissionais, e mecanismos de acesso a educação, saúde e direitos básicos a essas pessoas em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ACNUR Brasil: **antes e depois da operação acolhida : uma análise à luz do deslocamento forçado no Brasil (2017-2022)** / [Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados] ; texto João Carlos Jarochinski Silva. -- Brasília, DF : Agência da ONU para Refugiados - ACNUR, 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atua**l / Zygmunt Bauman; tradução Plínio Dentzien. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
_____**Vidas desperdiçadas**/Zygmunt Bauman; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen. **Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19** / Rosana Baeninger; Luís Renato Vedovato; Shailen Nandy (Coordenadores); Catarina von Zuben; Luís Felipe Magalhães; Paolo Parise; Natália Demétrio; Jóice Domeniconi (Organizadores). – Campinas: Núcleo de Estudos de População "Elza Berquó" – Nepo/Unicamp, 2020. 636p.

BARRETO, Luiz Paulo F. Teles. **Das diferenças entre os institutos do asilo e do refúgio.** Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2006. Disponível em https://www.migrante.org.br/refugiados-e-refugiadas/das-diferencas-entre-os-institutos-juridicos-do-asilo-e-do-refugio/. Acesso em 11 de outubro de 2022.

BORGUS, Lucia Maria Machado; SILVA, João Carlos Jarochinski. **Fluxos Migratório Contemporâneo: condicionantes políticos e perspectivas históricas. In Cierco, Teresa Fluxos Migratórios e Refugiados na atualidade.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2017. Página 29-30.

CARVALHO RAMOS, André. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** São Paulo: Saraiva. 2019.

CARVALHO RAMOS, André e LEITE, Larissa. **Devido processo legal como garantia essencial ao direito dos refugiados. *In* 70 Anos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.** RODRIGUES, Gilberto M.A. *et al*, Brasília: ACNUR. Brasil. 2021.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M., Imigração e Refúgio no Brasil. **Relatório Anual 2020.** Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2020.

ESTRATÉGIA de Interiorização. **Ministério da Cidadania.** Dados atualizados até agosto de 2022. 2 páginas. Acesso em 14 de outubro de 2022. Disponível em: http://aplicacoes.mds.gov.br/snas/painel-interiorizacao/

HESSE, Konrad. **A força normativa da |Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Fabris Editor. 1991.

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos In Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito.** Nº 10. Recife: UFPE. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva. 2012.

NOGUEIRA, A. I., & Krohling, A. (2018). **As limitações do instituto do refúgio na convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 e no protocolo de 1967.** *Revista Direitos Humanos E Democracia*, *6*(12), 248–263. Acesso em 10 de outubro de 2022. Disponível em: https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.12.248-263

ORGANIZAÇÃO mundial da saúde declara pandemia do novo corona vírus.: mudança de classificação obriga países a tomar medidas preventivas. **UNA-SUS.** 2020. Disponível em: https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus Acesso em 11 de outubro de 2022.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados : (1951-2021) perspectivas de futuro** / Organizadores: André de Carvalho Ramos; Gilberto M. A. Rodrigues; Guilherme Assis de Almeida – Brasilía: ACNUR Brasil, 2021.

ROCHA, João Carlos de Carvalho, FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques, COZZETTA, Ubiratan. (Coords.) **– Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei 9.474 de 22 de julho de 1997).** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método. 2014.
SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT. 2012.