

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

ITALO ROBERTO FUHRMANN

***STANDARDS INTERNACIONAIS DO DIREITO MIGRATÓRIO EM MATÉRIA DE REFÚGIO:
ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ALEMANHA NO ÂMBITO DOS SISTEMAS
REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS***

Porto Alegre
2024

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 1 – Térreo
Porto Alegre – RS – Brasil
Fone: (51) 3320-3513
E-mail: propesq@pucrs.br
Site: www.pucrs.br

ITALO ROBERTO FUHRMANN

Standards Internacionais do Direito Migratório em Matéria de Refúgio:

Estudo Comparativo entre Brasil e Alemanha no Âmbito dos
Sistemas Regionais de Direitos Humanos

Tese apresentada como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado, pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Professora Orientadora: Profa. Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

Porto Alegre/RS, 2024

ITALO ROBERTO FUHRMANN

Standards Internacionais do Direito Migratório em Matéria de Refúgio:

Estudo Comparativo entre Brasil e Alemanha no Âmbito dos
Sistemas Regionais de Direitos Humanos

Tese apresentada como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado, pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Aprovação em: 27 de março de 2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto

Profª. Dra. Ana Maria D'Ávila Lopes

Profª. Dra. Mônia Hennig Leal

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon

AGRADECIMENTOS

A Deus!

Agradeço à minha família, em especial à Nádia Lúcia Fuhrmann, sempre!

Pela orientação acadêmica, interlocução e auxílio permanentes ao longo da pesquisa, agradeço expressamente à profa. Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet.

Registro igualmente os meus agradecimentos aos professores que compuseram a banca de defesa de doutorado, pelo tempo e atenção despendidos, bem como pelas valiosas sugestões.

Die Souveränität des Staates ist einer der Brennpunkte der juristischen Konstruktion; gerade hier, wo die Zusammenhänge des ganzen Systems deutlicher zutage treten, müssen sich die Grundfragen der Methode entscheiden. (Hans Kelsen, 1920)¹.

Die Schicksale eines Buches stehen nicht in der Hand des Autors, so wenig wie sein persönliches Schicksal, das daran hängt. (Carl Schmitt, 1950)².

As a global community, we face a choice. Do we want migration to be a source of prosperity and international solidarity, or a byword for inhumanity and social friction? (António Guterres, Secretário-Geral da ONU, 2018)³

¹ “A soberania estatal é um dos pontos centrais da construção jurídica; precisamente aqui, onde as relações de todo o sistema se tornam mais claras, as questões fundamentais do método devem decidir”.

² “O destino de um livro não está nas mãos do seu autor, tão pouco o seu destino pessoal, que depende dele”.

³ “Como comunidade global, estamos diante de uma escolha. Queremos uma migração como fonte de prosperidade e solidariedade internacional, ou um sinónimo para inumanidade e atrito social?”.

RESUMO

O presente intercurso investigatório, jungido à linha de pesquisa denominada *Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação*, da área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, empreendeu uma análise normativa crítica e comparativa entre as categorias jurídico-legais do Brasil e da Alemanha acerca do direito fundamental (autônomo) ao refúgio, *maxime* a partir da hipótese presuntiva da existência de um *vacuum* normativo de proteção em face dos *standards* mínimos já sedimentados na contextura do direito internacional dos direitos humanos, impactando, de modo deficitário, na condição jurídica do migrante refugiado. Dessarte, a problemática da tese radica na pergunta: como solver a lacuna existente, em termos de Direito comparado, entre o nível internacional e regional de tutela do direito ao refúgio, na perspectiva de um direito autônomo, e os níveis constitucionais e legais do Direito alemão e brasileiro? A metodologia empregada baseia-se na comparação, na dialeticidade e na dedução, desde uma análise mais genérica e global dos *standards* protetivos internacionais, com o desiderato último de aplicação a casos específicos, seja em decisões judiciais concretas, seja em leis e atos normativos individualizados. O problema da tese foi abordado por pesquisa quali-quantitativa, aliando as informações e dados em perspectiva estatística, mais geral e abstrata, e trabalhando na sequência com o juízo técnico e axiológico dos instrumentos específicos de tutela jurídico-normativa dos migrantes refugiados. Constatou-se neste trabalho, *per summa capita*, uma incongruência evidente entre os arquétipos normativos supranacionais de tutela dos direitos humanos, designadamente europeu e interamericano, tanto em termos convencionais quanto em perspectiva jurisprudencial, defronte à legislação autóctone de Brasil e Alemanha, a ponto de diminuir *gravemente* o nível protetivo do refugiado já estabelecido pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Neste diapasão, a proibição de expulsões coletivas, o acesso livre e facilitado às instâncias judiciais e administrativas do Estado de destino, o direito à integração social, econômica e cultural, a observância estrita do *non-refoulement*, ainda que o estrangeiro se encontre fora do território de destino (alcance extraterritorial), a não criminalização da condição jurídica do migrante indocumentado, e a proteção potencializada para grupos em situação de extrema vulnerabilidade (crianças, idosos e doentes), para além do alto grau de discricionariedade política no contexto migratório, revelaram um estado de *inconvenionalidade estrutural* concernente à tutela dos refugiados.

Palavras-chave: direito internacional migratório; direito autônomo ao refúgio; direito internacional dos direitos humanos; direito alemão; direito brasileiro.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieses Forschungsprojekt, das an die Forschungslinie „Recht, Wissenschaft, Technologie und Innovation“ im Bereich „Verfassungsrechtliche Grundlagen des öffentlichen und privaten Rechts“ des Postgraduiertenstudiengangs Rechtswissenschaften an der PUCRS gebunden ist, unternahm eine kritische und vergleichende normative Analyse zwischen den Rechtskategorien Brasiliens und Deutschlands in Bezug auf das (selbstständig) Grundrecht auf Zuflucht. Sie stützt sich vor allem auf die Hypothese, dass angesichts der bereits im Rahmen der internationalen Menschenrechtsnormen festgelegten Mindeststandards ein normatives Schutzvakuum besteht, das sich nur unzureichend auf die rechtliche Situation von Flüchtlingsmigranten auswirkt. Die Problemstellung der Doktorarbeit basiert daher auf der Frage: Wie kann die Lücke zwischen der internationalen und regionalen Ebene des Schutzes des Rechts auf Zuflucht aus der Perspektive eines autonomen Rechts und der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Ebene des deutschen und brasilianischen Rechts rechtsvergleichend überwunden werden? Die angewandte Methodik basiert auf dem Vergleich, der Dialektik und der Deduktion, ausgehend von einer allgemeineren und globalen Analyse der internationalen Schutznormen, mit dem Ziel, diese auf spezifische Fälle anzuwenden, entweder in konkreten Gerichtsentscheidungen oder in individualisierten Gesetzen und normativen Akten. Das Problem dieser Arbeit wurde durch qualitative und quantitative Forschung angegangen, wobei Informationen und Daten aus einer statistischen, eher allgemeinen und abstrakten Perspektive kombiniert wurden, und dann mit der technischen und axiologischen Beurteilung der spezifischen instrumente für den rechtlichen und normativen Schutz von Flüchtlingsmigranten gearbeitet wurde. In Rahmen dieser Arbeit wurde, *per summa capita*, eine klare Inkongruenz zwischen den supranationalen normativen Archetypen zum Schutz der Menschenrechte, nämlich den europäischen und interamerikanischen, sowohl in konventioneller als auch in gerichtlichen Hinsicht, und der einheimischen Gesetzgebung Brasiliens und Deutschlands festgestellt, bis hin zu einer ernsthaften Verminderung des Schutzniveaus für Flüchtlinge, das bereits durch die regionalen Systeme zum Schutz der Menschenrechte festgelegt wurde. Dazu gehören das Verbot von Kollektivausweisungen, der freie und schlichte Zugang zu den Justiz- und Verwaltungsorganen im Zielstaat, das Recht auf soziale, wirtschaftliche und kulturelle Integration sowie die strikte Einhaltung des *Non-Refoulement*-Prinzips, auch wenn sich der Ausländer außerhalb des Zielgebiets befindet (extraterritorialer Geltungsbereich), die Nicht-Kriminalisierung des rechtlichen *Status* von Migranten ohne Papiere und der verstärkte Schutz von Gruppen, die sich in einer besonders verletzlichen Situation befinden (Kinder, ältere Menschen und Kranke), sowie der große politische Ermessensspielraum im Migrationskontext haben einen Zustand *struktureller Unkonventionalität* in Bezug auf den Schutz von Flüchtlingen offenbart.

Schlüsselwörter: internationales migrationsrecht; selbstständiges grundrecht auf zuflucht; internationales menschenrecht; deutsches recht; brasilianisches recht.

Lista de Abreviaturas e Siglas

- AdS Acordo de Schengen
- A30 Agenda 2030 da ONU
- ACNUR Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
- APVO Ausländerpolizeiverordnung (Resolução Policial para Estrangeiros)
- AsyIVO Verordnung über die Anerkennung und die Verteilung von ausländischen Flüchtlingen (Resolução sobre o Reconhecimento e Alocação de Refugiados Estrangeiros)
- BAMF Secretaria Federal Alemã para Migração e Refugiados
- BVerfG Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
- BGH Tribunal da Justiça Federal da Alemanha
- BVerwG Tribunal Federal Administrativo da Alemanha
- CCB Código Civil Brasileiro de 2002
- CVDT Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
- CNUER Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto do Refugiado
- CEDH Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.
- CeA Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954)
- CADHP Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul)
- CF/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CIJ Corte Internacional de Justiça
- CADH Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- CONARE Comitê Nacional para os Refugiados
- Corte EDH Corte Europeia de Direitos Humanos
- Corte IDH Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CRDH Centre de Recherche sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire (Centro de Pesquisa sobre Direitos Humanos e Direito Humanitário – Paris).
- Comissão IDH Comissão Interamericana de Direitos Humanos
- CAST Convenção sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954)
- CNIg Conselho Nacional de Imigração
- CEur Conselho da Europa
- CUer Conselho Europeu

CSF Carta de São Francisco (1945)

CVRC Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963)

CIME Comitê Intergovernamental para Migração Europeia

COVID-19 Doença causada pelo Coronavírus (2020)

CSVM Cátedra Sérgio Vieira de Mello

COeA Carta da Organização dos Estados Americanos

DADH Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)

DIP Direito Internacional Público

DNYRM Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes

DMRAL Declaração do México para Refugiados da América Latina (2004)

DCart Declaração de Cartagena sobre a Proteção Internacional dos Refugiados (1984)

eCIJ Estatuto da Corte Internacional de Justiça

GG Constituição Alemã de 1949

GCM Pacto Global para Migrações

IOM Organização Internacional para Migração

IA Inteligência Artificial

IBRD International Bank for Reconstruction and Development (Banco Mundial)

IDMC Internal Displacement Monitoring Centre

LCIL Lauterpacht Centre for International Law (University of Cambridge)

MiGOF Estrutura de Governança Migratória

NJW Neue Juristische Wochenschrift (Repositório Oficial Alemão de Jurisprudência)

ONG Organização Não-Governamental

ONU Organização das Nações Unidas

OUA Organização da Unidade Africana

COUA Convenção da Organização da Unidade Africana

OAS Organização dos Estados Americanos

OHCLL The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law

OBMigra Observatório das Migrações Internacionais

OIR Organização Internacional de Refugiados

OCIS Oxford Centre for International Studies

PICMME Comitê Intergovernamental Provisório para o Movimento de Migrantes da Europa

PEur Parlamento Europeu

PgR Pacto Global sobre Refugiados

PreR Protocolo Relativo ao Estatuto do Refugiado (1968)

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia

TADHP Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos

TAsp Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá)

EU União Europeia

UN DESA Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais

UNFCCC Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática

VVDStRL Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Publicações da Associação dos Professores Alemães de Direito do Estado)

VfGH Corte Constitucional Austríaca

VDPA Declaração de Viena e Programas de Ação

WMR Relatório Mundial para Migrações

WCHR Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993)

ZAR Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (Revista Alemã sobre Direito e Política de Estrangeiros)

ZuwandG Zuwanderungsgesetz (Lei de Imigração alemã).

Introdução.....	15
Percurso Científico-Metodológico.....	20
1 Migrações no Direito Internacional Público – Conceitos Gerais e Imersão no Tema.....	26
1.1 O <i>Consentimento</i> como fundamento do Direito Internacional e a <i>Solidariedade</i> como Categoria Jurídico-Normativa Supranacional no contexto da proteção multinível de direitos.....	47
1.2 Definições no Campo Terminológico e Dogmático do Direito Internacional.....	63
1.2.1 <i>O conceito normativo de “migrante” no Direito Internacional</i>	64
1.2.2 <i>O “refugiado” no Sistema Internacional de Direitos Humanos</i>	67
1.2.3 <i>O Asilo Político na Ordem Jurídica Internacional.....</i>	72
1.2.4 <i>O Regime Jurídico dos Apátridas no Direito Internacional.....</i>	80
1.2.5 <i>Os “deslocados internos” como problema migratório.....</i>	84
1.2.6 <i>Mudanças Climáticas e os “Migrantes Ambientais”</i>	89
1.2.7 <i>Novas Tecnologias e o “Refúgio Digital”</i>	96
1.2.8 <i>Uma Definição de “Standards” para o Direito Internacional.....</i>	102
1.3 <i>A Questão Migratória na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....</i>	103
1.3.1 <i>A Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.....</i>	111
1.3.1.1 <i>O Protocolo Adicional Relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967)</i>	122
1.3.2 <i>O Refúgio na Carta de Bogotá (1948) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)</i>	123
1.3.2.1 <i>A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Refúgio</i>	129
1.3.3 <i>O princípio da não-devolução (non-refoulement)</i>	140
1.3.4 <i>A Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes (2016)</i>	144
1.3.4.1 <i>O Pacto Global para Migrações (GCM)</i>	148
1.3.4.2 <i>O Fechamento de Fronteiras Nacionais em Razão da Pandemia (COVID-19)</i>	152
1.4 <i>Direito de Refúgio na Corte Internacional de Justiça (ICJ).....</i>	157
1.4.1 <i>Competência Institucional e Jurisdicional.....</i>	158
1.4.2 <i>Jurisprudência.....</i>	159
1.5 <i>A Organização Internacional para Migração (IOM-UN)</i>	161
1.5.1 <i>Relatórios sobre a Condição Migratória, em especial sobre Refugiados.....</i>	166

1.5.1.1	<i>Refugiados no Mundo</i>	167
1.5.1.2	<i>Perfil Migratório e Principais Regiões de Destino</i> ...	170
1.5.1.3	<i>Migração Voluntária vs. Migração Forçada</i>	171
1.5.1.4	<i>Impacto Econômico dos Processos Migratórios</i>	172
1.5.1.5	<i>Refúgio de Crianças Desacompanhadas</i>	174
1.6	O Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais (UN DESA)	176
1.6.1	<i>Competência e Diretivas sobre o Tema das Migrações</i>	177
1.7	O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)	179
1.7.1	<i>Competência e Atribuições</i>	181
1.7.2	<i>A Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA)</i>	184
1.7.3	<i>A Institucionalização de Campos de Refúgio e a Política de Reassentamento</i>	186
2	Inter-relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público: Constitucionalização do Direito Internacional e o Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro e Alemão	197
2.1	O Direito Constitucional Alemão e o Sistema Multinível de Proteção de Direitos na Europa.....	200
2.2	O Direito Constitucional Brasileiro e o Sistema Multinível de Proteção de Direitos na América.....	204
3	O Direito de Refúgio no Direito Alemão	209
3.1	Migrações na Lei Fundamental Alemã.....	222
3.1.1	<i>A positivação do Direito de Asilo e Refúgio no Direito Constitucional Alemão</i>	223
3.1.2	<i>O art. 16a da Lei Fundamental Alemã (1949)</i>	225
3.1.3	<i>“Judicialização” do direito ao Refúgio e a função dos Tribunais no contexto migratório</i>	227
3.2	A Secretaria de Estado Alemã para Migração e Refugiados (BAMF)	230
3.3	Contextura legislativa alemã e a concessão de asilo político.....	233
4	O Direito de Refúgio no Direito Brasileiro	246
4.1	Migrações na Constituição Brasileira de 1988.....	246

4.2	O “Refúgio” na Lei 9.474/97.....	247
4.3	O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)	250
4.3.2	<i>A Imigração Venezuelana em Roraima.....</i>	<i>250</i>
4.4	A Lei de Migrações 13.445/17 e o Decreto 9.199/17.....	252
4.4.2	<i>Um novo status jurídico para o migrante no Brasil?</i>	<i>252</i>
4.4.1.1	<i>O Refugiado como Titular de Direitos Fundamentais Sociais?</i>	<i>267</i>
4.5	Direito Migratório nos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.....	277
4.5.2	<i>O Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....</i>	<i>277</i>
5	<i>Digitalização e a Aplicação da “Legal Technology” no Âmbito Migratório.....</i>	<i>287</i>
5.1	Novas Tecnologias e o Controle do Fluxo Migratório.....	291
5.2	A Proteção dos Dados Pessoais no Contexto Migratório Internacional.....	296
6	Conclusões e Perspectivas.....	301
7	Referências Bibliográficas.....	307

Introdução

O fenômeno político, social e econômico das migrações internacionais tornou-se, nos últimos anos, quase que onipresente na mídia e na agenda das discussões públicas, açambarcando o debate público desde um espectro liberal-progressista, até a esfera opinativa vinculada ao jaez nacionalista, e mesmo xenofóbico. Na esteira do recrudescimento contumaz e inveterado dos fluxos migratórios, *maxime* por motivação econômica e política, o Direito, como ciência normativa de regulação e adaptação social, não ficou inerte, na tentativa, quase que desesperada, de racionalizar e limitar a entrada, por vezes irregular, de imigrantes em solo nacional, numa verdadeira simbiose entre a defesa dos interesses autóctones (econômicos, sociais e culturais) do Estado de destino e a tutela dos direitos dos migrantes, incluindo a condição jurídica do migrante refugiado.

O tema científico da presente tese doutoral, isto é, a razão de ser última da pesquisa ora desenvolvida, radica nas consequências do vácuo, ou lacuna normativa, acerbamente constatada entre a proteção jurídica internacional dos refugiados, especialmente nos *standards* internacionais assentados desde o término da segunda guerra mundial e na mais recente jurisprudência das Cortes regionais de direitos humanos, e a contextura legal e jurisprudencial aferida no Brasil e na Alemanha, obstaculizando a existência de um direito fundamental autônomo, amplo e suficiente de refúgio, causando um *déficit* protetivo concernente à situação jurídica do refugiado. A partir desta constatação acerba, exsurge a *pergunta-problema*, à maneira de problematização temática, de como superar, em termos jurídicos, a lacuna entre os níveis internacionais e nacionais de tutela dos refugiados, sobremaneira defronte um contexto global de aumento dos fluxos migratórios e de recrudescimento das crises políticas, econômicas e climáticas, de modo a forjar *dogmaticamente* um direito fundamental⁴ autônomo, amplo e suficiente ao refúgio. *Quid Juris* para a construção normativa de um direito fundamental ao refúgio brasileiro e alemão em face dos sistemas internacionais de tutela do Direito migratório?

Delimitação do Problema (*Quaestio legalis*): Como superar o *déficit* normativo concernente ao direito fundamental ao refúgio nos ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro defronte o nível internacional de proteção dos direitos humanos, à luz de um *direito fundamental autônomo*, amplo e suficiente do migrante refugiado.

⁴ A distinção teórica entre direitos humanos e fundamentais, malgrado presente em uma quantidade significativa de obras jurídicas, no Brasil e *aliunde*, não será utilizada, nesta obra, como esferas jurídicas segregadas. Este tema será desenvolvido no item II relativo ao constructo metodológico.

A problemática, exposta acima, poderá ser solvida, dentre outras medidas complementares, de jaez político e jurídico, através de modificações legislativas, que atendam aos baldrames internacionais mínimos de tutela dos refugiados, ou mesmo pelo fortalecimento jurídico, entre nós, do controle jurisdicional de convencionalidade, pela via abstrata e concreta, promovendo o Poder Judiciário ao patamar de aplicador do Direito Internacional, ainda que abrogando, em certos casos, nomas legais contrárias, ou insuficientes – *Untermassverbot* –, aos *standards* internacionais de proteção dos direitos humanos⁵. Outra alternativa para solucionar o problema científico exposto, a rigor, seria uma mudança de paradigma teórico concernente ao *status* do Direito Internacional Público – *Jus Gentium* – em face dos sistemas jurídicos domésticos, porquanto nem o Brasil, nem a Alemanha, adotam uma posição jurídico-constitucional de deferência aos sistemas normativos internacionais e regionais, na condição de padrões jurídicos superiores e vinculativos – *Jus Cogens*⁶.

O porquê de um estudo comparado entre Brasil e Alemanha igualmente deve, já neste momento, ser explicitado. Tanto o Brasil, quanto a Alemanha, estão passando por intensas crises migratórias, designadamente de migrantes refugiados em situação de vulnerabilidade, o

⁵ A Recomendação n. 123, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 07 de janeiro de 2022, enfatiza a necessidade dos órgãos do Poder Judiciário em observar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente por intermédio do controle de convencionalidade das leis internas. Esta recomendação normativa deu ensejo a institucionalização da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF/CNJ) no âmbito do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, que abrange cinco pontos centrais: a) concurso nacional de decisões judiciais e acórdãos em direitos humanos; b) inclusão da disciplina de direitos humanos nos editais de concursos públicos nas carreiras da magistratura; c) fomento a programas de capacitação em direitos humanos e controle de convencionalidade nas Escolas judiciais estaduais e federais; d) publicação dos cadernos de jurisprudência do STF: concretizando direitos humanos; e) seminário internacional sobre direitos humanos e diálogos jurisdicionais, com ministros do STF, do STJ e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cf., neste ponto, FUHRMANN, Italo. O Controle de Convencionalidade no Direito Europeu e Alemão, in: *Consultor Jurídico* (Conjur), 25 de abril de 2024. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-abr-25/o-controle-de-convencionalidade-no-direito-europeu-e-alemao/>>. Acesso ao 24.05.2024.

⁶ Na Constituição Alemã, *rectius*: Lei Fundamental de 1949 (doravante LF), o direito internacional dos direitos humanos, como parte do Direito Internacional Público, tem precedência à legislação ordinária, e criam direitos e obrigações para os habitantes do território federal (art. 25, *caput*, da LF/49). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal criou similarmente a teoria da preeminência do direito internacional dos direitos humanos defronte a legislação infraconstitucional, porém remanescendo abaixo, em termos hierárquicos, da Constituição Federal (RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008. Súmula Vinculante n. 25). Sobre a intensa discussão relativa à abertura material do catálogo de direitos humanos na Constituição brasileira (art. 5º, § 2º, da CF/88), *maxime* após o acolhimento do *status* supralegal dos tratados de direitos humanos pelo STF, v., *par excellence*, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112 e ss.

primeiro em virtude da crise política e social estruturante da Venezuela⁷, e o segundo pelos conflitos no oriente médio e na Ucrânia mais recentemente. Ambos os países possuem aparato legislativo amplo sobre o direito de refúgio e asilo, e estão adstritos voluntariamente aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, interamericano e europeu, respectivamente. Ainda neste contexto jurídico, ambos os países, malgrado prevejam o direito de asilo como garantia constitucional, não garantem, em nível constitucional, o direito fundamental ao refúgio como direito autônomo. Ademais, avulta a importância da estreita aproximação jurídica de ambos os sistemas de Direito constrictos à família romano-germânica, e da influência destacada do Direito alemão sobre o direito constitucional brasileiro, conferindo maior compreensão, inclusive comparativa, acerca da aplicação do Direito na Alemanha e no Brasil.

Imerso neste cipoal político e jurídico remanesce o alcance da noção de *soberania* estatal, os limites da discricionariedade política interna e a eficácia das normas de direito internacional público. *Hermann Heller*, em alentada monografia acerca do tema, que conferiu base teórica seminal à legitimação do direito estatal e do direito internacional, indica uma crise histórico-espiritual do dogma da soberania, desde a grande comoção dimanada da primeira guerra mundial, e que rompeu com os três séculos predecessores de teoria do Estado⁸. Ainda neste campo analítico, *Luigi Ferrajoli*, jurista italiano da geração do segundo pós-guerra, compartimentando o conceito de soberania em interna e externa, alude para uma elisão progressiva deste conceito, seja pela formação de Estados Democráticos (interna), seja, noutra giro, pela engendração de órgãos e instâncias decisórias supranacionais, como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas (externa)⁹. Em recentíssima decisão, a ONU, através de seu órgão judiciário (International Court of Justice), por 13 votos a 2, “suspendeu” na prática a soberania do Estado de Israel, ao ordenar: “*Immediately halt its military offensive, and any*

⁷ Recentemente no Brasil, em meio à crise pandêmica da COVID-19, foi aventado até mesmo o fechamento de fronteiras perante o Supremo Tribunal Federal, como forma de conter o fluxo migratório ingente e ininterrupto proveniente da Venezuela. Cf., por todos, FUHRMANN, Italo Roberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Brazil*, in: NUSSBERGER, Angelika; LANDAU, David (Org.). *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights*. Cambridge: Intersentia, 2023. p. 393.

⁸ Consoante o jurista e teórico político alemão da República de Weimar, o conceito de *soberania* foi o resultado de uma luta que conduziu ao Estado francês, sob a direção de seu Rei e da Universidade de Paris, contrária à subordinação à igreja católica, ao império, bem como à desagregação do poder estatal nas mãos dos senhores feudais. Cf., *par excellence*, HELLER, Hermann. *La Soberanía*. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. Fondo de Cultura Económica: México, 1995. p. 79-80.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno*. 2ª ed. Laterza: Bari, 1997.

*other action in the Rafah Governorate, which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part*¹⁰.

A integração do estrangeiro (migrante) em situação de vulnerabilidade é sem dúvida um dos grandes desafios do mundo moderno, que, amiúde, encontra óbices e empecilhos na própria legislação. Não raro, imigrantes ao longo da história viveram à margem da lei. Na perspectiva cinematográfica, a adaptação *contra legem* dos imigrantes italianos nos Estados Unidos, agrupados em núcleos mafiosos, e com ligações escusas ao *establishment* estatal por via da corrupção e da exploração de atividades econômicas ilegais, é plasticamente retratada na trilogia de Francis Ford Coppola¹¹. *Mutatis Mutandis*, a imigração europeia, *maxime* para o sul do Brasil em meados do século XIX, fez surgir, dentre nós, com mais intensidade o tema da *etnicidade* e do pertencimento *estatal* num contexto econômico e social de aculturação e miscigenação, permeado por avanços e retrocessos políticos, e de tentativa de manutenção de valores culturais estrangeiros no Brasil¹².

Em termos estatísticos e numéricos, há no mundo 281 milhões de migrantes internacionais, ou seja, 3,6 % da população mundial vive num país distinto ao seu local de nascimento; 128 milhões a mais do que no ano de 1990, e três vezes mais do que o número estimado em 1970¹³. Tanto o Brasil, quanto a Alemanha, estão recebendo centenas de milhares de pedidos de refúgio e asilo, em especial pela via administrativa do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e do *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (BAMF). Tal relevância jurídica e sociológica da pesquisa aponta igualmente para a análise da (in)adequação dos procedimentos administrativos vigentes aos arquétipos supranacionais de tutela dos direitos humanos, porquanto a dimensão jurídico-administrativa do problema científico exsurge defronte a dificuldade fática de acesso amplo ao próprio Poder Judiciário, e na Alemanha, a

¹⁰ Resolução n. 2024/47, de 24 de maio de 2024. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Tradução livre: “O Estado de Israel deverá interromper imediatamente sua ofensiva militar e qualquer outra ação na província de Rafah que possa infligir ao grupo palestino em Gaza condições de vida que possam levar à sua destruição física total ou parcial”. Em termos históricos, o próprio Hans Kelsen afirmou a condição suspensiva da soberania alemã logo após o término da segunda guerra mundial, em face da capitulação incondicional e ocupação territorial dos aliados. Cf., KELSEN, Hans. *Souveränität*, in: SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen (Or.). *Wörterbuch des Völkerrechts*. Berlin: de Gruyter, 1962, pp. 278-285.

¹¹ V., *The Godfather*, I, II e III.

¹² Cf., SCHRÖDER, Ferdinand. *A Imigração Alemã para o Sul do Brasil*. 2ª ed. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2002. V., igualmente, MAUCH, Cláudia; VASCONCELLOS, Naira. (Org.). *Os Alemães no Sul do Brasil: Cultura, Etnicidade, História*. Canoas: Editora da Ulbra, 1994.

¹³ WORLD MIGRATION REPORT 2022. IOM UN MIGRATION, 2022. Disponível em <<https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/>>. Acesso aos 02.03.2024.

fortiori, pela existência de uma autêntica justiça administrativa contenciosa¹⁴, que detém a primazia para a questão do refúgio. A título ilustrativo, o Tribunal Constitucional da Áustria (doravante VfGH), em recente decisão – *Beschluss* –, anulou todo um arcabouço legislativo, considerado como inconstitucional – *verfassungswidrig* – referente à orientação e assessoria administrativa da agência austríaca para solicitantes de asilo e estrangeiros, uma vez que tal assessoria administrativa não levava em consideração os direitos dos migrantes e refugiados expressos tanto da Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º), quanto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47)¹⁵.

¹⁴ Entre nós, cf., a distinção entre o contencioso administrativo, também chamado de sistema francês, e o sistema de jurisdição única, chamado de sistema inglês. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 53 e ss.

¹⁵ VfGH – Beschluss E 119/2023, vom 12.12.2023.

Percorso Científico-Metodológico

Apenas o *sistema* avalia o conhecimento, a verdade científica e seus efeitos, cujas características principais são a ordem (teleológica e axiológica) e a unidade (interna)¹⁶. No âmbito da interpretação sistemática¹⁷, foi empregado o recurso metodológico comparativo (comparação entre sistemas jurídicos)¹⁸, vertical e horizontal, isto é, o cotejo sistêmico entre as categorias legais e normativas do refúgio, em leis e atos normativos internos de Brasil e Alemanha, a saber, a Lei de Asilo (AsylG) e a Lei de Imigração (ZuwandG) alemãs, e a Lei do Refúgio (n. 9.474/97) e a novel Lei de Migração brasileira (n. 13.445/17), de um lado, e as categorias refletidas nos *standards* internacionais de tutela dos refugiados, *maxime* a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado da ONU, bem como as Convenções europeia e americana de tutela regional dos direitos humanos. Por exemplo, procedeu-se à comparação analítica entre os pressupostos normativos que caracterizam o direito ao refúgio nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão, e as condicionantes internacionais, jurídicas e políticas, para a existência de um direito *internacional* ao refúgio, ou de um direito autônomo, suficiente e amplo ao refúgio relativamente ao alvedrio ínsito à noção tradicional de *soberania* – *Souveränität*. Não apenas isso, procedeu-se de igual forma à comparação estruturante entre a forma de positivação do direito ao refúgio nas ordens jurídicas alemã e brasileira, e o *status* deste direito em face das Constituições de cada Estado. O modo do tratamento legislativo, e principalmente constitucional, ao direito ao refúgio de cada país demonstra os limites e possibilidades normativas de sua eficácia, e da correspondente judicialização, individual e coletiva, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro e alemão (v. itens 2.1.4 e 3.4.2).

Quanto à abordagem do problema investigado, utilizou-se a pesquisa qualitativa, porquanto houve mister de descrever e explicar o fenômeno quantitativo das migrações, aliado à perspectiva qualitativa das leis e do contexto jurisprudencial incidente. Por fim, os métodos de abordagem dedutivo e dialético, assim como o fenomenológico, foram importantes para uma aferição inicial mais genérica sobre os dados e as informações, bem como

¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2ª ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. p. 41 e ss.

¹⁷ A interpretação sistemática – *systematische Auslegung* – busca o sentido último da norma desde uma harmonização e hierarquização axiológica e tópica de regras e princípios, produzindo um sistema coerente – *Folgerichtigkeit* – de prescrições jurídicas. Cf., FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 196.

¹⁸ Para um estudo substancial sobre o direito comparado como quinto método de interpretação, v. HÄBERLE, Peter. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates – Methoden und Inhalte, kleinstaat und Entwicklungsländer*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. p. 27.

a aferição do fenômeno atual migratório, para que posteriormente procedesse-se a aplicação em casos judiciais e administrativos específicos. Com supedâneo na ensinança de *Antônio Gil*, que caracteriza a pesquisa descritiva como um método que observa, registra, analisa e ordena dados e informações, sem, contudo, manipulá-los, isto é, sem a interferência do pesquisador¹⁹, procedeu-se a um intercurso investigativo descritivo do fenômeno migratório em todas as instâncias internacionais de regulação da matéria, assim como na esfera dogmática do Direito Internacional Público – *Völkerrecht* (Capítulo I). Este método eminentemente descritivo foi utilizado no capítulo primeiro da presente pesquisa, conglobando todas as esferas decisórias do sistema global da ONU e dos sistemas regionais europeu e interamericano de direitos humanos em matéria de refúgio. Em especial os pressupostos normativos e fáticos para a configuração de um direito fundamental autônomo, amplo e suficiente ao refúgio nos tratados, declarações, convenções e demais instrumentos do Direito internacional, e as condicionantes práticas da eficácia deste direito na jurisprudência das cortes interamericana e europeia de direitos humanos (v. itens 1.8.1 e 1.8.2).

Quanto aos objetivos e às hipóteses conjecturáveis, ou seja, identificar, desde um estudo comparado e analítico dos sistemas interamericano e europeu de direitos humanos, os padrões (*standards*) protetivos mínimos internacionais dos migrantes refugiados, bem como analisar a sua (in)aplicação prática, igualmente numa perspectiva comparativa, no âmbito do direito interno do Brasil e da Alemanha, e a *aparente* ausência de adstrição entre o direito doméstico e o direito supranacional, para a existência de um direito fundamental autônomo, amplo e suficiente ao refúgio lastreado nos *standards* internacionais mínimos de tutela dos direitos humanos, impactando, destarte, na condição jurídica do migrante refugiado, o resultado investigativo se mostrou consentâneo às premissas metodológicas adotadas ainda no âmbito do projeto de pesquisa. A hipótese de que a simples configuração internacional do direito ao refúgio em *standards* supranacionais de tutela seria suficiente para sua eficácia mostrou-se inadequada, porquanto ainda remanesce uma noção anacrônica de *soberania estatal*, alicerçada por interesses políticos e econômicos contrastantes aos objetivos internacionais de tutela dos migrantes refugiados²⁰.

¹⁹ GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 42.

²⁰ Sobre a emergência de uma nova esfera internacional democrática transnacional, cf., FRIEDMAN, Elisabeth Jay; HOCHSTETLER, Kathryn; CLARK, Ann Marie. *Sovereignty, Democracy and Global Civil Society: State-Society Relations at UN World Conferences*. New York: State University of New York Press, 2005.

A distinção conceitual e dogmática entre direitos humanos e direitos fundamentais deve ser desde já elucidada para fins de correção metodológica e definição dos termos utilizados ao longo da obra. Sem embargo, direitos humanos e direitos fundamentais são geralmente categorizados como direitos positivados no domínio dos tratados internacionais, em relação aos primeiros, e como direitos positivados nas Constituições dos Estados, em relação aos segundos, diferenciados também pelo sujeito que detém a titularidade desses direitos, a pessoa, no caso dos direitos humanos, e o cidadão, mediante um vínculo jurídico-político com um determinado Estado (e Constituição), no caso dos direitos fundamentais²¹. Porém, malgrado o entendimento supra, e que representa a esmagadora maioria da doutrina pátria, nesta obra tal distinção não será acolhida, porquanto a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais é, em primeira linha, uma *factio juris*, isto é, uma engendração ficcional que tem como mero escopo o esclarecimento didático em termos classificatórios²².

Nem em termos históricos, nem mesmo da perspectiva dogmática do Direito constitucional e internacional, é possível sustentar a dicotomia entre direitos humanos “internacionais” e direitos fundamentais “nacionais”, que, de resto, serve apenas para fortalecer uma noção já relativizada de soberania estatal, e criar mais distinções (desnecessárias e contraproducentes) entre os nacionais e os migrantes. Aliás, tal distinção pode inclusive agravar a situação concreta do titular do direito, em especial dos refugiados, que não teriam direitos garantidos em face do Estado de destino (ou, pelo menos, à maioria deles), porquanto não guardam qualquer vínculo jurídico-político de cidadania com o Estado de destino. Pior ainda, um determinado Estado pode se eximir de concretizar o direito humano à igualdade, à liberdade de expressão ou à liberdade econômica consagrados na esfera do Direito Internacional dos Direitos humanos, justificando tal ato numa visão nacionalista e individualizada de *direitos fundamentais*, porquanto o conteúdo material (e moral) dos direitos fundamentais estaria à livre determinação dos Estados, individualmente considerados, e de seus legisladores. A partir de uma situação excogitada hipoteticamente, a China ou a Rússia poderiam alegar que garantem amplamente o direito fundamental à liberdade de expressão dos seus cidadãos, com amparo nas suas Constituições internas e em suas Cortes constitucionais, eximindo-se, portanto, da responsabilização internacional pela violação ao direito “humano ou internacional” à liberdade

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²² Cf., por todos, FUHRMANN, Italo Roberto. Revisando a Teoria “Dimensional” dos Direitos Fundamentais, in: *Revista Direito & Justiça*, v. 39, n. 1, jan./jun. 2013. pp. 26-32.

de expressão, que, logicamente, inclui o direito de qualquer cidadão de criticar seus governantes.

Alfim, uma distinção rígida e categorial entre direitos humanos e direitos fundamentais inviabiliza a teoria da proteção multinível dos direitos humanos, já sedimentada no âmbito Direito Internacional Público²³, porquanto direitos de categorias distintas não poderiam figurar *a priori* num mesmo sistema de revisão judicial protetivo. Em outras palavras, os níveis nacional, regional e global de proteção de direitos humanos só podem coexistir e, neste sentido, desenvolver um trabalho conjunto e coordenado se o objeto de análise judicial for homogêneo, ou seja, direitos atrelados a uma categoria normativa específica, sem distinção de natureza dogmática ou moral. Se o direito *humano* à vida, à propriedade ou à liberdade de expressão é distinto do direito *fundamental* à vida, à propriedade ou à liberdade de expressão, não faz o menor sentido falarmos acerca de uma *proteção multinível* dos direitos humanos. Neste ponto, basta mencionarmos o principal instrumento jurídico-normativo da União Europeia para a proteção dos direitos humanos, intitulado “Carta dos *Direitos Fundamentais* da União Europeia”²⁴.

Inexiste, atualmente, nem no Brasil, nem no contexto alemão, uma análise sistemática e fidedigna sobre os *standards* mínimos protetivos dos migrantes, respectivamente nos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos, nem mesmo um estudo sistemático acerca das justificativas, consequências e resultados práticos das decisões sobre direito internacional migratório tomadas no âmbito da justiça internacional relacionadas aos dois países. O que há, contudo, são repercussões na seara política interna, especialmente em períodos eleitorais, muitas vezes sem lastro em estudos e pesquisas que possam subsidiar uma tomada de posição mais afinada com a real situação do problema. Portanto, a pesquisa comparada igualmente se justifica pela ausência de estudos científicos acerca da problemática dos refugiados no contexto alemão e brasileiro, mormente quando as ordens jurídicas internas não refletem o sistema regional e internacional de proteção dos direitos humanos, na perspectiva de assegurar um direito fundamental autônomo, amplo e suficiente ao refúgio.

No que tange ao percurso metodológico específico da presente pesquisa, entremostrase já como intuitivo a comparação jurídica como instrumento técnico de análise e interpretação do fenômeno das migrações mais adequado e eficaz. De modo a focalizar e a tematizar o objeto

²³ V., *par excellence*, PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and The Crisis of Democracy in Europe, in: *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015. pp. 541-562.

²⁴ C 364/01, 18.12.2000, Nice/França. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso aos 29.05.2024.

de investigação em termos indutivos, assim como para a racionalização e delimitação da pesquisa, optou-se por limitá-la ao instituto do *refúgio internacional*²⁵, e sua aplicação correlativa nos sistemas judiciais do Brasil e da Alemanha²⁶ sob a ótica normativa dos *standards* internacionais mínimo protetivos dos Direitos Humanos.

Alfim, não deve ser secundarizado o fato de que a crise sanitária mundial desencadeada pelo coronavírus (COVID-19), oficialmente em 11 de março de 2020²⁷, e a eclosão da guerra na Ucrânia (24.02.2022), alteraram profundamente o contexto migratório global, de uma face pelas restrições estritas na mobilidade humana para a contenção do vírus, e, de outra, pelos fluxos ingentes de migrantes do leste europeu em direção à fronteira com os países da União Europeia²⁸. Neste aspecto, o intercurso metodológico descritivo e exploratório foi ampliado, a fim de contextualizar o novo cenário migratório após a crise pandêmica e a eclosão da guerra entre a Rússia e a Ucrânia.

O objeto de estudo concernente às migrações, notadamente a contextura constitucional e *convencional* relativa ao direito dos refugiados, exsurgiu no horizonte investigativo do pesquisador no ano de 2015, período no qual houve uma convulsão em termos sociais na Europa, em especial na Alemanha, em virtude da crise humanitária e bélica inaudita na República Árabe da Síria, e, no contexto nacional brasileiro, do constante e abrupto deslocamento de haitianos e venezuelanos para o Brasil, com grande repercussões na mídia e na judicialização de políticas públicas. Simultaneamente à colossal crise política e jurídica em

²⁵ Consoante os dados nupérrimos do Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, o número de solicitações de refúgio no Brasil, em 2021, foi de 29.107, dos quais 22.856 provenientes de venezuelanos. Cf., JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. *Refúgio em Números* (7ª Edição). 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, 2022. p. 11.

²⁶ Na Alemanha, apenas no mês de abril de 2023, o Ministério Federal para Migração e Refugiados (BAMF) recebeu 19.619 solicitações de asilo, a maioria provinda da Síria e do Afeganistão. Disponível em:

<<https://www.bamf.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2023/230505-asylgeschaeftsstatistik-april-2023.html;jsessionid=9B6879F72314AFA69427B984DCB6031A.internet271>>. Acesso em 22.05.2023.

²⁷ Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), em comunicado público, declarou, em 11 de março de 2020, o estado de *pandemia* em relação ao estágio de contaminação pela COVID-19. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em 22.05.2023.

²⁸ A Bielorrússia está utilizando a sua política migratória como instrumento da assim chamada “Guerra Híbrida”, enviando deliberadamente milhares de refugiados para os países membros da União Europeia. Cf., GATTA, Francesco Luigi. The Migration Crisis Goes East: The EU’s Eastern Borders Under Strain, Between Hybrid Attacks, Threats to Human Rights and Ukrainian Exodus, in: FAGGIANI, Valentina (Org.). *Desafíos y Límites de la Política Migratoria em Europa y América – Perspectivas de Derecho Comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022. p. 32 e ss.

ambos os continentes, americano e europeu, o investigador percebeu a lacuna – *vacuum* –, acerbamente constatada, na literatura acadêmica nacional e internacional, acerca do tema dos refugiados, e dos migrantes em geral, na perspectiva específica da proteção multinível dos direitos humanos, idem no que toca à dinâmica jurisprudencial, autóctone e alienígena, conquanto houvesse um cabedal ostensivo de leis e convenções internacionais pautando o tema desde o término da segunda conflagração mundial (1945).

Como se não bastasse o motivo acima delineado, eclodiu abruptamente a crise de refugiados na Ucrânia, país do leste europeu, membro efetivo do Conselho da Europa, e que fora invadido inadvertidamente pela Federação Russa, aos 24 de fevereiro de 2022. O conflito se estende até esse momento no qual o investigador urde essas linhas, culminado, até o momento, em mais de 4 milhões de refugiados, na sua grande maioria alocados nos países limítrofes, como a Polônia, a Hungria, a Moldávia, bem como nos países bálticos, a saber Letônia, Lituânia e Estônia. A crise parece recrudescer com a sinalização da Finlândia e da Suécia em direção à OTAN, já que sequer o *Jus in Bello* está sendo respeitado pelas forças de ocupação russas.

Insero nesta miscelânea da política contemporânea, o objeto de investigação da presente tese circunscreve-se na possível existência de *standards* mínimos e cogentes (vinculativos) de proteção aos refugiados em nível regional e internacional, capazes de, por si sós, condicionar a atuação política dos Estados nacionais, por intermédio de criação legislativa ou adoção de determinadas políticas públicas, e, num segundo aspecto, se tais preceitos normativos supranacionais dão ensejo a decisões judiciais internacionais, eficazes e vinculativas, aos Estados violadores dos direitos dos refugiados. No caso concreto, desde uma análise de direito comparado e indutiva, analisa-se o caso do Direito alemão e do Direito brasileiro, exatamente por serem dois dos países mais afetados pela atual onda de deslocamento populacional forçado. Exemplificativamente, um dos objetivos prioritários da investigação doutoral é fornecer um panorama contributivo para o Direito alemão e para o Direito brasileiro, em termos de aperfeiçoamento legislativo e constitucional mútuo, aferindo os *déficits* e os avanços de cada ordenamento jurídico em específico, sem descurar, obviamente, das idiosincrasias próprias de cada contexto jurídico, político, social e cultural.

1 Migrações no Direito Internacional Público – Conceitos Gerais e Imersão no Tema

O fenômeno das migrações humanas é bastante antigo²⁹, antecede e transcende sua configuração jurídica (no plano dogmático), cuja análise científica concentrou-se, em primeira linha, nas áreas da economia, da estatística e da análise demográfica, ainda no século XIX³⁰. A condicionante econômica, de busca por melhores condições materiais de vida, era, e continua sendo, o primacial motivo para o fenômeno das migrações em termos globais³¹, conquanto aspectos atrelados à perseguição político-ideológica e à mudança climática³² (na perspectiva ambiental) estejam progressivamente impactando no recrudescimento do número de migrantes, máxime no que diz respeito à migração forçada “compulsória”. Os três principais *corredores* permanentes no planeta de fluxos migratórios, quais sejam, entre o México e os Estados Unidos³³, entre a República Árabe da Síria e a Turquia, e entre a Índia e os Emirados Árabes Unidos³⁴, sem contar a crise abrupta fronteiriça entre a Ucrânia e os países da Hungria, Romênia, Polônia e Eslováquia, capitaneada pela invasão russa de 24 de fevereiro de 2022, sem quaisquer justificativas no *jus ad bellum*, representam hoje um grande repto político e jurídico³⁵,

²⁹ A figura histórica do estrangeiro está presente desde os tempos bíblicos, sobremaneira em *êxodo* 22:21 “não maltratam nem oprimam o estrangeiro, pois vocês foram estrangeiros no Egito”. Cf., *Die Bibel: Lutherbibel Revidiert*. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft, 2017.

³⁰ RAVENSTEIN, Ernest Georg. The Laws of Migration, in: *Journal of the Statistical Society of London*, v. 48, n. 2, June, 1885.

³¹ Cf., COELHO, Larissa A. Imigração e Integração: Notas sobre o Caso Português, in: FAGGIANI, Valentina (Org.). *Desafíos y Límites de la Política Migratoria en Europa y América – Perspectivas de Derecho Comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022. p. 241. Na atualidade, consoante o último relatório (2022) da Organização Internacional para Migração (IOM), a maioria dos migrantes é constituída de trabalhadores que buscam melhores condições materiais de vida em outros países. Cf., MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 10.

³² A França, em decisão governamental recentíssima (23.05.2023), proibiu os voos domésticos de curta distância em virtude da questão ambiental concernente aos gases de efeito estufa. Cf., <https://www.dw.com/pt-br/fran%C3%A7a-pro%C3%ADbe-voos-dom%C3%A9sticos-de-curta-dist%C3%A2ncia/a-65712625>. Acesso em 29.05.2023.

³³ Recentemente, o governo estadunidense instituiu uma política migratória extremamente restritiva, mediante a edição do título 42 da Seção 265 do *Public Health Service Act*, que permite a expulsão sumária de estrangeiros que ingressam no território americano fora das zonas de controle, bem como proíbe o ingresso de quaisquer estrangeiros que possam eventualmente implicar risco de introduzir uma enfermidade contagiosa no país, com base na análise prévia dos *Centers of Disease Control and Prevention - CDC*. Cf., SMITH, Tiffany Tinoco. Efectos Humanos y Transnacionales de las Políticas Migratorias em México y Estados Unidos, in: FAGGIANI, Valentina (Org.). *Desafíos y Límites de la Política Migratoria en Europa y América – Perspectivas de Derecho Comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022. p. 136-7.

³⁴ MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 27.

³⁵ O atentado terrorista do *Hamás* ao Estado de Israel, perpetrado em 07 de outubro de 2023, vem progressivamente causando uma disrupção na geopolítica do oriente médio, impactando igualmente o

cuja solução, na perspectiva do Direito Internacional Humanitário, apenas é factível desde uma concertação supranacional de Estados e da renúncia correlativa de interesses monolíticos e sectários adstritos à noção tradicional e anacrônica de *soberania estatal*. A doblez do ataque bélico russo, repentino e ilegal, ou mesmo imoral e antijurídico, estribou-se na alegada “desnazificação” da Ucrânia³⁶, país este pertencente ao Conselho da Europa, doravante CEur, desde 09 de novembro de 1995³⁷. Este fato, somado com a pandemia do coronavírus eclodida em 2020, e mais recentemente pelo ataque terrorista do *Hamas* ao Estado de Israel³⁸, convulsionaram o outrora panorama migratório, o que, *ipso facto*, impactou na elaboração e na tessitura da presente pesquisa, em termos qualitativos e quantitativos. Neste contexto, torna-se ainda mais complexificada, conforme indica *Jeremy Waldron*, a reflexão sobre os direitos humanos como parte da moralidade legal e política de nossa época, *maxime* pela influência, cada vez mais intensa, das Cortes Internacionais de Direitos Humanos na política interna dos Estados³⁹.

O excerto do pensamento de *Hans Kelsen*, em epígrafe ripristinado, reflete o fio condutor investigatório de um dos principais aspectos analíticos da tese ora forjada, i.e., identificar um método próprio e objetivo para adstrição do subjetivismo específico da soberania nacional em deferência a um sistema racional e supranacional de vinculação dos Estados ao Direito Internacional público, mormente no que diz respeito às normas de proteção internacional dos refugiados⁴⁰. Certamente o plexo científico que envolve a questão da

contexto migratório e de refúgio nos territórios israelense e palestino, em especial na faixa de Gaza e no sul de Israel. Vale salientar que mesmo antes da irrupção da crise, a Agência das Nações de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA) registrava um número de 5,9 milhões de refugiados palestinos aptos a receber auxílio, dentre os quais 1,5 milhão vivem em campos de refugiados, localizados na Jordânia, no Líbano, na Síria, na Faixa de Gaza e na Cisjordânia, incluindo igualmente o leste de Jerusalém. <https://www.unrwa.org/palestine-refugees>. Acesso em 10.12.2023.

³⁶ MOSCOW, February 24. /TASS/. “Russia has begun a military operation in Ukraine following a request from the authorities of the Donetsk and Lugansk republics for assistance in repelling Kiev’s military aggression, Russian President Vladimir Putin said in urgent address on Thursday. He said that Moscow would seek the “demilitarization and **denazification**” of Ukraine, called upon the Ukrainian army to lay down weapons and warned there would follow a prompt response to attempts at foreign intervention from outside”. Acesso aos 15.07.2023.

³⁷ UKRAINE. COUNCIL OF EUROPE, 2023. Disponível em: <<https://www.coe.int/web/portal/ukraine>>, acesso aos 31.01.2024.

³⁸ Para um panorama fidedigno, v. a obra cinematográfica “Golda – A Mulher de uma Nação”, do diretor Guy Nattiv, que retrata o conflito cognominado “a guerra do Yom Kippur”, entre Israel e diversos países árabes, em especial Egito e Síria, em 1973.

³⁹ WALDRON, Jeremy. *The Law. Theory and Practice in British Politics*. New York: Routledge, 2001. p. 92.

⁴⁰ KESLEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre. 2ª d. Tübingen: Mohr Siebeck, 1928. p. 319. “Subjektive und objektive Rechtsanschauung stehen im Kampf um die heutige Jurisprudenz. Sonderlich die Völkerrechtstheorie

soberania estatal desborda os limites normativos da dogmática jurídico-constitucional, alastrando-se, inclusive com mais intensidade, nos domínios da ciência política, cujos baldrames estribam-se, com supedâneo na obra de *Carl Schmitt*, na decisão de “*Freund und Feind*”, como critério “autônomo” do político, e que pressuporia o próprio conceito de Estado⁴¹. Nada obstante as críticas, de certo modo corretas, ao *positivismo jurídico*⁴², focalizado à exaustão na onipresença irrefragável e insofismável da norma jurídica, o campo analítico da presente pesquisa será em larga escala o produto jurídico do Direito convencional e constitucional.

Quanto aos objetivos e ao *iter* metodológico, impende consignar a intenção primacial de investigar os sistemas interamericano e europeu de proteção aos direitos humanos, relativamente ao *direito ao/do refúgio*, inserto nos *standards* mínimos internacionais, e a correlativa (in)aplicação interna nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão, desde uma perspectiva de Direito comparado. A hipótese presuntiva provisória testifica uma aparente dissonância entre os arquétipos normativos protetivos mínimos dos refugiados na órbita internacional relativamente à proteção jurídica interna, tanto no Brasil quanto na Alemanha, máxime em termos legislativos, incluindo um déficit na absorção das diretivas e decisões dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos em matéria de refúgio, já consolidados em *standards*, seja através de novas políticas públicas, seja por intermédio de novas disposições legislativas. Já neste ponto, e antecipando de certa maneira o conteúdo a frente explorado, impende destacar que nem o Brasil, nem a Alemanha, dispõem de um direito constitucional

schwankt zwischen den Gegensätzen einer staats-individualistischen und einer menscheits-universalistischen Betrachtungsweise, zwischen dem Subjektivismus des Primats staatlicher Rechtsordnung und dem Objektivismus des Primats des Völkerrechts unsicher hin und her. (...) Aber dennoch ist sie auf dem sicheren Wege zu einer objektivistischen Rechtsanschauung”.

⁴¹ SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1991. p. 26 e ss.

⁴² A reabilitação de um positivismo jurídico teórico-científico foi estruturada a partir de uma visão crescente de que o veredito de *Gustav Radbruch*, no qual o positivismo jurídico teria deixado os juristas alemães sem meios de defesa contra as perversidades do regime nacional-socialista, não corresponderia à realidade. De fato, a perversão resultou menos da obediência estrita à legislação nacional-socialista, do que de uma interpretação ideológica não reprimida e instrumentalizada das leis existentes. HOFMANN, Hasso. *Filosofia Jurídica Pós 1945 – Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fundação Fênix Editora, 2020. p. 36. Tradução do alemão por Italo Roberto Fuhrmann. Nesta perspectiva histórico-jurídica, podemos consignar que a jurisprudência no regime nacional-socialista em nenhuma hipótese lidava estritamente com o texto da lei, mas desenvolveu uma criatividade própria na aplicação dos textos legais, especialmente nos processos parciais para discriminação política e racista. Dessarte, a ideologia nacional-socialista reivindicou também para si a prerrogativa de ser um direito supra positivo “*überpositives Recht*”. Cf. MÖLLERS, Christoph. *Das Grundgesetz – Geschichte und Inhalt*. München: C.H. Beck Verlag: 2009. p. 18.

fundamental ao refúgio em suas Constituições, limitando-se, neste sentido, à garantia constitucional do asilo, numa perspectiva estritamente política de perseguição.

Neste iter exploratório inicial, tem-se como *problema primacial* da presente pesquisa, malgrado haja outros correlatos que serão abordados no decorrer do texto, a ausência de instrumentos jurídicos – judiciais e administrativos – nas ordens jurídicas brasileira e alemã aptos a forjarem um direito fundamental *autônomo, amplo e suficiente* ao refúgio com base nos padrões mínimos de tutela dos *standards* internacionais e regionais dos direitos humanos. Assim, a problemática epistêmica pode ser sumarizada no quadro abaixo:

Problemática Epistêmica: → Como superar a ausência de correlação e adstrição entre o direito interno brasileiro e alemão para a existência de um direito fundamental autônomo, amplo e suficiente ao refúgio lastreado nos *standards* internacionais mínimos de tutela dos direitos humanos, impactando, *ipso facto*, na condição jurídica do migrante refugiado?

Dessarte, avulta a necessidade de um estudo comparativo entre, por exemplo, a Lei de migração brasileira (Lei n. 13.445/17), assim como a Lei nacional do Refúgio (Lei n. 9.474/97)⁴³, e a Lei de Asilo Alemã (AsylG)⁴⁴ e a Lei de Imigração Alemã (ZuwandG)⁴⁵, com o desiderato de manejar uma adstrição angusta dos mecanismos legais e processuais de tutela do refugiado defronte os arquétipos supranacionais dos direitos humanos.

Nesta contextura analítica, interligada umbilicalmente com a obstaculização da eficácia do Direito Internacional⁴⁶ dimanante da noção tradicional de *soberania*⁴⁷, um aspecto

⁴³ Na região das Américas, o Brasil tem uma legislação de refúgio considerada moderna (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997) por adotar um conceito ampliado para o reconhecimento de refugiados. Disponível em

<<https://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/legislacao/#:~:text=Na%20regi%C3%A3o%20das%20Am%C3%A9ricas%2C%20o,para%20o%20reconhecimento%20de%20refugiados>>. Acesso aos 31.01.2024.

⁴⁴ Promulgada em 1992, a Lei de Asilo da Alemanha regula todos os aspectos e procedimentos concernentes à situação jurídica do refugiado, desde os ditames do art. 16a, da Lei Fundamental, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Convenção da ONU Relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951.Cf., *par excellence*, MARX, Reinhard. (Org.). *AsylG - Kommentar zum Asylgesetz*. 11ª ed. Lutherhand Verlag, 2022.

⁴⁵ *Zuwanderungsgesetz*. Também designada comumente de *Einwanderungsgesetz*.

⁴⁶ O jurista tunisiano, radicado na França, René-Jean Dupuy, assevera acertadamente que a expressão “Direito Internacional” é empregada correntemente para designar o Direito Internacional Público, o que, sem embargo, também será utilizada nesta obra. DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 5.

⁴⁷ A soberania, na arena política, sempre foi uma exigência das Nações e o principal meio de garantia da liberdade, pelo menos na perspectiva predominante no século XX. Cf., por todos, HELLER,

significativo que avulta é a aparente (in)capacidade de integração cultural (e jurídica) dos migrantes no país de destino, seja por inação do Estado receptor, seja pela incongruência manifesta da cultura e da religião dos migrantes, no sentido de um processo necessário de aculturação⁴⁸. Hodiernamente, sequer há um direito consolidado e acessível a um tradutor para auxílio direto e urgente do refugiado na esmagadora maioria dos Estados de destino⁴⁹. A tensão

Hermann. *La Soberanía*. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

⁴⁸ Impende, conquanto em caráter sintético, a menção enfática da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH), proferida pela *Grand Chamber* aos 18 de março de 2011, no caso *Lautsi v. Itália*, que expõe de maneira singular e *par excellence* o multiculturalismo cultural, étnico e religioso do continente europeu, mormente relativo aos Estados membros pertencentes ao Conselho da Europa (doravante CEur), e, *pari passu*, a dificuldade ingente de integração cultural de povos de distintas origens. *In casu*, a Corte EDH, revisando sua decisão preliminar, manteve o direito dos Estados europeus de afixar nas escolas públicas crucifixos, à maneira ostensiva e compulsória, sem que, com isso, houvesse quaisquer violações à neutralidade confessional do Estado e ao princípio da secularização, em especial ao art. 2º, do protocolo n. 1, e ao art. 9º da CEDH *expressis verbis*: “Dans une très nette majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. La présence de symboles religieux dans les écoles publiques n'est expressément interdite que dans un petit nombre d'Etats membres: en ex-République yougoslave de Macédoine, en France (sauf en Alsace et en Moselle) et en Géorgie. Elle n'est expressément prévue – outre en Italie – que dans quelques Etats membres: en Autriche, dans certains Länder d'Allemagne et communes suisses, et en Pologne. Il y a lieu néanmoins de relever que l'on trouve de tels symboles dans les écoles publiques de certains des Etats membres où la question n'est pas spécifiquement réglementée tels que l'Espagne, la Grèce, l'Irlande, Malte, Saint-Marin et la Roumanie. (...) En particulier, la seconde phrase de l'article 2 du protocole no 1 n'empêche pas les Etats de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique; elle n'autorise même pas les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire. En revanche, dès lors qu'elle vise à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, elle implique que l'Etat, en s'acquittant de ses fonctions en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard notamment du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se situe pour les Etats la limite à ne pas dépasser (arrêts précités dans ce même paragraphe, §§ 53, 84h) et 52 respectivement). Alfim, registre-se o excerto do voto vencedor do juiz *Bonello*, segundo o qual a Corte EDH não poderia se permitir a sofrer de um Alzheimer histórico, desconsiderando um *continuum* cultural das nações através do tempo, e aquilo que serviu de molde para definição dos povos ao longo dos séculos, *in verbis*: “Une cour des droits de l'homme ne saurait se laisser gagner par un Alzheimer historique. Elle n'a pas le droit de faire fi de la continuité culturelle du parcours d'une nation à travers le temps, ni de négliger ce qui au fil des siècles a contribué à modeler et définir le profil d'un peuple. Aucun tribunal supranational n'a à substituer ses propres modèles éthiques aux qualités que l'histoire a imprimées à l'identité nationale”. A título ilustrativo, v. a excelsa defesa do consagrado jurista e professor da Universidade de Nova York, *Joseph Weiler*, em prol do posicionamento do Estado italiano. <https://www.youtube.com/watch?v=i0yIyxM-gnM>.

⁴⁹ Sobre a importância da “assistência letrada”, incluindo a defesa técnica por advogado, v. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Cf., CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nr. 02: Personas em Situación de Migración o Refugio/Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ): San José, C.R.: Corte IDH, 2022. p. 63.

entre a soberania dos Estados e a organização da sociedade internacional origina-se a partir de dois problemas conjugados, isto é, de uma face o fundamento do Direito internacional, e de outra as relações entre o Direito interno e internacional. Em outras palavras, é dizer:

- a) De onde o Direito Internacional extrai a sua força jurídica obrigatória;
- b) Qual Direito se sobrepõe ao outro, o Internacional ou o interno⁵⁰;

Na dicção percuciente de *Ingolf Pernice*, existe uma interpretação política e jurídica equivocada das organizações, como, por exemplo, acerca da União Europeia, que orbitam a esfera do Direito internacional, porquanto a compreensão de federação ou associação de Estados – *Staatenverbund* – tende a gerar crise na democracia e a diminuir a representação cidadã e legitimidade social de suas decisões⁵¹. Isto ocorre por tensões e distinções políticas, jurídicas e culturais, bem como pela baixa representatividade social dos organismos supranacionais⁵². Elucubrar sobre a *justiça transnacional* pressupõe um conceito teórico de justiça distributiva entre as Nações e, correlativamente, a condição de possibilidade normativa de um direito à justiça internacional, em especial no que concerne a uma igualdade de chances e ao bem-estar social em nível global⁵³.

Este percurso investigatório doutoral também se fundamenta e se justifica na construção de um *Direito Internacional dos Refugiados* – DIR – como campo analítico autônomo de reflexão jurídica, inserto no âmbito mais abrangente do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A *estrangeiridade*⁵⁴ na perspectiva jurídica, mormente no campo dogmático do

⁵⁰ DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 24 e ss.

⁵¹ PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, in: *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 543.

⁵² No ano de 2004, houve a tentativa de criação da Constituição da Europa – *Vertrag über eine Verfassung für Europa* –, no bojo da qual objetivava-se a unificação do sistema europeu e a atribuição de personalidade jurídica à União Europeia, abolindo, destarte, as funções institucionais da Comunidade Europeia (Europäische Gemeinschaft). Todavia, uma vez que os referendos realizados na França e na Holanda, em 2005, não aprovaram a Constituição europeia, por maioria de 69% e 63%, respectivamente, o Conselho Europeu desistiu do projeto, que foi reformulado *a posteriori* dando origem ao atual Tratado de Lisboa. Cf., *par excellence*, BECKMANN, Klaus; DIERINGER, Jürgen; HUFELD, Ulrich (Org.). *Eine Verfassung für Europa*. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

⁵³ Cf., O'NEILL, Onora. Transnationale Gerechtigkeit, in: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg. (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998. p. 216.

⁵⁴ No bojo da literatura ocidental, a condição do *estrangeiro* é explorada por grandes autores, de vários matizes filosóficos e ideológicos, despontando a obra de Albert Camus – *O Estrangeiro* –, de 1942, e, dentre nós, a obra de Plínio Salgado – *O Estrangeiro* –, de 1926, numa perspectiva nacionalista, *rectius*:

Direito constitucional e do Direito internacional, encetou gradativamente a partir da atuação social e política de pessoas e movimentos da própria sociedade civil, por intermédio de ONGs e Associações sem fins lucrativos, de modo a pressionar o Estado e os Organismos Internacionais à tutela jurídica dos estrangeiros migrantes⁵⁵. De se realçar na contextura do moderno Direito Internacional dos Refugiados a atuação prestimosa e pioneira do cientista e diplomata norueguês *Fridtjof Nansen*, que, após a primeira guerra mundial, e na condição de delegado da vetusta Liga das Nações, foi responsável pela repatriação de 450 mil prisioneiros de guerra. *Nansen* foi o primeiro Alto Comissário da Liga das Nações para refugiados, tendo como um dos principais méritos a criação de um instrumento jurídico de identificação internacional dos refugiados, mundialmente conhecido como “Passaporte Nansen”⁵⁶.

O ano de 2015 foi assombrosamente o pináculo inaudito da crise migratória mundial, máxime no *velho mundo*, em virtude dos fluxos ingentes de refugiados e migrantes forçados adstritos a conflitos armados, intolerância religiosa e mudanças climáticas, especialmente da Síria, Eritreia e Afeganistão, através do mediterrâneo e dos Balcãs⁵⁷. Consoante as palavras de *José Renato Nalini*, o que dantes o tema do refúgio era exceção, agora aparentemente se torna regra, recorrente e angustiante⁵⁸.

Na Alemanha, por exemplo, o fluxo migratório neste ano se tornou irrefreável, em especial da Síria (com grande destaque), do Afeganistão, do Iraque e do Paquistão. Em 2015, consoante a Secretaria Federal Alemã para Migração e Refugiados (doravante BAMF), o número de requerimentos de asilo – *Asylanträge* – foi o maior da história da Alemanha,

integralista. Na ambiência cinematográfica, não há como olvidar do curta-metragem dirigido e encenado por Charlie Chaplin, do ano de 1917, intitulado “*O Imigrante*”.

⁵⁵ Neste aspecto particular, a título ilustrativo, cf., RAMOS, André de Carvalho. *Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Expressa, 2021. p. 7.

⁵⁶ Cf., FRIDTJOF NANSEN. ACNUR, 2023. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/campanhas-e-advocacy/premio-nansen/fridtjof-nansen/>>. Acesso em 19.05.2023. Em 1954, o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) criou o prêmio Nansen em sua homenagem.

⁵⁷ A título de contextualização, no ano de 2015, a União Europeia recebeu 66.698 migrantes da Síria, 34.323 migrantes da Eritreia, 26.341 da África Subsaariana, 12.687 do Afeganistão, 9.789 do Mali, 8.642 da Gâmbia, 8.490 da Nigéria, 7.440 da Somália, 6.418 da Palestina, e 4769 do Senegal. Cf., Annual Risk Analysis 2015. Frontex. 27 de agosto de 2015. p. 59.

⁵⁸ Cf., NALINI, José Renato. Era Exceção: Será a Regra?, in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; BERTELLI, Luiz Gonzaga; SIQUEIRA, Julio Homem de. (Coord.). *Direitos dos Refugiados*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 17 e ss. O autor assevera, neste mesmo ensaio monográfico, que é inadmissível que alguém que se autodenomine “cristão” deixe de fazer algo para mitigar a situação dos refugiados. Assim, segundo o autor, ignorar o drama a que se sujeitam é uma postura que pode ser rotulada de anticristã. Ibidem., p. 17. (v. nota de rodapé n. 1 acima).

alcançando a cifra de 476.649 mil solicitações⁵⁹. No contexto brasileiro, houve, apenas no ano de 2021, 29.107 mil solicitações de refúgio, dentre os quais 22.856 mil foram provenientes de venezuelanos, em virtude da crise institucional e democrática, bem como da massiva pauperização de mais de 90% da população venezuelana⁶⁰. De se realçar, inclusive, que já há um contingente significativo de migrantes venezuelanos em busca de refúgio na Alemanha⁶¹, apesar da distância oceânica de 8.500 km. No contexto brasileiro, em setembro de 2021, em cooperação com a Organização Internacional para Migração (doravante IOM), foi desenvolvido um programa para concessão de vistos humanitários, em caráter de extrema urgência, para os afegãos, incluindo assistência à mobilidade e atividades de saúde, máxime defronte a vulnerabilidade social destes refugiados, que amiúde permanecem desalentados nos aeroportos nacionais⁶².

Como bem apontado pelo professor *Hans F. Zacher*, fundador do Instituto Max Planck de Direito e Política Social de Munique, e que se aplica *mutatis mutandis* na órbita normativa do Direito internacional migratório, os direitos (fundamentais) sociais⁶³, diferentemente dos direitos de liberdade, de igualdade e do devido processo legal, pressupõem, a rigor, uma condição (política), na qual, aqueles que precisam realizá-los, sejam capazes e estejam dispostos a fazê-lo⁶⁴. Tal assertiva do jurista da Universidade de Munique, falecido no ano de

⁵⁹ *Das Jahr 2015 war besonders durch den Zuzug von Schutzsuchenden geprägt. Im Berichtszeitraum 2015 wurden 476.649 Asylanträge (Erst- und Folgeanträge) registriert (gegenüber 202.834 im Jahr 2014). Dies entspricht einem Anstieg um 135,0% im Vergleich zum Vorjahr. Hauptherkunftsland war Syrien. Cf., Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge im Auftrag der Bundesregierung. Migrationsbericht 2015. Berlin, 2016. p. 9.*

⁶⁰ Cf., JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. *Refúgio em Números* (7ª Edição). 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, 2022. p. 11.

⁶¹ A Alemanha já recebeu 1.822 requerimentos de asilo provenientes da Venezuela. <https://www.laenderdaten.info/Amerika/Venezuela/fluechtlinge.php>. Acesso aos 05.07.2023.

⁶² Cf., Abridged Annual Report for 2021. International Organization for Migration (IOM), in: *C/113/4/Rev.1*, Geneva, 2021. p. 5. Acerca da crise migratória nacional nos aeroportos, v. <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/afegaos-que-estavam-acampados-no-aeroporto-de-guarulhos-chegam-ao-abrigo-em-praia-grande/>. Acesso em 25.07.2023. De se realçar que, neste caso específico do aeroporto internacional de Guarulhos, aos menos 25 refugiados afegãos foram diagnosticados com escabiose, doença igualmente conhecida como sarna.

⁶³ Na contextura normativa da famosa e seminal *Magna Charta Libertatum*, datada de 15.06.1215, já se previa a *relevância social* dos direitos fundamentais, e.g., mediante a proteção contra novos ônus de construção de pontes, contra serviços arriscados, e contra a desapropriação de madeiras em favor da construção de edifícios de autoridades, sem olvidar da proscrição da corruptibilidade do Direito e da Justiça. Cf., por todos, VINCENT, Nicholas. *Magna Carta – A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2012.

⁶⁴ ZACHER, Hans Friedrich. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*, in: *Menschenrechte 2: Ihre Geltung Heute*. Berlin: Colloquium Verlag, 1982. p. 117.

2015, não elide a tese da judicialização individual dos direitos fundamentais sociais perante o Judiciário, porém enfatiza fortemente a dimensão política de realização concreta dos direitos sociais através de políticas públicas universais⁶⁵. Neste sentido, a presente pesquisa doutoral, malgrado disceptações doutrinárias, não se exaure no campo jurídico-dogmático, mas congloba *pari passu* uma análise política da atuação estatal, ainda que inserto nos quadrantes, da tradicional regra do *Rule of Law*⁶⁶.

O Direito Internacional Público (doravante DIP) encontrou a primeira ressonância de grande relevo, entre nós, na doutrina⁶⁷ de Clóvis Beviláqua, que, originalmente, já antevia a questão migratória como elemento essencial desta ciência transfronteiriça. De igual forma, pelo pioneirismo e ressonância internacional, mister enfatizar a relevância de F. C. Pontes de Miranda, que propalou a ciência do direito do Brasil⁶⁸ para os mais distintos países, destacando-se o contexto jurídico tedesco, especialmente através da interação com *Karl Heinsheimer* da Universidade de Heidelberg⁶⁹, de modo que a menção de ambos autores, para além de justa homenagem, se traduz em condição necessária para quaisquer estudos envolvendo o Direito internacional no Brasil, e o papel nacional na contextura normativa global. Adstrito a esta referência doutrinária imarcescível, está igualmente no pináculo de significância a contribuição, teórica e prática, do ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ) Antônio Augusto Cançado Trindade, falecido recentemente⁷⁰, cuja obra para a designada *humanização do direito internacional* seguirá como ponto de referência em escala mundial⁷¹.

⁶⁵ Cf., FUHRMANN, Italo Roberto. “Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito à Saúde. Por Uma Reconstrução do Objeto do Direito à Saúde no Direito Brasileiro. Brasília: Consulex, 2014. p. 127 e ss.

⁶⁶ No cenário acadêmico e dogmático alemão, o conceito jurídico de *Rechtsstaat* teve como seu primeiro teórico *Robert von Mohl*, designadamente na obra intitulada *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, em 1844. Nesta obra seminal, o autor tedesco elabora originalmente o conceito de Estado de Direito em contraposição aos Estado policial anti-aristocrático, *in verbis*: “*Die Freiheit des Bürgers ist bei dieser Lebensansicht der oberste Grundsatz. Er selbst soll handeln und sich bewegen innerhalb der Grenzen der Vernunft und des Rechts; gerade eine selbstständige Ausbildung ist sein Recht und seine Pflicht gegen sich selbst*”.

⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a Synthese dos Princípios e a Contribuição do Brazil*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1911. Tomos I e II.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; GOES, Carl. Brasilien. In: SCHLEGELBERGER, Franz (Coord.). *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*. Berlin: Vahlen, 1929. v. 1, p. 810-840.

⁶⁹ Cf., por todos, SCHMIDT, Jan Peter. Vida e Obra de Pontes de Miranda a partir de uma Perspectiva Alemã, in: *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr., 2014.

⁷⁰ Falecido em 29 de maio de 2022, seu legado para o Direito Internacional é singular. V., por exemplo, ROBINSON, Patrick; ALVES, Danilo Garrido. International Court of Justice – Tributes to Judge Antônio Augusto Cançado Trindade, in: *Leiden Journal of International Law* (2023), n. 36, pp. 445-450.

⁷¹ Cf., CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015. De se realçar a obra abrangente e enciclopédica do autor

Conquanto o tema do direito internacional migratório seja transversal e supranacional, tem de ser levado em consideração a ensinança de *Robert Alexy*, já na introdução da sua tese de livre-docência na Universidade de Göttingen, segundo a qual “sob um catálogo escrito de direitos fundamentais, o problema jurídico dos direitos fundamentais é, em primeiro lugar, um problema da interpretação das formulações autorizadas pelo direito positivo⁷². Transferindo *mutatis mutandis* a problemática migratória para a contextura normativa internacional, o seu problema jurídico primacial é simultaneamente o da interpretação das formulações autorizadas (autorizativas) do direito positivo internacional, i.e., do direito convencional. A *fundamentalidade* destas normas jurídicas resulta da sua posição formal no ápice da ordem jurídica, como Direito imediatamente vinculante do poder legislativo, executivo e do judiciário, tanto num modelo puramente processual, mediante normas exclusivamente procedimentais e organizatórias, quanto num modelo puramente material, a partir do qual o conteúdo de cada norma jurídica pode ser extraído por meio de inúmeras operações metodológicas⁷³. Na expressão de *E. Forsthoff*, esta última tratar-se-ia de uma Constituição “ovo” do mundo jurídico – *juristisches Weltenei* –, justamente pelo fato de que nela tudo pode ser encontrado, desde normas penais até normas sobre a fabricação de termômetros⁷⁴. Qualquer semelhança com a atual Constituição brasileira, não é mera coincidência, justamente pelo conteúdo moral e material previsto na Constituição⁷⁵. Neste compasso reflexivo, de se realçar que, conquanto possamos falar de *uma* teoria ideal integrativa dos direitos fundamentais (geral), fato é que existem diversas teorias *reais* ou *concretas* dos direitos fundamentais, ajustáveis a inúmeras Constituições, que contribuem igualmente para a realização daquela, como a teoria liberal, a

publicada pelo editor gaúcho Sergio Antonio Fabris, intitulada *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, em 4 volumes.

⁷² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 7ª ed. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2015. “Einleitung”, p. 15.

⁷³ *Ibidem.*, p. 473-4. A Constituição alemã não é nem puramente material, nem puramente formal/procedimental, mas uma Constituição de caráter misto, material e procedimental. À parte material da GG, correspondem, para além das normas de direitos fundamentais, as normas de definição dos objetivos estatais – *Staatszielbestimmungen* –, enquanto sua parte procedimental é formada pelas normas sobre o procedimento legislativo.

⁷⁴ FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft*. 2ª ed. München, 1971. p. 144.

⁷⁵ A título meramente ilustrativo, o art. 242, § 1º e 2º, da CF/88, dispõe sobre o conteúdo do ensino de História nas Escolas, bem como determina que o Colégio Pedro II, situado no Rio de Janeiro/RJ, permaneça na órbita administrativa federal. Ademais, há mister de lembrar que o texto original da constituição previa, em seu art. 192, § 3º, a limitação dos juros a 12% ano, concernente ao sistema financeiro nacional. Cf., *par excellence*, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

institucional, a valorativa, a funcional-democrática e a social, sem que se possa, a princípio, classificar qualquer delas como incorreta ou antijurídica⁷⁶.

Malgrado o tema acerca da migração, do refúgio e do asilo se conecte estreitamente com a esfera do político, sobremaneira estribado em decisões políticas concernentes à soberania do Estado e à cosmovisão político-ideológica dos agentes estatais, a noção jurídico-dogmática do Direito Internacional Migratório e do Direito Internacional dos Refugiados está sedimentada como categoria do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do atual Direito Internacional Público, cujos baldrames normativos vinculam, como *Hard Law*, os Estados (vinculação supraestatal), bem como a atuação jurisdicional, em termos regionais, como dão conta os exemplos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, e globalmente (Corte Internacional de Justiça – CIJ/ONU)⁷⁷. Hodiernamente, o verdadeiro ponto cego dos direitos humanos é deveras representado pela figura jurídica dos refugiados, dos apátridas e dos deslocados internos⁷⁸, o que, *per se*, já justifica à saciedade o ora intercurso investigatório.

Na contextura do sistema jurídico-normativo que engendra o moderno Direito Internacional Migratório, grande contingente de normas ainda remanesce na órbita das

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 7ª ed. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2015. p. 28-9. “Das Konzept einer integrativen Theorie ist eine regulative Idee, der sich die grundrechtliche Theoriebildung auf den verschiedensten Wegen annähern kann. Jede Grundrechtstheorie, die zu ihrer Realisierung beiträgt, hat wegen dieses Beitrags ihren Wert”. Cf., igualmente, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *NJW*, 1974, p. 1530.

⁷⁷ O Tribunal de Justiça da União Europeia – *Gerichtshof der Europäischen Union* –, com sede institucional em Luxemburgo, lida igualmente com o tema dos direitos humanos fundamentais, designadamente na contextura normativa da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice/2000 (C364/1). Disponível em: <https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/court-justice-european-union-cjeu_de>. Acesso aos 31.03.2024. Há mister de tornar manifesto a designada “decisão Google”, tomada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, máxime quanto ao direito de ser esquecido – *Das Recht auf Vergessenwerden* –, que impôs deveres jurídicos aos provedores de internet relativamente à proteção de dados pessoais quando tratados em sites publicados por terceiros. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070de.pdf>>. Acesso aos 31.03.2024.

⁷⁸ PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *Direitos Humanos e Hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados*. São Paulo: Atlas, 2014. A Faculdade de Direito da PUCRS, no âmbito da Cátedra Sérgio Vieira de Mello (doravante CSVM), oferece o serviço de assessoria em direitos humanos para imigrantes e refugiados (SADHIR), que é composto por alunos e profissionais egressos da Universidade, familiarizados com as dificuldades e inseguranças enfrentadas por indivíduos em situação de vulnerabilidade no Brasil. O SADHIR atua na solução de diversas demandas relacionadas ao cenário migratório brasileiro. A iniciativa tem o objetivo de auxiliar os imigrantes a se estabelecerem no Brasil e a solucionarem eventuais demandas judiciais e dúvidas relativas a assuntos como documentação, moradia e saúde. Disponível em: <<https://www.pucrs.br/blog/sadhir-retoma-atendimentos-imigrantes-nesta-sexta-feira/>>. Acesso aos 12.08.2023.

legislações e Constituições nacionais, porquanto a migração detém uma dimensão política subjacente à noção de soberania nacional. Cada Estado possui um arquétipo legal sobre a condição jurídica do estrangeiro, e as possibilidades correlativas de ingresso, permanência e retirada territorial dos não-nacionais, consentâneo, com muita frequência, às distintas cosmovisões políticas dos detentores do poder do Estado. Quanto mais forte e autocentrado for o Estado⁷⁹, incluindo a forma angusta e hermética de positivação constitucional das relações entre indivíduo e Estado, bem como entre Estados, e Estado e Órgãos Internacionais, mais amplo é o alvedrio estatal, e o leque correlativo de possibilidades, para determinar o *status* jurídico do migrante, em termos de direitos e deveres, mormente no que diz respeito às mudanças sucessivas dos governantes no poder, e das alterações no consenso social acerca da figura do migrante.

A título de ilustração, as últimas disputas eleitorais para a presidência dos Estados Unidos (2020)⁸⁰, e para chanceler federal na Alemanha (2021)⁸¹, foram, em grande escala, pautadas pela *questão migratória*, especialmente em relação aos critérios legais de entrada e permanência de refugiados, às políticas públicas de integração social dos migrantes, bem como pelas pautas populistas de jaez xenofóbico. Este alvedrio estatal, malgrado referendado pelo conceito clássico de soberania estatal, encontra limites jurídicos objetivos em *standards* internacionais de tutela do migrante, especialmente em se tratando de distinções entre nacional e migrante, bem como de migrante documentado e o indocumentado, prevalecendo, em quaisquer hipóteses, o princípio da igualdade perante a lei, o devido processo legal, a proporcionalidade e objetividade da medida, bem como a sua razoabilidade (*Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, Série C n. 282)⁸².

⁷⁹ O exemplo típico e paradigmático é o do Estado totalitário, no qual o estrangeiro não detém qualquer direito, sequer o direito à existência. Para um contexto ilustrativo do Estado total, cf., a obra no Direito alemão de FORSTHOFF, Ernst. *Der Totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

⁸⁰ De acordo com o jornal norte-americano *The Dallas Morning News*, a questão migratória é a pergunta de um milhão de dólares para a disputa eleitoral nos Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.dallasnews.com/opinion/commentary/2023/04/17/what-polling-reveals-about-americans-feelings-about-immigration/>>. Acesso em 20.05.2023.

⁸¹ O Jornal alemão *Die Zeit* propalou as plataformas políticas sobre migração nos partidos alemães, testificando a proeminência destas em todos os programas no pleito eleitoral alemão de 2021. Disponível em:

<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-08/fluechtlingspolitik-wahlprogramme-bundestagswahl-migration-zuwanderung-afghanistan?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F>. Acesso em 20.05.2023.

⁸² CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nr. 02: Personas en Situación de Migración o Refugio / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). San José, C.R.: Corte IDH, 2022. p. 5.

É insofismável que o fenômeno hodierno da migração internacional ocupa um lugar proeminente na contextura política dos mais diversos países em escala mundial. No âmbito interamericano, Brasil, Argentina, Estados Unidos⁸³, México, Venezuela, Peru, Canadá, Haiti, República Dominicana e Colômbia são exemplos paradigmáticos do quanto os fluxos migratórios dos últimos anos alteraram profundamente a política, a economia e o Direito interno das nações do continente americano. Consta-se, outrossim, acerbamente que o tema da migração é tratado amiúde na perspectiva de aviltamento da condição jurídica e social do migrante, avultando a xenofobia, a discriminação, a criminalização dos migrantes e o nacionalismo exacerbado na contramão da atual fase de desenvolvimento dogmático do Direito Internacional Público e Humanitário. Basta, neste contexto, a referência ao assim chamado *Trump Wall*⁸⁴, plataforma política dos republicanos utilizada no pleito eleitoral de 2016 nos Estados Unidos para aumentar a extensão do muro que demarca a fronteira com o México.

Imerso neste cipoal, o Brasil deu um passo legislativo deveras importante para a proteção efetiva dos migrantes, designadamente mediante a nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), que foi regulamentada pormenorizadamente pelo Decreto 9.199/17⁸⁵. A utilização de novas tecnologia, máxime a inteligência artificial no caso específico do Canadá⁸⁶ (v. abaixo o item 1.2.7), igualmente tem redimensionado a questão migratória a patamares dantes inimagináveis, inclusive expondo os migrantes a novas formas de violações de seus direitos humanos e fundamentais⁸⁷.

⁸³ Malgrado pertençam ao bloco continental americano, até o momento os Estados Unidos não são signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, que entrou em vigor aos 18 de julho de 1978.

⁸⁴ O Jornal britânico BBC indica que o governo Trump atuou muito mais na reconstrução e realocação de barreiras já existentes do que propriamente na construção e ampliação de novas contenções. TRUMP WALL. BBC, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-46824649>>. Acesso em 17.09.2022.

⁸⁵ O referido decreto incluiu em seu art. 1º, inciso VII, o refugiado como pessoa que recebe proteção especial do Estado brasileiro nos termos da Lei 9474/97, formando uma disciplina unificada e autônoma do direito migratório nacional. Em face da amplitude regulamentar do decreto 9199/17, a Corte Constitucional Brasileira se manifestará acerca da constitucionalidade de seus diversos preceitos, assim como no que concerne à própria Lei 13.445/17.

⁸⁶ *Immigration, Refugees and Citizenship Canada*. Disponível em: <<https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship.html>>. Acesso aos 02.01.2024.

⁸⁷ Cf., por todos, FUHRMANN, Italo Roberto; SARLET, Gabrielle Sales. Direito Internacional Migratório e Discriminação Algorítmica – Desafios e Perspectivas, in: FUHRMANN, Italo Roberto; SARLET, Gabrielle Sales (Orgs.). *Tecnologia & Discriminação*. Tomo I. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023.

A cidadania global – *Weltbürgerschaft* – é, por óbvio, um objetivo por ora quimérico, conquanto já haja instrumentos jurídicos e políticos nesta direção⁸⁸. O próprio novel diploma legislativo migratório brasileiro inaugura uma “viragem copernicana” na abordagem dos migrantes, outrora considerados como ameaça à segurança nacional e aos trabalhadores brasileiros⁸⁹, e agora vistos na perspectiva da proteção integral dos direitos humanos na esfera internacional.

Não é possível olvidar, no bojo deste intercurso científico-acadêmico, a benfazeja *revolução tecnológica*, e suas múltiplas chances e oportunidades correspectivas, exurgida nas últimas décadas, com influência significativa para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais num mundo globalizado e sem fronteiras. Esta disrupção digital engendrou uma contextura econômica e social inaudita na história da civilização, podendo ser equiparada, em termos de significância e amplitude, à revolução industrial do século XVIII e à revolução francesa de 1789.⁹⁰ Uma convulsão social – *soziale Umwälzung* – ubíqua e sem fronteiras está tomando corpo envolta da cognominada revolução digital, impactando estruturalmente as mais variadas áreas do saber, mormente a política e o Direito. No bojo do presente ensaio monográfico intenta-se pari passu assentar uma delineação dogmáticamente adequada de dois campos de análise que despontam no fenômeno da *digitalização*, quais sejam, a inteligência artificial e o Direito internacional migratório, máxime no que atine ao evitamento de discriminações e de toda a sorte de violações estatais aos direitos fundamentais dos migrantes e refugiados por intermédio do uso indevido das novas tecnologias, tanto no contexto brasileiro, quanto alemão, seja na análise preditiva para a concessão de vistos, seja na política interna concernente aos estrangeiros⁹¹.

O avanço tecnológico na senda no novo milênio constitui-se em um processo contínuo, permanente e insofismável, cuja essência retrata a própria natureza humana em potencializar os interesses individuais e coletivos, assim como em solver, de forma cada vez mais eficaz, as suas

⁸⁸ Cf., *Global Compact for Migration* – IOM, in: <https://www.iom.int/global-compact-migration> Ver igualmente a *New York Declaration for Refugees and Migrants*, de 2016, in: https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/our_work/ODG/GCM/NY_Declaration.pdf

⁸⁹ Basta, neste contexto, uma breve análise do vetusto Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 8.615/80), bem como a Lei n. 818/49, igualmente ab-rogada pela Lei de Migração, acerca da aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e da perda dos direitos políticos.

⁹⁰ Cf., HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1 e ss. Tradução do alemão por Italo Roberto Fuhrmann.

⁹¹ No contexto canadense, cf., MOLNAR, Petra. New Technologies in Migration: human rights impacts, in: *FM Review*, 61, The Ethics Issue, junho de 2019.

necessidades⁹². Por certo, o progresso tecnológico engendra simultaneamente novas necessidades e novas formas de violações a direitos, fato que pode ser testificado à sociedade no uso ilimitado e indiscriminado das novas mídias sociais, designadamente no que tange ao discurso de ódio e à disseminação dolosa de notícias falsas – *Fake News*⁹³. Nesta exata linha, em virtude do exacerbamento das possíveis ameaças a direitos das pessoas na internet, o Conselho de Direitos Humanos da ONU publicou, no ano de 2016, a Resolução A/HRC/32, que assevera a amplitude protetiva dos direitos humanos igualmente na esfera virtual: “*the same rights people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression.*”⁹⁴.

A revolução dimanante das novas tecnologias digitais impactou inelutavelmente a forma da configuração das relações sociais numa escala mundial, substituindo fronteiras físicas com um mero toque na tela *touchscreen*⁹⁵. Tal asserção apodítica indubitavelmente põe no pináculo das discussões os desafios, riscos e chances exurgidas desta revolução para o campo do Direito, tanto como instrumento de regulação jurídica do uso das técnicas digitais, quanto como objeto influenciado e alterado pelo fenômeno da *digitalização*.

A aporia irrogada pelo uso das novas técnicas digitais concerne à possibilidade de descaracterização do humano, num estágio designado de *pós-humanismo*, na perspectiva restrita de um mero produtor de dados e informações, imerso numa sociedade hiper conectada e submetida a padrões inauditos de vigilância permanente⁹⁶, tudo a rememorar com toques de

⁹² Cf., por todos, HOFMANN-RIEM, W., *Recht im Sog der Digitalen Transformation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, p. 97 e ss.

⁹³ Interessante notar, contudo, que a Lei de imprensa brasileira de 1967, revogada pela ADPF n. 130, previa expressamente, em seu art. 16, o crime de publicação ou divulgação de notícias falsas, com pena de 1 a 6 meses de detenção.

⁹⁴ Acesso a versão em espanhol em: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf

⁹⁵ TAVARES, André Ramos. *O Juiz Digital*. Da Atuação em Rede à Justiça Algorítmica. São Paulo: Expressa, 2022. p. 6.

⁹⁶ Desde o ano de 2019, uma obra vem chamando a atenção do público acadêmico em geral. Trata-se de veras do livro “A Era do Capitalismo de Vigilância”, da consagrada autora e professora de Harvard, *Shoshana Zuboff*. A sociedade tecnológica e da informação engendrou uma nova dimensão autônoma e virtual da existência humana, mediante o processamento inaudito de informações e dados, inclusive pessoais, entrelaçando de modo inextricável as esferas do on-line e off-line. No que toca à jurisprudência tedesca recente, vale citar a decisão do primeiro senado do BVerfG - BvR 2835/17, prolatada aos 19.05.2019, sobre a atuação da agência de inteligência alemã (BND), dentro e fora da Alemanha, concernente à proteção da privacidade e dos dados pessoais. Em suma, o Tribunal definiu em 9 pontos significativos acerca do estado de inconstitucionalidade da lei que estrutura o funcionamento atual do Serviço Federal de Informações alemão, e prescreveu a sua adaptação ao acórdão até a data de 31.12.2021, a ser levada a efeito pelo parlamento alemão: (1) previsão de critérios objetivos para selecionar dados de comunicação, ou seja, a lei deve prescrever objetivamente quais os critérios legítimos para o levantamento de dados, inclusive para possibilitar controle legal a posteriori; (2) limitação para o levantamento de dados, isto é, deve haver previsão temporal e de conteúdo determinada na Lei para atividades de levantamento de dados; (3) definição de objetivos qualificada para a vigilância

sofisticação a distopia vaticinada por George Orwell, na obra *1984*. Os efeitos advindos do uso das novas tecnologias da informação no âmbito migratório são significativos e cada vez mais amplos, impondo-se uma análise jurídica transversal e atualizada acerca dos benefícios, mas também dos riscos envolvidos na tutela dos direitos fundamentais e humanos do migrante.

O fenômeno da digitalização estrutura-se a partir da existência de diversos objetos e sistemas integrados em nosso cotidiano e nas relações sociais em geral. Os dados pessoais⁹⁷, os algoritmos, a própria internet, a inteligência artificial, as plataformas digitais, a robótica, os sistemas cibernéticos, a internet das coisas (IoT) e o *blockchain* passaram a ser compreendidos como fatores indispensáveis para a concreção da atual revolução digital, que transformou a nossa forma de existência, autodeterminação e interação nesta nova sociedade tecnológica e informacional. A eclosão da pandemia da COVID-19, em 30 de janeiro de 2020, acelerou o processo de transformação digital, em especial nas relações de trabalho, na economia de um modo geral, na educação e na saúde (pública e privada). Malgrado o número significativo de pessoas infectadas e de casos de morte, 657.977.733 milhões e 6.681.433 milhões em todo

estratégica. Isto significa que a Lei deve estipular critérios qualificados que deem ensejo a uma ação de vigilância estratégica, a fim de tutelar um relevante bem jurídico de índole constitucional; (4) estruturação da vigilância com base em medidas especificamente definidas (5) requisitos especiais para autorizar a vigilância de dados pessoais (6) limites para a conservação de dados de tráfego (7) determinações pré-definidas para a avaliação destes dados (8) precauções para a proteção de relações de confidencialidade (9) garantia de um núcleo essencial protetivo das comunicações e a obrigatoriedade do descarte. Igualmente restou consignado que a transmissão de dados pessoais provindos da vigilância estratégica só é permitida para a proteção de relevantes bens jurídicos, e pressupõe uma situação de perigo concreta ou a suspeita suficientemente concreta de um ato criminoso. Isto significa dizer que lei não pode conceder uma “carta branca” para a atuação estratégica do governo Alemão, mas deve fixar limites normativos para tal atuação, e exigir a fundamentação criteriosa para o desempenho de vigilância na internet, a partir de casos concretos, e que possam ser objeto de controle por órgãos independentes.

⁹⁷ Muito recentemente, o STF vem atuando no sentido de criar um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, e moldar, no direito constitucional positivo brasileiro, um direito fundamental à autodeterminação informativa, a exemplo da doutrina e jurisprudência alemãs. Neste compasso, foram três as decisões mais significativas sobre o tema, a saber a Medida Cautelar em Mandado de Segurança 36150, julgada pelo ministro relator Roberto Barroso, que, em linhas gerais, sustou a ordem de compartilhamento de dados do INEP (Instituto Educacional Anísio Teixeira) proferida em acórdão do TCU para fins de auditoria do programa Bolsa Família. Neste caso, os dados de alunos colhidos através do ENEM e do Censo escolar foram protegidos face uma medida estatal de controle interno de políticas públicas. Outra decisão relevante foi a ADI 6393, e que foi objeto de grande repercussão nacional, inclusive em termos midiáticos, abordando o caso da Medida Provisória 954/2020 que autorizava o compartilhamento de dados de usuários de telefonia móvel e fixa com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A decisão foi proferida em sede de julgamento monocrático pela min. Rosa Weber, que, de modo expresso, vedou, cautelarmente, o acesso aos dados pessoais cadastrados nas empresas de telefonia, ainda que o objetivo governamental fosse de combate à pandemia da Covid-19 no sentido da tutela coletiva da saúde. Finalmente, cite-se o decisum ADPF 695, cuja relatoria coube ao min. Gilmar Mendes, na qual foi suspenso o compartilhamento de dados referentes a carteira nacional de habilitação de 76 milhões de brasileiros cadastrados pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) à Agência Brasileira de Inteligência (Abin).

mundo⁹⁸, respectivamente, a nova ambiência institucionalizada pela emergência em saúde pública do novo coronavírus trouxe novos desafios e outros horizontes para a vida em sociedade, que vem se tornando cada vez mais *on-line*, ou mesmo *on-life*⁹⁹.

Em fato, a razão de ser última das reflexões e elucubrações que serão intentadas concernentes ao fenômeno da digitalização é de minimizar ao máximo os riscos e danos oriundos na seara da migração internacional, em especial da análise preditiva e, por vezes, discriminatória, porém potencializar as chances e os benefícios para a tutela efetiva dos direitos humanos a partir das novas tecnologias, em especial da *inteligência artificial*. Na perspectiva cinematográfica, o augúrio expressado a seguir ilustra a pretensa panaceia e catarse advindas das novas tecnologias: “no ano de 2026, cada rotação de eixo da máquina significará ouro, e criará para seus filhos o milagre dos jardins eternos”. Tal milagre, no entanto, apenas beneficiava uma diminuta parcela da população, pelo menos conforme genialmente retratado no filme ficcional dirigido por *Fritz Lang*, “*Metrópolis*”, lançado em 1927, e que previa, de modo profético, a catástrofe da divisão social absoluta produzida pela técnica num mundo onde o humano e o não-humano se confundiam. Por certo que os avanços da técnica e da ciência produzem benefícios incalculáveis na área da economia, da saúde, do trabalho e do meio ambiente. Nada obstante esta constatação, é preciso desenvolver mecanismos legais e éticos para o controle e minimização dos riscos advindos do progresso aleatório e do uso arbitrário das novas tecnologias, sobretudo para potencializar a inclusão social e a tutela efetiva dos direitos fundamentais no contexto digital. O direito à imagem¹⁰⁰ é igualmente um tema de curial

⁹⁸ Disponível em: <<https://covid19.who.int/>>. Acesso em 06.01.2023.

⁹⁹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. Transformação Digital. Desafios para o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 24 e ss. Tradução de Italo Roberto Fuhrmann.

¹⁰⁰ Mesmo antes do surgimento das redes sociais, o direito à imagem em cotejo dialético com a liberdade de expressão e artística foi objeto de intensa elucubração judicial, especialmente no rumoroso caso *Strauss*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1987. Com efeito, tratava-se de um caso judicial envolvendo um proeminente político alemão, cuja carreira foi construída na Bavária, e que quase chegou a ser Chanceler da Alemanha na década de 1980. Franz-Josef Strauss é tão reconhecido na Alemanha, e em especial na Bavária, que o aeroporto de Munique leva o seu nome. O caso “*Strauss-Karikatur*” se tornou, de modo emblemático, o aresto judicial que moldou o entendimento de toda a justiça alemã acerca da liberdade de expressão, designadamente quando em jogo a imagem de personalidades públicas. Também restou consignado que a liberdade de expressão, ainda que artística, científica e intelectual, não é ilimitada, e encontra barreiras intransponíveis nos assim chamados direitos da personalidade, ainda que seus titulares sejam pessoas públicas.

A decisão do caso *Strauss* foi tomada em 03 de junho de 1987, um ano antes do seu falecimento, estabelecendo limites e diretrizes para o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão artística positivado no art. 5º (III) da Lei Fundamental alemã de 1949. O tribunal entendeu, à época, que caricaturas que violavam o núcleo da honra e imagem da pessoa humana, no sentido do art. 1º (I) da LF, não estavam abrangidas pelo direito à liberdade de expressão artística. No caso, o jornalista de Berlin *Rainer Hachfeld* publicou em sua Revista (*Konkret*) três caricaturas do então ministro de Estado Franz-Josef Strauss, onde o mesmo era retratado como um porco copulando com outro porco que representava

significância neste contexto de digitalização maciça e onipresente, mormente pelo fato de que sua eventual conspiração permanece eternamente na internet, virtualmente.

Conquanto haja um amálgama inextricável entre a migração internacional e a política doméstica dos países, vale enfatizar que a dogmática do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional impõe um limite iniludível aos poderes públicos e aos Estados nacionais concernente à condição jurídica do estrangeiro, máxime a garantia jurídica dos direitos (e deveres) fundamentais dos migrantes, tanto na esfera dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, quanto na órbita das Constituições e leis nacionais. A interrelação inextricável entre o direito interno, o direito internacional e estrangeiro é ilustrativamente plasmado na figura jurídica das *cartas rogatórias*¹⁰¹, instrumento processual *par excellence* para a promoção da cooperação jurisdicional entre as nações.

No âmbito normativo interno do Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988, em especial na sua parte dogmática, prevê disposições sobre concessão de asilo político (art. 4º, inciso X)¹⁰², sobre a formação de uma comunidade integrada da América Latina (art. 4º, parágrafo único), a distinção entre brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º, *caput*), o *status* constitucional dos Tratados de Direitos Humanos aprovados por 3/5 dos votos de ambas as casas do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º), a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º), os critérios para a aquisição da nacionalidade brasileira originária e derivada (art. 12, incisos I e II), os cargos privativos aos brasileiros natos (art. 12, § 3º), o caráter nacional dos partidos políticos, sem quaisquer dependências e financiamentos de entidades ou governos estrangeiros (art. 17, *caput*, inciso I), a competência privativa da União para legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros

o sistema de justiça alemão. Através de tais caricaturas, o jornalista alemão queria expor o contentamento, aliás, o prazer animalesco do político alemão pelo fato de ter todo o aparato da justiça alemã à sua inteira submissão. Malgrado tal expressão tenha o conteúdo político e de crítica numa sociedade democrática, para a Corte Constitucional alemã o direito à honra e à imagem não poderiam ser completamente elididos, mesmo que se trate de uma crítica política aos ocupantes de cargos públicos. Também deve ser consignado que o Tribunal àquela altura não removeu de circulação o periódico, ou seja, as caricaturas ultrajantes, que permaneceram na esfera pública alemã, mas simplesmente mantiveram as decisões de instâncias inferiores que aplicaram uma multa pecuniária ao jornalista, no sentido de uma responsabilização penal *a posteriori*.

¹⁰¹ À semelhança do direito brasileiro, as cartas rogatórias são conceituadas, por exemplo, no plano doutrinário latino-americano, como “Exhorto; medio de comunicación entre las autoridades superiores del Poder Judicial, o dirigido a jueces extranjeros, requiriendo la colaboración necesaria para el cumplimiento de ciertos actos, tales como notificaciones, embargos, declaraciones de testigos, que deben realizarse fuera del lugar del juicio”. Cf., por todos, a obra do eminente processualista uruguaio, *Eduardo Juan Couture, Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1976. p. 136.

¹⁰² Em virtude da localização topográfica, e da abrangência semântica, o direito ao asilo, no Brasil, é mais do que uma garantia individual, podendo ser conceituado como uma imposição ao Estado brasileiro nas suas relações internacionais.

(art. 22, inciso XV), a competência exclusiva do Congresso Nacional par resolver em caráter definitivo acerca dos Tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (at. 49, *caput*, inciso I), a proibição de medidas provisórias sobre questões de nacionalidade (art. 62, § 1º, inciso I, alínea “a”), a atribuição do Presidente da República para celebrar Tratados, Convenções e Atos internacionais (art. 84, inciso VIII), a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, inciso I, alínea “g”), a competência recursal do STF em julgar decisões que declarem a inconstitucionalidade de Tratado internacional (art. 102, inciso III, alínea “b”), a competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas entre Estado estrangeiro ou Organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (art. 109, inciso II), e as causas fundadas em Tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou Organismo internacional (art. 109, inciso III), e, alfim, a previsão de que os investimentos de capital estrangeiro devem atender aos interesses nacionais (art. 172, *caput*), a limitação de aquisição e arrendamento de propriedade rural por estrangeiros (art. 190, *caput*), a possibilidade de admissão em Universidades de professores estrangeiros (art. 207, § 1º), o direcionamento preponderante da pesquisa tecnológica para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional (art. 218, § 2º), a exclusividade do direito de propriedade das empresas jornalísticas e de radiodifusão a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou a pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e com sede no País (art. 222, *caput*).

Após este epítome da parte internacional da Constituição brasileira, não remanesce quaisquer dúvidas de que o Estado brasileiro está jungido e estritamente limitado a condicionantes jurídicas de matriz constitucional, incluindo a parte destinada aos direitos e garantias fundamentais (Título II), no sentido de que o migrante não pode ser reduzido a mero objeto da política nacional, consoante as necessidades afeitas à segurança nacional, ou mesmo de uma suposta proteção do mercado interno em favor do trabalhador nacional. Ademais, há mister de se mencionar, com especial destaque, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal que, ao conferir *status* jurídico supralegal aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, incluindo neste contexto a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado (1951)¹⁰³, condicionou todo o arquétipo legislativo pátrio aos *standards* internacionais e regionais de

¹⁰³ Este instrumento internacional de tutela dos refugiados foi internalizado no Direito brasileiro aos 28 de janeiro de 1961, por meio do Decreto 50.215.

proteção do migrante, malgrado submetidos, em última análise, ao crivo do controle jurisdicional de constitucionalidade¹⁰⁴.

Conquanto a regulação normativa da condição jurídica do estrangeiro esteja deveras ancorada na esfera constitucional, por muito tempo os principais aspectos concernentes ao migrante eram tratados pelo vetusto *estatuto do estrangeiro*, plasmado na Lei n. 6815/1980¹⁰⁵, com conotação inequívoca de defesa da segurança nacional. Uma breve leitura do seu art. 2º já testemunha o grau de arbitrariedade e de vinculação com a ambiência autocrática da época em que fora concebido: “*Na aplicação desta lei, atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional*”. Tal cosmovisão jurídica da *estrangeiridade*, obsoleta e anacrônica mesmo defronte ao Direito internacional da época, apenas foi sobrepujada e abrogada com o advento do nova Lei de migração (Lei n. 13.445/17)¹⁰⁶, a qual, evitando hermetismos e conceitos abstrusos, promoveu a figura do estrangeiro como titular de direitos, elidindo o *vacuum* outrora existente entre a órbita do direito internacional dos direitos humanos e do direito nacional.

O empuxo original justificador da análise científica e dogmática da questão migratória nesta pesquisa doutoral radicou na constatação do recrudescimento progressivo e inaudito dos fluxos migratórios e de refugiados nos últimos anos, mormente para os países centrais da Europa (Itália, França e Alemanha), assim como, no continente americano, para o Brasil, Canadá e Estados Unidos, asseverado pelos relatórios estatísticos publicados pela Organização Internacional para Migração (IOM-UN)¹⁰⁷. Redimensionando o tema para um patamar de maior

¹⁰⁴ O bloco de constitucionalidade para efeitos de controle jurisdicional pelo STF só é integrado pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem aprovados por maioria de 3/5 dos votos no Congresso Nacional, em dois turnos de votação (art. 5º, § 3º). Hodiernamente, são quatro Tratados Internacionais de Direitos Humanos com *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, a saber a) Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência (2008), b) Protocolo Facultativo à Convenção de Nova York (2008), c) Tratado de Marraquexe para Facilitar o acesso a obras publicadas a pessoas cegas ou com deficiência visual (2018), e d) Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (2022).

¹⁰⁵ O cognominado estatuto do estrangeiro, dentre outros aspectos, criou o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que até hoje integra a estrutura do Ministério da Justiça e da Segurança Pública do governo federal. <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/resolucoes/1711-conselho-nacional-de-imigracao>.

¹⁰⁶ A Lei de migração traz os conceitos normativos de imigrante, emigrante, residente fronteiriço, visitante e apátrida, bem como as diretrizes para a política migratória brasileira. O decreto n. 9.199, de 2017, regulamentou a Lei de migrações, máxime quanto aos critérios de concessão de vistos e à introdução da figura jurídica do refugiado na condição de migrante.

¹⁰⁷ A Organização Internacional para Migração surgiu em 1951 na esteira da catástrofe da segunda guerra mundial, sobremaneira em face da crise humanitária de deslocamento populacional jamais vista na história. Nada obstante, a IOM notabilizou-se, em especial, pela sua atuação portentosa nos episódios

significância, a Organização das Nações Unidas (ONU), em sua agenda 2030, especificamente na meta 10.7, estipula como objetivo de desenvolvimento sustentável para a redução das desigualdades a facilitação da migração e da mobilidade ordenada, segura, regular e responsável de pessoas, inclusive por meio da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas¹⁰⁸.

O fenômeno socioeconômico das migrações, como já pode ser depreendido deste sintético escólio, está indissociavelmente relacionado à formação cultural e econômica da sociedade contemporânea em termos globais¹⁰⁹, bem como se consubstancia num elemento característico da própria personalidade humana (individual), atrelada a uma perspectiva de mudança e de busca constante por crescimento pessoal e material. O tema das migrações forçadas (involuntárias) ganhou relevo significativo no âmbito da política internacional a partir de 1945, com um deslocamento populacional jamais visto na história moderna. A doutrina tradicional do Direito internacional público, entretanto, sempre postulou o entendimento segundo o qual nenhum Estado seria, a rigor, obrigado, por princípio de Direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território, no sentido de uma *admissão discricionária*, seja em definitivo, seja a título temporário, o que torna o tema mais intrincado na perspectiva de uma sociedade internacional descentralizada¹¹⁰.

A partir da segunda década do século XXI¹¹¹, houve um significativo recrudescimento do fluxo migratório, em especial para o continente americano e europeu¹¹², decorrente, em grande escala, da irrupção dos conflitos no oriente médio, em especial na Síria¹¹³, na guerra

de ressonância histórica da Hungria, em 1956, da antiga Tchecoslováquia, em 1968, do Chile, em 1973, dos refugiados vietnamitas (*Vietnamese Boat People*, de 1975), no Kuwait, em 1990, Kosovo e Timor (1999), bem como das catástrofes ambientais envolvendo o Tsunami na Ásia e os terremotos no Paquistão. Cf., INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. Disponível em: <<https://www.iom.int/iom-history>>. Acesso em 21.05.2023.

¹⁰⁸ Cf., AGENDA 2030. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, 2023. Disponível em: <<https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=10>>. Acesso em 21.05.2023.

¹⁰⁹ V., por todos, PERRY, John; PERRY, Erna. *Contemporary Society: An Introduction to Social Science*. 13ª ed. New York: Person Education, 2016. p. 264.

¹¹⁰ RESEK, José Franciso. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

¹¹¹ Consoante o relatório mundial da Organização Internacional para a Migração (IOM-UN), o número atual de migrantes internacionais no Mundo é de 281 milhões de pessoas, conformando 3,6 % da população mundial. Cf., MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. Introdução do diretor-geral da IOM, António Vitorino.

¹¹² Por conta deste processo migratório, estão surgindo, de forma sistemática, novas leis e atos normativos no âmbito do direito positivo nacional e no Direito Internacional, com o escopo de “racionalizar” este intenso deslocamento de pessoas, tanto no contexto europeu quanto americano.

¹¹³ A guerra civil na Síria começou com uma série de protestos populares em 26 de janeiro de 2011, e se tornou um levante armado em 15 de março de 2011. Atualmente, de cada três refugiados no Planeta,

civil do Haiti e da crise econômica, política e social na América Latina, em especial na Venezuela, ganhando contornos mais agudos desde a sua denúncia à Convenção Americana de Direitos humanos em 2012. Esta crise de deslocamento intenso de grandes contingentes populacionais está afetando de forma abrupta e intensa países como a Alemanha, onde os requerimentos por asilo e refúgio crescem substancialmente a cada ano¹¹⁴, provenientes, em grande escala, de países com formação social, cultural e religiosa diametralmente oposta. Por outro lado, a América Latina atinge o Brasil, especialmente no contexto da imigração venezuelana no norte do país¹¹⁵, bem como da imigração boliviana e africana na região sudeste. Não raras vezes, os Estados nacionais isolados não conseguem dar respostas adequadas, seja do ponto de vista do direito internacional, seja na perspectiva pessoal dos migrantes, quase sempre em situação de vulnerabilidade econômica e psicológica, o que acaba por ser decidida, em última análise, pelas instâncias judiciais internacionais de proteção dos direitos humanos. Mesmo assim, ainda remanesce obscuro e sem uma resposta clara e efetiva, na literatura acadêmica em geral, o nível e a intensidade da adesão dos Estados à jurisprudência internacional, não apenas no âmbito específico da obediência à decisão do caso concreto, mas também no que se refere à influência na política interna legislativa dos Estados e na adoção de políticas públicas gerais.

1.1 O *Consentimento* como fundamento do Direito Internacional e a *Solidariedade* como Categoria Jurídico-Normativa Supranacional no contexto da proteção multinível de direitos

O consentimento na esfera normativa do Direito Internacional Público é a principal e definitiva condicionante para a limitação da soberania dos Estados e para a vinculação, ou melhor: auto vinculação, da política e do Direito internos às diretrizes e decisões de órgãos e

um é sírio. Hannoversche Allgemein. Disponível em: <http://www.haz.de/Nachrichten/Politik/Deutschland-Welt/In-welchen-Laendern-Fluechtlinge-Zuflucht-suchen>. Acesso em 10.03.2020.

¹¹⁴ Consoante os dados fornecidos pelo Ministério de Estado Alemão para Migração e Refugiados (BAMF), de janeiro a abril de 2019, foram requeridos 51.370 novos pedidos de refúgio ao governo alemão, provenientes, em sua maioria, da Síria, Iraque e Nigéria.

Disponível em: <http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Statistik/Asyl/aktuelle-zahlen-zu-asyl-april2019>. Acesso em 07 de junho de 2019.

¹¹⁵ Apenas no ano de 2018, conforme a Agência da ONU para os refugiados, foram registrados no Brasil 61.681 pedidos de refúgio por venezuelanos. <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 15.10.2019.

instituições internacionais, por exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH). Consoante assentado na melhor dogmática do Direito Internacional¹¹⁶, o consentimento político e jurídico do Estado, livre e soberano, é um pressuposto irrefragável e condição de possibilidade para a sua auto vinculação imperativa aos *standards* internacionais¹¹⁷. A absonância entre o nível da política doméstica e o contexto supranacional proscreve quaisquer possibilidades de submissão do Estado aos imperativos jurídicos internacionais, cuja observância pressupõe um assenso expresso e iniludível *ex-ante*, por intermédio de um ato jurídico formal, bilateral ou multilateral, chancelado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹¹⁸. O consentimento é, portanto, e ainda hoje, um baldrame estruturante do Direito Internacional Público, e um pressuposto insofismável para a sua concretização prática. A par desta contextura dogmática, é realçada a significância, inclusive em termos globais, das designadas *Convenções de Montevideu*¹¹⁹, assinadas a 26 de dezembro de 1933, que, à maneira original e pioneira, previram expressamente os direitos e deveres dos Estados e o asilo político na órbita internacional, inaugurando o conceito moderno de igualdade soberana ou soberania igualitária, bem como o corolário da não-intervenção¹²⁰.

O Direito Internacional Público, outrora cognominado de direito das gentes ou das nações – *Völkerrecht* –, transcendeu o arquétipo enciclopédico e meramente acadêmico, desde uma perspectiva notadamente filosófica, por exemplo os tratados de *Emer de Vattel*, *Hugo Grotius* e *Francisco de Vitória*¹²¹, tornando-se, por um imperativo político e econômico, no principal ramo normativo do Direito com o espoco de solver questões pragmáticas, porém cada vez mais complexas, dimanantes das relações comerciais, econômicas, políticas e diplomáticas que demandam uma resposta assertiva e dogmática numa ambiência global e interdependente de nações. O *consentimento* foi e continua sendo o principal elemento jurídico para a

¹¹⁶ Conforme aduz o jurista italiano *Anzilotti*, a possibilidade de aplicação interna do Direito Internacional Público é atribuída ao Direito público interno. ANZILOTTI, Dionisio. *Direito Internacional nos Julgamentos Internos*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2021. p. 159. Tradução de Arno Dal Ri Júnior.

¹¹⁷ Cf., na doutrina brasileira, RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25 e ss.

¹¹⁸ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7030 (2009), dispõe, no art. 27, que nenhuma parte pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um Tratado.

¹¹⁹ O Brasil integralizou as referidas Convenções por intermédio do Decreto 1.570, de 13 de abril de 1937.

¹²⁰ Cf., *par excellence*, o professor da Universidade Católica de Louvain, *Pierre d'Argent*, no seu curso on-line *International Law*, in: <https://home.edx.org/internationallaw>. Acesso aos 26.09.2023.

¹²¹ Para um estudo compacto e ilustrativo dos principais autores do Direito Internacional em perspectiva histórica, cf. CLARO, Carolina. O Caso *Hirsi Jamaa e Outros vs. Itália* e a Responsabilidade Estatal no Tratamento de Estrangeiros, in: *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, vol. 1 (2), 2010. pp. 154-170.

sedimentação do direito internacional como direito cogente e imperativo (ou melhor: auto imperativo), conquanto o talante imanente à volatilidade dos interesses políticos idiossincráticos, por vezes sobrepuja esta *conditio sine qua non* para o evitamento da incivilidade nas relações políticas e jurídicas entre Estados soberanos.

Ainda remanesce insofismavelmente na doutrina e na prática do Direito Internacional Público a ideia nuclear do “*interestatismo*”, malgrado a emergência salutar das organizações internacionais e dos indivíduos como sujeitos autênticos na esfera jurídica supranacional, mitigando, isto é: descentrando, de certa forma, a figura onipresente e hiperbólica do Estado-nação, e da correspectiva soberania nacional outrora incontornável. Na acepção percuciente de *Valerio de Oliveira Mazzuoli*, tal fenômeno, ainda presente, pode ser sintetizado em três núcleos estruturantes, *expressis verbis*:

“i) a atuação dos Estados na celebração de Tratados internacionais; ii) a participação dos Estados na constituição de organizações internacionais intergovernamentais, e iii) o papel dos Estados na aceitação de mecanismos internacionais de proteção e monitoramento dos direitos humanos, que permitem aos indivíduos vindicarem, contra esses mesmos Estados, direitos reconhecidos por instrumentos internacionais ratificados e em vigor.”¹²²

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (doravante CVDT), assinada em 23 de maio de 1969, e promulgada no Brasil tão-somente em 14 de dezembro de 2009¹²³ (Decreto n. 7030/09), prevê um amplo espectro normativo referente à autodeterminação dos povos e ao consentimento do Estado como elemento fulcral para a existência e aplicação prática do DIP. Apenas a título de contextualização, a CVDT predispõe, *in verbis*:

“(…) conscientes dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da **igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos**, da

¹²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Futuro do Direito Internacional Público, in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (RDCI), vol. 130, abril, 2020. p. 2.

¹²³ Tal lapso temporal de 40 anos não impediu que os preceitos normativos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados fossem rigorosamente respeitados e aplicados pelo Estado brasileiro, malgrado pendente de formal promulgação interna. Isto significa, *ipso facto*, um indicativo eloquente e persuasivo de que a ordem normativa internacional possui eficácia interna, ainda que ausente adesão expressa e formal do Estado.

igualdade soberana e da independência de todos os Estados, da **não-intervenção** nos assuntos internos dos Estados, da proibição da ameaça ou do emprego da força e do respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos (...) A adoção do texto do tratado efetua-se pelo **consentimento** de todos os Estados que participam da sua elaboração (...) O **consentimento** de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (...) O texto de um tratado é considerado autêntico e definitivo: a) mediante o processo previsto no texto ou **acordado pelos Estados** que participam da sua elaboração”. (grifo nosso).

O *Estado Total*, ilustrativamente delineado pelo jurista alemão *Ernst Forsthoff*, na década de 1930¹²⁴, estrutura-se, máxime no bojo de uma ditadura política, na distinção jurídica de *status* entre liderança e liderados, ou de quem faz as regras e os que se submetem às mesmas, fundamentadas no princípio da liderança e da adesão incondicional das massas. Esta figura jurídica da ciência política existente amiúde no decorrer do século XX¹²⁵, não faz mais parte da concertação de Estados nacionais e de Agremiações Internacionais do século XXI, porquanto inexistente hodiernamente o indivíduo que se relaciona única e exclusivamente com o Estado de modo passivo, independentemente de sua nacionalidade – *Staatsangehörigkeit* –, panorama que pode ser trasladado ao *status subjectionis* de *G. Jellinek*¹²⁶.

Um terreno ainda carente de sedimentações mais estruturais é o direito internacional migratório, que ainda é extremamente suscetível a variações no campo político interno dos Estados. Malgrado a existência de diplomas convencionais internacionais e regionais certificando os direitos dos migrantes defronte um mundo globalizado, o tema das migrações é erodido por pautas políticas de interesses eleitorais, que não se condicionam aos baldrames do

¹²⁴ FORSTHOFF, *op. cit.* É a partir deste conceito de Estado Total que a filósofa alemã *Hannah Arendt* desenvolve a sua famosa tese do *totalitarismo*. Cf., ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹²⁵ Engendrada inicialmente pelo movimento político designado *Fasci italiani di Combattimento*, na Itália da década de 1920. Cf., SCURATI, Antonio. *M, o Filho do Século*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

¹²⁶ JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1921. p. 419 e ss.

jus gentium. Lastimoso é o fato de que os próprios textos constitucionais são esbulhados pela alteração político-eleitoral doméstica que, ao arripio da Constituição, relativizam direitos fundamentais alicerçados do migrante. Nesta senda, avulta a discrepância entre o mundo político e o jurídico, porquanto os direitos fundamentais do migrante não pode ser objeto de erosão, ainda que por intermédio de emendas constitucionais, por se tratar em suma de garantias contra majoritárias.

No caso nacional, um arcabouço legal normativo deveras significativo é a assim cognominada Lei de Migração (Lei n. 13.445/17)¹²⁷, que congloba inúmeras situações de estraneidade com o fito de regulamentar a situação do estrangeiro e do apátrida no Brasil, terçando igualmente dispositivos que regulam a situação do brasileiro nato e naturalizado no exterior. Insofismável e axiomática a circunstância de que o migrante, no Brasil e alhures, necessita inelutavelmente de proteção legal e constitucional, para além da contextura internacional dos direitos humanos, para a asseguaração integral de sua dignidade como pessoa humana, e neste contexto, a própria consubstanciação do direito *meta positivo* do mínimo existencial.

Após completarmos duas décadas no século XXI, a questão migratória, imersa num contexto político de recrudescimento dos discursos nacionalistas, exsurge como tema prioritário na pauta das democracias mais importantes do mundo. Já constitui um truísmo no debate político contemporâneo, bem como desponta nos trabalhos acadêmicos de pesquisa científica.

O processo hodierno migratório na Europa está na iminência de entrar em colapso, sobretudo pelos índices crescentes de deslocamento involuntário ocasionado pelos conflitos no oriente médio e agora no leste europeu. Nem a Constituição alemã, nem a Convenção Europeia de Direitos Humanos, preveem, em termos normativos, uma alternativa exclusivamente jurisdicional que resolva, em definitivo, a problemática dos migrantes. Para tanto, torna-se imperiosamente necessária uma atuação conjunta dos Estados europeus, ancorada no chamado *princípio da solidariedade internacional*, numa dupla perspectiva; seja entre os Estados, de modo que o problema não poderá ser solucionado apenas por um Estado nacional, de forma isolada, seja na relação Estado de destino e estrangeiro migrante.

A conscientização universal da doutrina dos direitos humanos tomou grande relevo a partir do término da segunda guerra mundial, na condição de um verdadeiro fenômeno

¹²⁷ O regramento infralegal da mencionada Lei foi levado a efeito pelo Decreto 9199 de 2017. Cf., por todos, MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. A Nova Lei de Migração Brasileira e Sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes, in: *Sequência* (Florianópolis), n. 84, abril de 2020. pp. 64-88.

cultural¹²⁸. Pela primeira vez na história da humanidade, fez-se presente a necessidade de um *standard* mínimo comum normativo de proteção dos direitos humanos aplicável em todos os países, independente do contexto social econômico ou mesmo cultural. Trata-se de um arquétipo jurídico internacional balizador das leis, políticas públicas e decisões judiciais dos Estados membros pertencentes ao sistema internacional das Nações Unidas e aos sistemas regionais de direitos humanos que, malgrado as dificuldades de institucionalização e implementação fática, bem como as resistências pontuais de viés político, representa hoje uma conquista sedimentada no âmbito do direito internacional público. A título exemplificativo, o Conselho da Europa, surgido a partir da hecatombe da segunda guerra mundial e da correlata aluição quase integral do continente europeu, vem alcançando resultados e conquistas surpreendentes no campo dos direitos humanos, em especial através da atividade judicante da Corte Europeia de Direitos humanos, sediada em Estrasburgo¹²⁹.

No Brasil, e no cenário interamericano em geral, o panorama para a solução do problema pela via exclusiva jurisdicional também se mostra insuficiente. O fluxo migratório para o norte do Brasil (Roraima e Amazonas), em especial de venezuelanos, pôs em xeque toda uma política voltada apenas para assuntos domésticos. Já há, no Brasil, 128 mil venezuelanos com *status* de refugiados (IBGE). Segundo a Organização dos Estados Americanos (OEA), a estimativa é que haja mais de 5 milhões de migrantes e refugiados venezuelanos nos próximos anos, situação análoga às provocadas por guerras como a da Síria e a do Afeganistão.

A solidariedade, por sua vez, como conceito jurídico-dogmático ainda é recente no plano do Direito internacional, mormente quando atrelado a imperativos vinculativos do *Hard Law*¹³⁰. O campo teórico e prático do direito internacional migratório é especialmente fértil para a emergência da *solidariedade*¹³¹ como categoria sociológica e jurídico-dogmática, e que

¹²⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Prática Jurídica no Domínio da Proteção Internacional dos Direitos do Homem, in: *Revista de Informação Legislativa*, 35, n. 137, jan/mar. 1998, p. 91.

¹²⁹ O Conselho da Europa foi instituído aos 05 de maio de 1949, por intermédio do assim chamado Tratado de Londres, e é a mais antiga instituição europeia em funcionamento. Foi fundado por Reino Unido, Itália, Bélgica, Países Baixos, Suécia, Dinamarca, Luxemburgo e Irlanda. Atualmente, após a exclusão da Rússia, 46 Estados-membros compõem o Conselho da Europa, sendo 8 Estados na condição de observadores. O Conselho da Europa é presidido por Marija Buric (Bósnia).

¹³⁰ Indica-se, a título de contextualização, a palestra do prof. *Markus Kotzur* acerca da solidariedade como conceito jurídico-legal, designadamente na textura do direito da união europeia e na crise dos refugiados.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=t-87w61KRUU>>. Acesso em 23.05.2023.

¹³¹ O conceito jurídico de *solidariedade* está *pari passu* estritamente entrelaçado com o conceito jurídico e etimológico de dignidade – *dignitas* – como um substrato valorativo atributivo a qualquer pessoa, pelo simples fato da sua condição humana. A solidariedade decorre diretamente do reconhecimento constitucional e internacional da dignidade da pessoa humana, independentemente do seu vínculo jurídico-político e dos atos perpetrados (v.g., indignos ou ilegais) pelo titular. Cf., dentre a vasta

amiúde pode ser identificada em casos particulares de grande repercussão humanitária. É o caso, a título de exemplo, de Aracy de Carvalho Guimarães Rosa¹³², reconhecida internacionalmente como “anjo de Hamburgo”, em virtude de sua atuação como chefe da sessão de passaportes no consulado brasileiro de Hamburgo, na Alemanha à época do regime hitlerista. Em 1938, isto é, a apenas um ano da eclosão da segunda guerra mundial, entrou em vigor, no Brasil, a circular “secreta” n. 1.127, que restringia estritamente a entrada de judeus no território nacional. Aracy, esposa à época do literato João Guimarães Rosa, nada obstante, ignorou a circular normativa e continuou preparando vistos para judeus, permitindo de fato sua entrada legal no Brasil. Uma vez que Aracy despachava diretamente com o cônsul-geral, ela simplesmente colocava os vistos entre a papelada para as assinaturas. Para obter a aprovação dos vistos, Aracy deixava intencionalmente de por neles a letra "J", que identificava quem era judeu. Desse modo, Aracy conseguiu livrar muitos judeus da prisão, tortura e do próprio Holocausto¹³³.

Por certo que a tríade propulsora da Revolução Francesa¹³⁴ – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – inseriu no debate político e na esfera jurídica ocidental a questão da fraternidade – *brüderlichkeit* – como diretriz, ainda que originalmente no plano ideológico, a ser concretizada. Na Itália, o jusfilósofo italiano *Eligio Resta* se debruçou sobre o tema, sob a alcunha de *Direito Fraterno*¹³⁵. A assim chamada meta teoria do Direito fraterno pretende alterar os baldrames normativos nos quais a sociedade está atualmente sedimentada, máxime defronte a mutabilidade e a complexidade social dimanante da revolução tecnológica, em direção ao cosmopolitismo e à paz¹³⁶.

literatura jurídica e filosófica sobre o tema, MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; GUSKAR-WEBER, Eva; BRANDHORST, Mario. (Org.). *Menschenwürde – Eine Philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz*. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2017.

¹³² Aracy de Carvalho era esposa do invulgar literato João Guimarães Rosa, cuja obra máxima "Grande Sertão: Veredas", de 1956, foi dedicada a ela.

¹³³ Aracy foi agraciada pelo governo de Israel com o título de *Justa entre as Nações* pela ajuda que prestou a muitos judeus a entrarem ilegalmente no Brasil durante o governo de Getúlio Vargas. Cf., SCHPUN, Mônica Raisa. *Justa: Aracy de Carvalho e o Resgate de Judeus – Trocando a Alemanha Nazista pelo Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

¹³⁴ HOBBSAWM, Eric. *A Revolução Francesa*. São Paulo: Paz & Terra, 2008.

¹³⁵ RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*. 9ª ed. Bari: Laterza, 2005.

¹³⁶ VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita, in: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, vol. 1, n. 46, jul/dez 2006. p. 125.

“Abbiamo rilevato molte volte che la fraternità costituisce la vera dimisura del diritto moderno e che, più di ogni altro unificatore culturale, ne misura il senso storico profondo. Invece di essere la parente povera della triade “libertà, uguaglianza, fraternità”, è quella che ne rende effettive le altre due; è quella più importante. Se non ha avuto realizzazione è perché non troppo astratta ma perché troppo concreta. E’ sempre lì a fare da contraltare a uguaglianza e libertà. **Per questo mette in revoca costantemente, e definitivamente, le due categorie fondamentali del diritto moderno: la sovranità e la cittadinanza**”¹³⁷ (grifo nosso).

Sustenta-se que, malgrado a ausência precisa e delimitadora dos direitos e deveres derivados de um conceito jurídico abstrato da *solidariedade*, a proliferação de inúmeros tratados bilaterais e multilaterais de direitos humanos em matéria e refúgio justifica a adoção da solidariedade como conceito jurídico-legal supranacional, na esteira do art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹³⁸, apto a maximizar, de per si, a condição jurídica do refugiado, como autêntica norma imperativa de Direito internacional geral – *jus cogens*.

Em termos jurisprudenciais na órbita internacional, há mister de indicar o nupérrimo *decisum* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual integrou o conceito de *solidariedade internacional* na normativa vinculante *autônomo* de Direito Internacional Público: *in verbis*:

“Esta necesidad de garantizar la protección judicial efectiva de las personas mayores y, en particular, de promover procesos céleres encuentra

¹³⁷ Prefácio em italiano de *Eligio Resta* para a obra STURZA, Janaína Machado; DUTRA, Gabrielle Scola; MARTINI, Sandra Regina (Orgs.). *Direito à Saúde e Migração – Uma Aposta na Fraternidade*. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2023. p. 7. Tradução livre do italiano “Já ressaltamos muitas vezes que a fraternidade constitui a verdadeira dispensação do direito moderno e que, mais do que qualquer outro unificador cultural, ela mede seu profundo significado histórico. Em vez de ser o parente pobre da tríade “liberdade, igualdade, fraternidade”, é ela que torna as outras duas eficazes; é a mais importante. Se ela não foi realizada, é porque não é abstrata demais, mas porque é concreta demais. Ela está sempre presente para contrabalançar a igualdade e a liberdade. **É por isso que ela revoga constantemente e de forma definitiva as duas categorias fundamentais do direito moderno: soberania e cidadania**”.

¹³⁸ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), de 23 de maio de 1969. Art. 51, *ad litteram*: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

respaldo, además, en otros instrumentos de Derecho Internacional como las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2008 y actualizadas en la XIX Cumbre de 2018. De acuerdo con la Sección Segunda de estas reglas, se define a personas en situación de vulnerabilidad:

1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad (3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) **Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.** La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico. 2.- Edad [...] (6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de

justicia, con pleno respeto a su dignidad.”¹³⁹ (grifo nosso).

No bojo desta recente contextura jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível entrelaçar dogmáticamente os conceitos jurídicos de *vulnerabilidade* e *solidariedade* como normas juridicamente vinculantes do Estado, tanto na perspectiva subjetiva, gerando pretensões individuais de tutela, quanto objetiva, impondo ao Estado, simultaneamente, deveres de proteção – *schutzpflicht*¹⁴⁰ –, inclusive contra ação de particulares, consoante o *decisum* do mesmo pretório *in fine*:

“Una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención puede comprometer la responsabilidad internacional de un Estado parte por una falta al deber de respeto contenido en el artículo 1.1 de la Convención sea porque la violación es perpetrada por sus propios agentes o bien -aunque al principio no sean directamente atribuibles al Estado por haber sido cometidas por un particular-, cuando ese acto ilícito ha contado con la participación, el apoyo o la tolerancia de agentes estatales. Sobre el contenido de la obligación de garantía conforme al artículo 1.1 de la Convención, la Corte señaló que la misma implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Estas obligaciones resultan aplicables también frente a actos de actores no estatales. Específicamente, la Corte ha indicado que puede generarse la

¹³⁹ Caso Profesores de Chanáral y Otras Municipalidades vs. Chile, sentencia de 10 de noviembre de 2021. Cf., CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/seriec_443_esp.pdf>. Acesso em 25.05.2023.

¹⁴⁰ Sobre a dogmática constitucional dos deveres de proteção, máxime no contexto alemão, v. CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2009. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto.

responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares. **Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter – individuales.** Específicamente, sobre el deber de prevenir la Corte ha indicado que “un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción”. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección se encuentran condicionados a a) si el Estado tenía o debía tener conocimiento de una situación de riesgo; b) si dicho riesgo era real e inmediato, y c) si el Estado adoptó las medidas que razonablemente se esperaban para evitar que dicho riesgo se verificara”¹⁴¹. (grifo nosso).

Dimanante desta dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, ou melhor: direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro (doravante STF) decidiu, em aresto paradigmático concernente ao direito fundamental à saúde, que o Estado tem deveres jurídicos procedimentais e organizacionais para a tutela efetiva e integral dos direitos individuais e coletivos, a partir do *conceito constitucional de solidariedade, ad litteram*:

“É dizer, há um esforço de construção dialógica e verdadeiramente federativa do conceito constitucional de solidariedade ao qual o Poder Judiciário não pode permanecer alheio, sob pena de incutir graves desprogramações orçamentárias e de desorganizar a complexa estrutura do SUS,

¹⁴¹ Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia, sentencia de 27 de julio de 2022. Cf., CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/seriec_455_esp.pdf>. Acesso em 27.05.2023.

sobretudo quando não estabelecida dinâmica adequada de ressarcimento (...). o conceito de solidariedade no âmbito da saúde deve contemplar e dialogar com o arcabouço institucional que o Legislador, no exercício de sua liberdade de conformação, deu ao Sistema Único de Saúde¹⁴².

Sustenta-se, na contextura da presente investigação jurídico-dogmática, que o conceito normativo de solidariedade, já aplicado na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como na judicatura do STF, como acima referenciado, possa ser igualmente aplicado ao Direito Migratório, máxime ao Direito dos refugiados, como norma jurídica autônoma geradora de direitos subjetivos, prerrogativas e pretensões estruturais que, pela via hermenêutica, administrativa, judicial e legislativa, se justificam a partir do direito à organização ao procedimento.

“A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do art. 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*). Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbot*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebot*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen*

¹⁴² RE 1366243 TPI-Ref, min. rel. Gilmar Mendes, 19.04.2023.

Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS, 1989, p. 161.).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organisation und Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação”¹⁴³.

A partir de tais premissas, tanto o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), quanto o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que compõem a estrutura administrativa interna do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), são expressões diretas da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais em matéria migratória, cujas deliberações e normas devem igualmente atender a perspectiva de tutela constitucional e internacional do migrante. Tais órgãos de controle e regulamentação da questão migratória nacional, conquanto mais à frente o tema seja abordado com a devida atenção e de modo crítico, refletem a importância estrutural e organizatória da proteção do migrante, que se mostra imprescindível para o cumprimento dos *standards* internacionais do direito internacional humanitário¹⁴⁴. Por tal razão, é plenamente sustentável a reconfiguração jurídico-administrativa dos agentes de direção do CONARE e do CNIg, com participação do Congresso Nacional, de modo que a nomeação e destituição dos agentes nos respectivos cargos não fiquem ao livre alvedrio do chefe do Executivo. Neste ponto, o talante exacerbado do Estado, escudado na soberania nacional, deveria ceder em deferência à estabilidade nos cargos decisórios, e à vinculação, na esfera administrativa, aos *standards* internacionais do Direito internacional migratório.

Alfim, conclui-se que a solidariedade, neste campo normativo-dogmático, está sendo reconfigurada no Direito para se tornar um conceito jurídico autônomo no Direito Internacional Público, maximizando de veras o princípio do *non-refoulement* que constitui norma imperativa de direito internacional geral¹⁴⁵ e que veda a deportação do migrante que solicita refúgio no

¹⁴³ SL 47 - AgR, min. rel. Gilmar Mendes, 17.03.2010.

¹⁴⁴ Cf., no cenário europeu, o caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália*, 23 de fevereiro de 2012. Na doutrina nacional, cf., por todos, RORIZ, João Henrique Ribeiro. *Direito e Política em Alto-Mar: Non-Refoulement e Política Migratória no Caso Hirsi Jamaa e Outros vs. Itália*, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 7, n. 23, abr./jun., 2013.

¹⁴⁵ É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior

Estado de destino¹⁴⁶. Um enfeixamento factível neste início de milênio entremostra-se desde a perspectiva do augúrio kantiano engendrado no tratado “À Paz Perpétua”¹⁴⁷, que completará 230 anos em 2025, notadamente entre a *solidariedade* e o Direito na esfera do Direito Internacional Público, através da reabilitação da “razão prática”, orientada para uma ordem internacional pacífica e sustentável. Para tal desiderato, a princípio quimérico, o filósofo de Königsberg enfatiza a necessidade da configuração de uma *constituição republicana* de Estados a fim de conter as tendências egoístas pela razão e, principalmente, pela natureza, consoante infra reproduzido:

“Wenn ein Volk auch nicht durch innere Mißhelligkeit genötigt würde, sich unter den Zwang öffentlicher Gesetze zu begeben, so würde es doch der Krieg von außen tun, indem nach der vorher erwähnten Naturanstalt ein jedes Volk ein anderes es drängende Volk zum Nachbar vor sich findet, gegen das es sich innerlich zu einem Staat bilden muß, um als Macht gegen diesen gerüstet zu sein. Nun ist die *republikanische Verfassung* die einzige, welche dem Recht der Menschen vollkommen angertessen, aber auch die schwerste zu stiften, vielmehr noch zu erhalten ist, dermaßen daß viele behaupten, es müsse ein Staat von Engeln sein, weil Menschen mit ihren selbstsüchtigen Neigungen einer Verfassung von so sublimer Form nicht fähig wären. Aber nun kommt die Natur dem verehrten, aber zur Praxis ohnmächtigen allgemeinen, in der Vernunft gegründeten Willen, und zwar gerade durch jene selbstsüchtigen Neigungen zu Hilfe, so daß es nur auf eine gute Organisation des Staats ankommt (die allerdings im Vermögen der Menschen ist), jener ihre Kräfte so gegeneinander zu richten, daß eine die anderen in ihrer zerstörenden Wirkung aufhält oder diese aufhebt: so daß der Erfolg für die Vernunft so ausfällt, als wenn beide gar nicht da wären, und so der Mensch, wenngleich nicht ein moralisch-guter Mensch, dennoch ein guter Bürger zu sein gezwungen wird. Das Problem der Staatserrichtung ist, so hart wie es auch klingt,

de Direito Internacional geral da mesma natureza. (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 53).

¹⁴⁶ KARAGEORGIOU, Eleni; NOLL, Gregor. What Is Wrong with Solidarity in EU Asylum and Migration Law? In: *Jus Cogens* 4, 131-154 (2022).

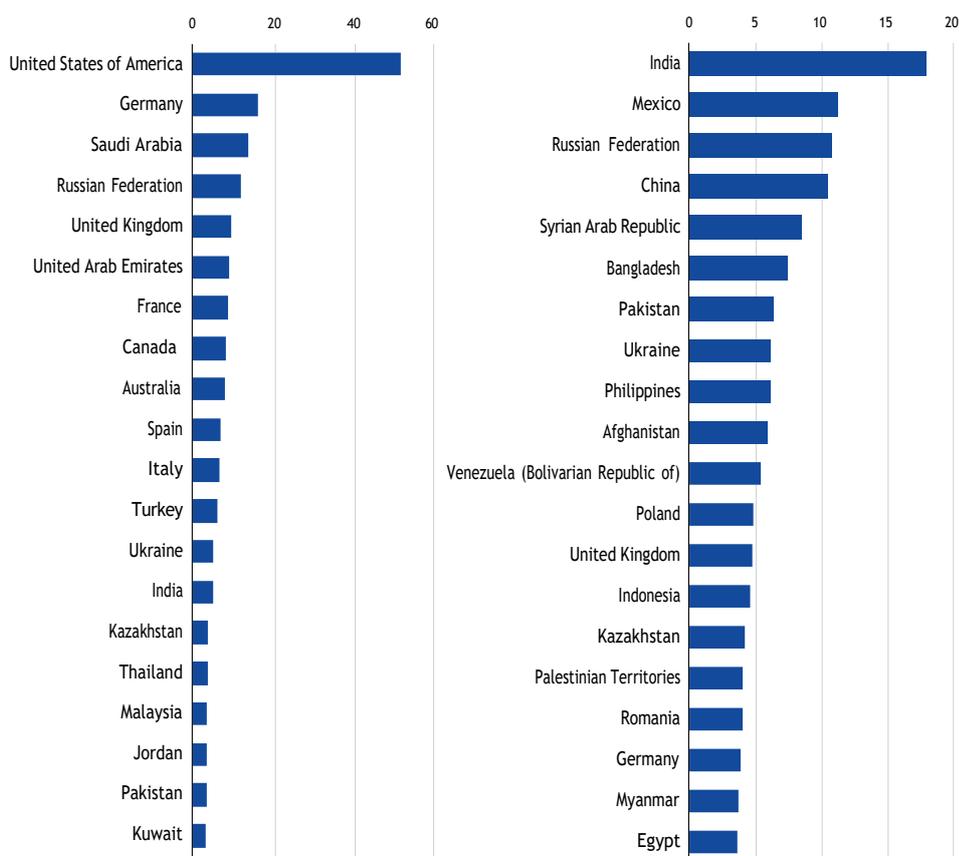
¹⁴⁷ Cf., KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden*. Ein Philosophischer Entwurf. Darmstadt, vol. 9, 1968. p. 193 e ss.

selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar und lautet so: „Eine Menge von vernünftigen Wesen, die insgesamt allgemeine Gesetze für ihre Erhaltung verlangen, deren jedes aber ingeheim sich davon auszunehmen geneigt ist, so zu ordnen und ihre Verfassung einzurichten), daß, obgleich sie in ihren Privatgesinnungen einander entgegenstreben, diese einander doch so aufhalten, daß in ihrem öffentlichen Verhalten der Erfolg ebenderselbe ist, als ob sie keine solche bösen Gosinnungen hätten.“¹⁴⁸

¹⁴⁸ Cf., KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden*. 2ª ed. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1919. p. 31-2. *I. Kant* aduz, neste contexto, que o direito à cidadania mundial “*Das Weltbürgerrecht*” deve ser restringido (limitado) às condicionantes gerais da *hospitalidade*, não no sentido filosófico, mas jurídico do termo – *Wirtbarkeit*. p. 21. Livro original em alemão disponibilizado em formato digital pelo site britânico

<<https://core.ac.uk/download/pdf/33020979.pdf>>. Acesso aos 14.06.2023. Tradução livre da língua alemã: “Mesmo que uma nação não fosse compelida por dissensões internas a se colocar sob a cogência de leis, a guerra externa ainda assim o faria, uma vez que, de acordo com a instituição natural mencionada acima, toda nação encontra outra nação pressionando-a como vizinha, contra a qual ela deve se formar internamente em um Estado a fim de ser armada como um poder contra ela. Agora, a constituição republicana é a única que é perfeitamente adequada ao direito dos homens, mas é também a mais difícil de se estabelecer, ou melhor, de manter, a tal ponto que muitos sustentam que ela deve ser um estado de anjos, porque os homens, com suas inclinações egoístas, não seriam capazes de uma constituição de uma forma tão sublime. Mas agora a natureza vem em auxílio da vontade geral, que é reverenciada, mas impotente na prática e fundamentada na razão, precisamente por meio dessas inclinações egoístas, de modo que só depende de uma boa organização do Estado (que, no entanto, está dentro da capacidade dos homens) para direcionar suas forças uma contra a outra de tal forma que uma impeça a outra em seu efeito destrutivo ou a anule: de modo que o sucesso da razão é como se ambos não existissem, e assim o homem, embora não seja um homem moralmente bom, é, no entanto, obrigado a ser um bom cidadão. O problema do estabelecimento do Estado, por mais difícil que possa parecer, é solucionável até mesmo para uma nação de demônios (se eles tiverem bom senso) e se manifesta na seguinte assertiva: ‘uma multidão de seres racionais, que como um todo exige leis gerais para sua preservação, mas cada um dos quais está secretamente inclinado a se isentar delas, ordena e organiza sua constituição de tal forma que, embora lutem uns contra os outros em suas disposições privadas, eles, no entanto, se retêm de tal forma que, em seu comportamento público, o sucesso é o mesmo como se não tivessem tais disposições más’”.

Top 20 destinations (left) and origins (right) of international migrants in 2020 (millions)



Com base no quadro estatístico acima, extraído do Departamento das Nações Unidas para assuntos econômicos e sociais (doravante UN DESA), do ano de 2021, constata-se à evidência que o conceito dogmático de *solidariedade* no DIP encontra apoio fático na prática dos movimentos migratórios, *maxime* na questão do refúgio, porquanto a esmagadora maioria dos emigrantes são provenientes de países pobres ou em desenvolvimento, como, a título exemplificativo, Índia, México, Rússia, Síria, Bangladesh e Paquistão, cujos destinos são, a rigor, países ricos e desenvolvidos como os Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido e Arábia Saudita. Nada obstante, há mister de que os Estados de destino elaborem *pari passu* políticas públicas inclusivas, de acordo com os patamares econômico-financeiros e da liderança (e responsabilidade) política global que possuem, apartando-se de uma posição monolítica e sectária do nacionalismo exacerbado, da xenofobia e dos interesses meramente idiossincráticos do mercado interno. Neste ponto, a responsabilidade pela liderança econômica e política impõe deveres de proteção aos direitos humanos, em perspectiva global, incluindo dos migrantes refugiados, numa ambiência de governança global e de vinculação jurídica supranacional ao Direito humanitário.

1.2 Definições no Campo Terminológico e Dogmático do Direito Internacional

O Direito, enquanto ciência normativa¹⁴⁹, requer, a princípio, uma definição textual e linguística, para que, por via interpretativa, possa ser aplicado e concretizado com sua máxima eficácia no plano dos fatos. A linguagem técnica, escurridora e precisa é de suma significância para qualquer ramo da ciência, que almeja expressar, através de padrões linguísticos universais, soluções para problemas práticos, racionalizando o discurso científico por estruturas cognitivas da linguagem¹⁵⁰. Tanto na seara do Direito Internacional Público, quanto na órbita normativa do Direito doméstico, seja constitucional ou legal, já há definições conceituais específicas para os diversos atores do Direito migratório.

Nada obstante, muitos conceitos se contradizem e se sobrepõem, bem como carecem de uma sistematização holística, na perspectiva de um direito constitucional internacional. A título de introyto e de contextualização histórica e filosófica, o termo “refugiado”, malgrado o uso técnico-dogmático do Direito internacional público na perspectiva convencional, desde sempre se impregnou de uma conotação crassamente depreciativa; tanto é assim, que um dos primeiros textos escritos em língua inglesa pela filósofa alemã *Hannah Arendt* “We Refugees”¹⁵¹ propõe a descaracterização dos judeus da década de 1940 da condição de refugiados para o *status* de imigrantes comuns. Por certo, *Hannah Arendt* já havia antevisto a significativa dificuldade de inserção e discriminação dos “refugiados” na condição de pessoas “inferiores” ou de “segunda classe” num novo país. Dessarte, o simples termo “refugiado” já se mostra há muito tempo entranhado de um conteúdo desabonador e pernicioso. Da mesma forma, aplica-se, a rigor, tal fenômeno discriminatório aos deslocados internos, ainda que pertencentes ao mesmo espectro nacional (mesma nacionalidade), mormente quando a migração ocorre por motivos econômicos.

¹⁴⁹ Embora parcialmente superada a doutrina *pura* do Direito, mormente após o *déblâcle* europeu pela guerra, e o correlativo surgimento do cognominado *neoconstitucionalismo*, o positivismo jurídico ainda se mantém naquilo em que identifica o Direito como ciência das normas. Cf., por todos, KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. 5ª Neudruck. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2020.

¹⁵⁰ CHOMSKY, Noam. *Language and Mind*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 143 e ss.

¹⁵¹ ARENDT, Hannah. *We Refugees. The Jewish Writings*. Schocken Books: New York, 1943. p.264. Cf., igualmente neste sentido, MAHRDT, Helgard. Rethinking our Refugee Crisis with Hannah Arendt, in: *Revista de Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, vol. 43, n. 3, set/dez. 2017. pp. 535-547.

1.2.1 O conceito normativo de “migrante” no Direito Internacional

Malgrado a existência onipresente de regramentos nacionais sobre a condição jurídica do migrante, seja na esfera constitucional, seja no âmbito legal e infralegal, tem-se como correta, e mais adequada, a noção conceitual e dogmática já sedimentada internacionalmente, do ponto de vista supranacional e global, na qual o *status* jurídico do migrante forjado desde os Tratados, atos normativos e demais instrumentos do Direito Internacional Público – *jus gentium*. Portanto, à maneira de esclarecimento e delimitação terminológica, assume-se, desde já, a preeminência do direito convencional, em especial do Pacto Global para Migração (Global Compact for Migration – doravante GCM) e da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes (doravante DNYRM).

Consoante bem averba a alentada doutrina nacional, o migrante, uma vez adentrando o território nacional, i.e., estando dentro do âmbito espacial da soberania de um Estado, já adquire direitos e prerrogativas perante a ordem estatal, resultantes do direito internacional costumeiro e escrito, de acordo com a natureza e a forma de ingresso¹⁵². Dessarte, podemos, desde já, certificar que, conquanto o Estado, em tese, não esteja formalmente obrigado a aceitar (admitir) migrantes em seu território, há deveres estatais derivados de tutela quando da presença física do migrante, tornando-o um autêntico sujeito de direitos, ainda que sua entrada tenha se consumado de modo irregular¹⁵³. Neste contexto, quaisquer medidas estatais arbitrárias devem ser proibidas (v. acima nota de rodapé 66). Isto não significa, *a contrario sensu*, que não haja qualquer vinculação ou dever jurídico do Estado em face do migrante que esteja fora de seu território, uma vez que o próprio princípio do *non-refoulement* (v. item 1.3.3) adquire, em certas circunstâncias, eficácia extraterritorial¹⁵⁴.

¹⁵² RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226 e ss.

¹⁵³ Esta exegese sustentada na presente investigação pode ser depreendida, em última análise, do princípio *non-refoulement*, que informa e condensa todo o Direito Internacional Migratório, como norma imperativa de direito internacional geral (CVDT, art. 53).

¹⁵⁴ V., por todos, case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, application n. 27765/09, j. 23.02.2012. “*The Court observed that neither Article 4 of Protocol No. 4 nor the travaux préparatoires of the Convention precluded extra-territorial application of that Article. Furthermore, limiting its application to collective expulsions from the national territory of Member States would mean that a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision and would deprive migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, of an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land. The notion of “expulsion” was principally territorial, as was the notion of “jurisdiction”. Where, however, as in the instant case, the Court had found that a Contracting State had, exceptionally, exercised its jurisdiction outside its national territory, it could accept that the exercise of extraterritorial jurisdiction by that State had taken the form of collective expulsion.*”

É amplamente consabido que, na esfera normativa global, vige, desde 22 de abril de 1954, a Convenção das Nações Unidas relativa ao estatuto dos Refugiados (doravante CNUER)¹⁵⁵, que ampliou de veras as hipóteses jurídicas e sociais que ensejariam o enquadramento do migrante como refugiado no âmbito do Direito Internacional. Em que pese o conceito de refugiado seja abordado analiticamente no tópico subsequente, impende consignar que o termo “migrante” congloba a definição de refúgio, embora não se limite a ele, porquanto o *migrante* é definido em termos genéricos, e não especiais.

No bojo do Direito internacional Público, máxime do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) alberga algumas dimensões inerentes ao conceito internacional de *migrante*. Por exemplo, o art. 6º da DUDH abona o direito *universal* de qualquer migrante a ser tratado como pessoa perante a lei local (devido processo legal), impedindo a sua mera instrumentalização, econômica ou política. Da mesma forma, os arts. 13 e 14 garantem amplamente o direito humano à livre locomoção, compreendendo o direito do migrante de deixar o seu país a seu livre talante, e a ele retornar, assim como o direito geral de procurar e de *usufruir* do asilo em outros países.

Ainda imerso na terminologia adotada pela ONU, o Departamento para as Relações sociais e econômicas das Nações Unidas define *imigrante* como aquele que troca de país para residência habitual, distinguindo o imigrante de curto prazo (entre 3 meses e um ano) e o imigrante de longo prazo (acima de 1 ano)¹⁵⁶. A nupérrima Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes¹⁵⁷ (doravante DNYRM), intentou, originariamente, equiparar em termos de direitos humanos os refugiados aos migrantes, embora ainda faça distinções

Furthermore, the special nature of the maritime environment could not justify an area outside the law where individuals were covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention. Article 4 of Protocol No. 4 was therefore applicable in the instant case”.

¹⁵⁵ Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. Aos 04 de outubro de 1967, entrou efetivamente em vigor o Protocolo Adicional à Convenção, que ampliou as hipóteses de concessão de refúgio espacial e temporalmente.

¹⁵⁶ *United Nations Recommendations on Statistics of International Migration*, 2018.

¹⁵⁷ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de setembro de 2016, pelos 193 Estados membros. A Declaração de Nova York baseia-se no reconhecimento de que o mundo está enfrentando um nível sem precedentes de mobilidade humana, a maioria positiva, enriquecedora e voluntária. Contudo, o documento reconhece que o número de pessoas que são deslocadas à força de suas casas está em um nível historicamente alto e que mais e mais refugiados e migrantes estão se movendo em circunstâncias em que suas vidas correm risco. Ainda, a recepção dessas pessoas tem sobrecarregado em países nas linhas de frente. Cf. ACNUR. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2016/09/30/declaracao-de-nova-york-e-uma-oportunidade-unica-para-refugiados-afirma-chefe-de-protecao-do-acnur/>>. Acesso em 31.05.2023.

conceituais entre as duas figuras jurídicas. Não é à toa que no âmbito da DNYRM os refugiados e migrantes em geral ostentam os mesmos direitos e prerrogativas, devendo ser tratados pelo Estado de destino com o mesmo respeito e dignidade. A DNYRM não possui o *status* formal de Tratado de Direito Internacional Público, na esteira do que prescreve a CVDT, porém possui força declaratória de princípios gerais do Direito internacional, e, portanto, deve figurar como parâmetro indicativo à produção legiferante interna dos 193 países membros que aderiram à Declaração. Neste aspecto, podemos vislumbrar, ainda que remotamente, a tentativa de engendrar no cenário internacional o conceito jurídico de *cidadania global* (ou mundial), que, inelutavelmente, terá que ultrapassar duas distinções ainda presentes no Direito, a saber a) a equiparação entre refugiado e migrante, e b) a equiparação entre migrante e nacional.

Desde as linhas de raciocínio acima delineadas, e com o amparo normativo do Direito Internacional Público, podemos definir juridicamente o migrante como: “*todo ser humano, ainda que apátrida ou indocumentado, que, independentemente da forma de ingresso, se estabelece, provisória ou definitivamente, em Estado diverso da sua nacionalidade, com finalidade lícita de acordo com o Direito do Estado de destino*”.

Este conceito pode ser elucubrado com arrimo na consagrada teoria da liberdade jurídica de *G.W.F Hegel*, segundo a qual o “direito abstrato” e a soma de todos os direitos subjetivos concedem ao sujeito uma forma racional-finalista da solução da decisão e, internamente, a capacidade de formar eticamente a sua vontade com maior eficácia¹⁵⁸.

Alfim, impende referir que a pedra angular da construção normativa dos direitos humanos, na sua concepção moderna e global, radica na Declaração Universal dos Direitos da ONU (doravante DUDH), um verdadeiro libelo contra o estado de não-direito caracterizador, por exemplo, do Estado nacional-socialista. A Declaração da ONU avaliza o direito de migrar de todo o indivíduo, solicitar asilo e de ter uma nacionalidade. Em outras palavras, o direito internacional dos direitos humanos abona um *direito geral de migrar*, isto é, o direito que toda pessoa tem de deixar livremente o seu país, ou o país onde se encontra, independentemente do motivo e de circunstâncias associadas, e, correlativamente, o direito humano de requerer e de usufruir de asilo – quando vítima de perseguição, salvo se motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas (art. 14, inciso I, da DUDH).

¹⁵⁸ HONNETH, Axel. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 132. Em especial, cf., HEGEL, G. W. F., *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021. p. 67 e ss.

Em 1998, data em que a DUDH completou 50 anos, os filósofos *Stefan Gosepath* e *Georg Lohmann* publicaram uma coletânea comemorativa intitulada “*Philosophie der Menschenrechte*”, com a participação de proeminentes juristas e filósofos. Dentre inúmeras assertivas, uma se destaca à evidência: os direitos humanos, além do seu caráter universal e de previsão em Tratados internacionais, retiram seu fundamento de validade *par excellence* da moral. São direitos, em primeira linha, morais – *moralische Rechte*¹⁵⁹. Consoante o jurista norte-americano Michael J. Perry, a Declaração Universal dos Direitos Humanos incorpora uma moralidade particular: a moralidade dos direitos humanos. Isto não significa, a rigor, ausência ou *déficit* de normatividade em relação aos direitos “legais” ou “fundamentais”, cujos baldrames fundam-se nas Constituições nacionais e nos Tratados Internacionais, mas que não estão na *estrita dependência* dos atos estatais para a sua fundamentação e legitimação, ou seja, os direitos humanos existem *independente do consentimento* (v., acima 1.1) ou ato estatal ulterior de ratificação. Neste ponto, é possível sustentar a criação de *standards* internacionais vinculativos independentes da anuência estatal, porquanto refletem, em grande escala, valores objetivos sedimentados na consciência moral universal¹⁶⁰. Consoante a ideia propalada por *Hasso Hofmann*, o processo de interdependência global entre economia e informação, política e cultura, tornou-se cada vez mais forte na consciência geral, fortalecendo uma ideia do direito sobre uma *cidadania mundial* na perspectiva da validade universal dos direitos humanos¹⁶¹.

1.2.2 O “refugiado” no Sistema Internacional de Direitos Humanos

O conceito analítico-dogmático do “refugiado” no Direito Internacional Público é de fato estreitamente condicionado à CNUER de 1951, porquanto à época fazia-se estritamente necessário qualificar especificamente a figura jurídica do refugiado para fins de tutela numa Europa pós-guerra, aluída econômica e moralmente (em especial a Alemanha). Dessarte, não há mister de desenvolver um conceito totalmente novo de refugiado, uma vez que a CNUER

¹⁵⁹ GOSEPATH, Stefan. Zu Begründungen Sozialer Menschenrechte, in: LOHMANN, Georg; GOSEPATH, Stefan. (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998. p. 148 e ss.

¹⁶⁰ Sobre o conteúdo moral dos direitos humanos, dentre a vasta bibliografia nacional e internacional, cf., PERRY, Michael J. The Morality of Human Rights, in: *Human Rights Quarterly* 42 (2020), pp. 434-478.

¹⁶¹ Cf., HOFMANN, Hasso. *Filosofia Jurídica Pós 1945 – Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fundação Fênix Editora, 2020. p. 52. Tradução do Alemão por Italo Roberto Fuhrmann.

foi ratificada por 146 países¹⁶², com força vinculativa de Tratado internacional – *Hard Law*. À mingua de uma necessidade imperiosa da construção de um conceito totalmente novo de refugiado¹⁶³, impende consignar *ipsis verbis* o § 2º do artigo inaugural da CNUER:

“ Para os 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, 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”.

Com o advento do protocolo adicional à CNUER, em 31 de janeiro de 1967¹⁶⁴, mediante a sua ratificação por 147 países, o conceito internacional de “refugiado” passou a não ter mais as limitações temporais e espaciais irrogadas na versão original da Convenção. Assim, o refugiado para fins de sua qualificação jurídica não precisa necessariamente ser europeu, e os fatos ensejadores do refúgio não precisam necessariamente ter ocorrido antes de 1º de janeiro

¹⁶² A República Federativa do Brasil assinou a Convenção das Nações Unidas relativa ao estatuto dos Refugiados (CNUER) aos 15 de julho de 1952, tendo-a ratificado em 16 de novembro de 1960. A República Federal da Alemanha assinou a CNUER em 19 de novembro de 1951, tendo-a ratificado aos 01 de dezembro de 1953.

¹⁶³ A Convenção da Organização da Unidade Africana, doravante COUA, em virtude do contexto peculiar do continente africano, máxime pelos movimentos de independência colonial, *ad exemplum*, Ruanda, Angola e Argélia, consagrou igualmente um conceito específico de refugiado, *ad litteram*: “Para fins da presente Convenção, o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar. O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, 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 nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade”. https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf. Acesso aos 07.02.2024.

¹⁶⁴https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em 04.06.2023. O Brasil ratificou o protocolo adicional à CNUER em 07 de abril de 1972. A República Federal da Alemanha ratificou o protocolo em 05 de novembro de 1969.

de 1951. Nada obstante, este conceito de “refugiado”, datado da década de 1950, carece de complementações essenciais, como, por exemplo, a emergência da crise climática como fundamento normativo ao refúgio, bem como de violações generalizadas de direitos humanos, incluindo sua eficácia no âmbito extraterritorial (*non-refoulement*).

No Direito interno brasileiro, há uma hipótese legal adicional para a configuração *in casu* do refúgio, indo, a rigor, além da proteção normativa outorgada em nível supranacional. Com efeito, o art. 1º, inciso III, da Lei 9474 de 1997, inclui expressamente a violação generalizada de direitos humanos no país de origem como circunstância ensejadora do direito ao refúgio. Como se trata de hipótese abstrata e de elasticidade interpretativa, é possível, sem maiores dificuldades, excogitar os casos de crise econômica estrutural, desastres naturais, como terremotos e tsunamis, bem como de crise sanitária, como hipóteses contempladas para o refúgio no Brasil.

“Art. 1º 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;

II - Não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional”.

Atualmente, no mundo, há um contingente de 25.9 milhões de refugiados, dentre os quais 20.4 milhões estão sob o mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (doravante ACNUR), e 5.5 milhões sob o mandato da Agência das Nações Unidas para os Refugiados da Palestina (doravante UNRWA). Um dado de elevada importância, e que redimensiona a problemática para um patamar mais alarmante, é que dos 25.9 milhões de refugiados, 52% são crianças e adolescentes abaixo dos 18 anos de idade. Digno de nota, igualmente, é o açambarcamento de muitos refugiados provenientes de um mesmo país. Nesta

senda, 57% dos refugiados sob o mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) são oriundos de apenas três países, a saber, da República Árabe da Síria, do Afeganistão e do Sudão. Na grande maioria dos casos, são pessoas acossadas nos seus países de origem ou residência, e que procuram refúgio em países limítrofes em situações de extrema vulnerabilidade¹⁶⁵.

Malgrado a origem do termo *refugiado* remonte a crise europeia, em especial no contexto da segunda conflagração mundial (1939-45), centralizada na figura do homem europeu, fato é que hoje a imagem do migrante forçado se entrelaça, a rigor, à situação conflitiva na África e no Oriente Médio, e que podem ser representadas em termos iconográficos pelas imagens impactantes infra.

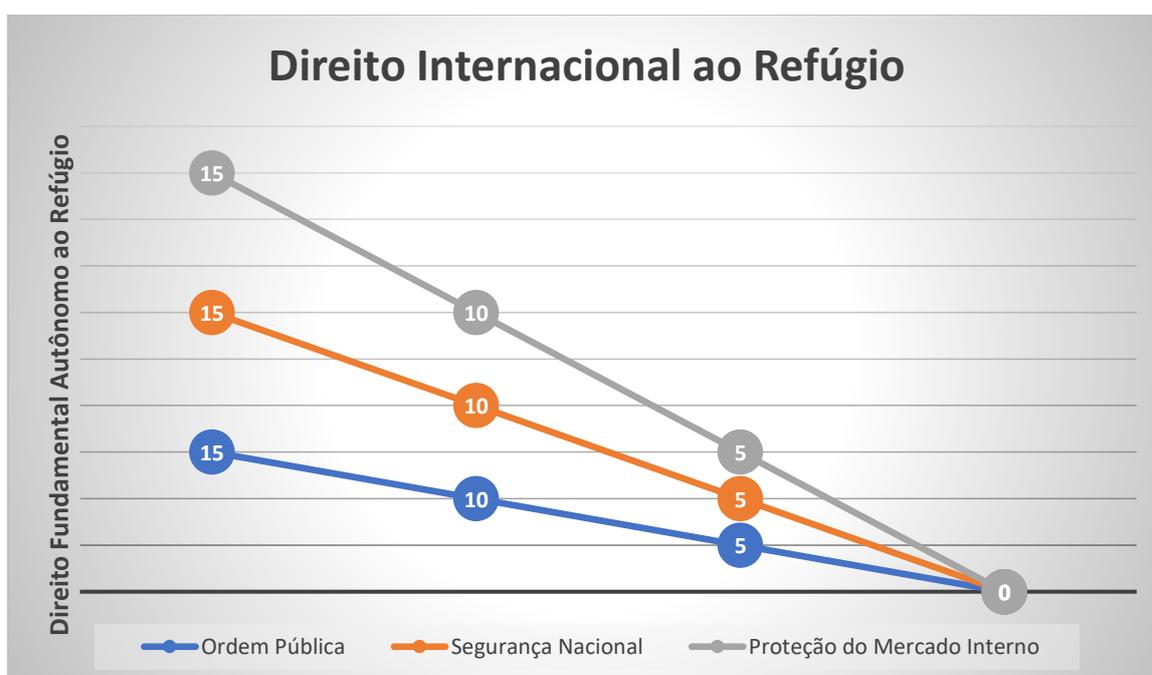


¹⁶⁵ MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 45.

Lastrado nos aportes doutrinários, normativos, *maxime* dos tratados e convenções em matéria de refúgio, bem como na gama informativa acerca da questão atual dos refugiados, é possível conceituar, já neste ponto, o direito “autônomo” ao refúgio, amplo e suficiente, que deveria orientar todos os Estados que participam da concertação internacional da ONU, da Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, e das Convenções regionais de proteção dos Direitos Humanos, a saber:

“um direito humano e fundamental de qualquer pessoa em situação de perseguição, concreta ou temida, em virtude da sua etnia, grupo social, opinião política, orientação sexual, religião, nacionalidade, ou por crises climáticas e violações generalizadas de direitos humanos, independentemente de critérios subjetivos estatais para fins concessivos, de ser acolhida e integrada socialmente em Estado diverso da sua nacionalidade ou da sua habitual residência”.

À maneira de representar graficamente o direito fundamental “autônomo” ao refúgio em relação às atribuições do Estado nacional para fins concessivos, em especial pelos critérios da ordem pública, da segurança nacional e da proteção do mercado interno, defronte os *standards* internacionais de tutela, indica-se abaixo a ilustração parametrizada para o atingimento do direito fundamental “autônomo” proposto:



1.2.3 O Asilo Político na Ordem Jurídica Internacional

O *asilo político* na órbita do Direito Internacional Público, para além da sua origem religiosa na antiguidade, remonta, a rigor, ao Tratado Internacional Franco-Suíço de 1828, o qual distinguia explicitamente o crime comum do crime político para fins extradicionais¹⁶⁶. Na esteira da ordem normativa internacional, o asilo político cresceu gradativamente em importância, máxime a partir dos conflitos armados e ideológicos das duas conflagrações mundiais e da emergência da chamada “Guerra Fria”¹⁶⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (doravante DUDH), de 1948, giza destacadamente o direito humano universal de “*procurar e desfrutar*”¹⁶⁸ de asilo em outros países, quando vítima de perseguição (art. 14, inciso I). Logo na sequência, a própria DUDH traça a distinção entre crimes políticos e comuns, porquanto o direito ao asilo não pode ser invocado em face de perseguição legítima ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas (art. 14, inciso II). Por perseguição legítima tem-se como arquétipo a aplicação da legislação interna estatal de um país democrático e consentâneo aos parâmetros universais de justiça amplamente aceites pelas Nações; e por objetivos e princípios da ONU, tem-se a aplicação das disposições gerais e diretrizes políticas insertas nos documentos jurídico-legais aprovados pela Assembleia Geral.

O asilo, que se desmembra em territorial e diplomático¹⁶⁹, foi incorporado maciçamente nas mais diversas ordens constitucionais do mundo, como influência direta do Direito internacional. Para fins terminológicos e conceituais, o asilo político, na esfera internacional, é o dividido entre territorial e não-territorial. Consoante a doutrina do internacionalista indiano, prof. Prakash Sinha, o *asilo territorial* refere-se ao Estado de destino que concede o asilo a um indivíduo no seu próprio território¹⁷⁰. Na ausência de um Tratado internacional contendo

¹⁶⁶ SINHA, Surya Prakash. *Asylum and International Law*. Haia (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 1971. p. 20 e ss.

¹⁶⁷ Cf., por todos, KEYS, Barbara; BURKE, Roland. Human Rights, in: IMMERMANN, Richard H; GOEDDE, Petra. (Orgs.). *The Oxford Handbook of the Cold War*. Oxford University Press – OUP, 2013. p. 486 e ss.

¹⁶⁸ Tal dicção normativa revela de modo insofismável que no âmbito da DUDH da ONU há um direito do migrante forçado de solicitar asilo, e, *pari passu*, um dever jurídico correlativo dos Estados membros a oferecer asilo em casos de perseguição.

¹⁶⁹ O asilo marítimo se relaciona ao acolhimento de embarcações de Estados beligerantes por Estados neutros.

¹⁷⁰ SINHA, Surya Prakash. *Asylum and International Law*. Haia (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 1971. p. 50.

obrigações aos Estados, nenhum país é obrigado a admitir estrangeiros em seu território, nem tão pouco obrigado a rechaçar a entrada destes. Esta competência decorre inapelavelmente da soberania nacional. De se realçar que nenhum Estado tem a obrigação extraditar um indivíduo com base no direito internacional consuetudinário¹⁷¹.

De modo contrário, o *asilo não-territorial* ocorre quando a solicitação para o acolhimento estatal se dá em embaixadas, consulados ou em embarcações públicas em águas estrangeiras. Como tal modalidade de asilo acontece comumente em embaixadas e consulados, ele é amiúde designado igualmente de *asilo diplomático*. Conforme *S. Prakash Sinha*, o asilo não-territorial é fundamentado no princípio da extraterritorialidade, nos privilégios diplomáticos, no costume, no uso, nos Tratados e no Direito internacional regional¹⁷².

Na prática jurisdicional da ONU, a Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ) sedimentou o âmbito de proteção do asilo no Direito Internacional Público no *decisum* Bélgica vs. Senegal, de 20 de julho de 2012. *In casu*, tratou-se do requerimento formulado pela Bélgica para a extradição do ex-presidente do Chade (África) por violações de direitos humanos, em especial por atos perpetrados de tortura, e que havia recebido o asilo político de Senegal. Conforme se extrai do relatório do caso pela própria ONU, o asilo político não pode contrastar com a garantia de prossecução penal para crimes cometidos contra a humanidade, incluindo o crime de tortura e tratamentos degradantes e desumanos.

“With respect to the alleged violation of Article 7, paragraph 1, of the Convention against Torture, the Court first examined the nature and meaning of the obligation laid down in that provision. It concluded from the foregoing that Senegal’s obligation to prosecute pursuant to Article 7, paragraph 1, of the Convention did not apply to acts alleged to have been committed before the Convention entered into force for Senegal on 26 June 1987, although there was nothing in that instrument to prevent it from instituting proceedings concerning acts that were committed

¹⁷¹ *Ad argumentandum tantum*, em 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou o emblemático caso *cesare battisti*¹⁷¹, no qual ficaram sedimentadas quatro teses referenciais, quais sejam: a) a competência jurisdicional de revisão *a posteriori* da concessão administrativa da condição de refugiado; b) a competência do STF para análise dos pressupostos materiais à configuração de suposto crime político para fins extradicionais; c) a obrigatoriedade do Estado brasileiro de cumprir os tratados bilaterais em matéria de extradição; e d) a discricionariedade política do presidente da República em entregar o extraditando ao Estado requerente quando julgado procedente o pedido de extradição no Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 1.085, República da Itália, min. rel. Cezar Peluso, j. 16.12.2009.

¹⁷² *Ibidem.*, p. 51.

before that date. The Court found that Belgium, for its part, was entitled, with effect from 25 July 1999, the date when it became party to the Convention, to request the Court to rule on Senegal's compliance with its obligation under Article 7, paragraph 1, of the Convention.

Finally, the Court examined the question of the implementation of the obligation to prosecute. It concluded that the obligation laid down in Article 7, paragraph 1, of the Convention required Senegal to take all measures necessary for its implementation as soon as possible, in particular once the first complaint had been filed against Mr. Habré in 2000. Having failed to do so, Senegal had breached and remained in breach of its obligations under Article 7, paragraph 1, of the Convention.

The Court found that, by failing to comply with its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention, Senegal had engaged its international responsibility. Therefore, it was required to cease that continuing wrongful act and to take, without further delay, the necessary measures to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, if it did not extradite Mr. Habré¹⁷³.

Por fim, para fins de didatismo e análise dogmática, a figura jurídica do *asilo político* refere-se, a rigor, “*ao acolhimento estatal de pessoa acossada por razões políticas no seu país de origem ou de atual residência*”. O escopo e a abrangência são coarctados a limites angustos

¹⁷³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/case/144>>. Acesso aos 08.06.2023. Tradução livre do inglês: “Com relação à alegada violação do artigo 7º, § 1º, da Convenção contra a Tortura, a Corte examinou primeiramente a natureza e o significado da obrigação estabelecida nessa disposição. Concluiu, com base no exposto, que a obrigação do Senegal de processar de acordo com o artigo 7º, § 1º, da Convenção não se aplicava a atos supostamente cometidos antes da entrada em vigor da Convenção para o Senegal, em 26 de junho de 1987, embora não houvesse nada nesse instrumento que o impedisse de instaurar processos relativos a atos cometidos antes dessa data. A Corte constatou que a Bélgica, por sua vez, tinha o direito, com efeito a partir de 25 de julho de 1999, data em que se tornou parte da Convenção, de solicitar que a Corte se pronunciasse sobre o cumprimento, pelo Senegal, da obrigação prevista no artigo 7º, § 1º, da Convenção. Finalmente, a Corte examinou a questão da implementação da obrigação de processar. Concluiu que a obrigação estabelecida no artigo 7º, § 1º, da Convenção exigia que o Senegal tomasse todas as medidas necessárias para sua implementação o mais rápido possível, em particular depois que a primeira queixa foi apresentada contra o Sr. Habré, em 2000. Não tendo feito isso, o Senegal violou e continua violando suas obrigações nos termos do artigo 7º, § 1º, da Convenção. A Corte constatou que, ao não cumprir suas obrigações nos termos do artigo 6º, § 2º, e do artigo 7º, § 1º, da Convenção, o Senegal havia assumido sua responsabilidade internacional. Portanto, o Senegal foi obrigado a cessar esse ato ilícito contínuo e a tomar, sem mais delongas, as medidas necessárias para submeter o caso às suas autoridades competentes para fins de acusação, caso não extraditasse o Sr. Habré”.

da “perseguição política”, de modo que a *ratio decidendi* da deliberação estatal deve estar alicerçada na conotação política do requerimento, e que não configure quebra do direito penal comum¹⁷⁴.

Em síntese, há mister de pontear a distinção capital entre asilo político e refúgio, porquanto amiúde objeto de incompreensões e tratamento igualitário, inclusive no ambiente acadêmico. A figura jurídica do *refúgio* destina-se a tutelar um espectro mais amplo de violações da condição jurídica do migrante, como perseguições por motivos de raça e de religião, abrangendo igualmente a migração forçada por crise econômica aguda, em razão das alterações climáticas em curso e por violações generalizadas a direitos humanos.¹⁷⁵

No plano do direito internacional, vez que no Brasil admite-se o plano multinível protetivo, são dois instrumentos jurídicos que estão no pináculo da tutela protetiva dos direitos humanos, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto do Refugiado (1951)¹⁷⁶ e a Convenção sobre Asilo Territorial da Organização dos Estados Americanos (1954) designadamente. Em relação aos conceitos jurídicos de Asilo Político e Refúgio, malgrado sejam institutos distintos e autônomos, destinam-se ambos, em última análise, à proteção da pessoa humana, o primeiro em um viés político, e o segundo em um contexto humanitário, verificando-se uma complementariedade, mas não similaridade, imanente entre ambos¹⁷⁷.

O Supremo Tribunal Federal tem se dedicado ao tema específico da conceituação do asilo político desde 1961, quando do julgamento da extradição n. 232. O ministro relator deste paradigmático *decisum*, Victor Nunes Leal, que pouco tempo depois seria cass(ç)ado pelo regime militar (1964-85)¹⁷⁸, negou peremptoriamente a extradição de Arsênio Hernandez para o Governo de Cuba, *ad litteram*:

“O crime imputado ao extraditando é punido, segundo a lei cubana, com vinte anos de prisão, no mínimo, e, no máximo, com a morte, constando dos autos que o chefe da patrulha responsabilizada

¹⁷⁴ RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 250.

¹⁷⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Expressa, 2021. p. 9.

¹⁷⁶ A República Federativa do Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado mediante a promulgação do Decreto n. 50.215, de 28 de janeiro de 1961.

¹⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 181.

¹⁷⁸ Cf., *par excellence*, a obra de Elio Gaspari, em 5 volumes, (A Ditadura Envergonhada – A Ditadura Escancarada – A Ditadura Derrotada – A Ditadura Encurralada – A Ditadura Acabada). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2002.

pelo assassinato das três vítimas já foi fuzilado. Embora a lei brasileira admita, em tais casos, a extradição, mediante compromisso do Estado requerente de comutar na de prisão a pena de morte, a situação revolucionária existente em Cuba não oferece plena garantia a esta ressalva, tanto mais que não há, entre os dois países, tratado de extradição. Esta mesma situação revolucionária, a julgar por fatos de conhecimento notório, exclui a convicção de que seja regular e cercado de plenas garantias o julgamento a que seria submetido o extraditando.”¹⁷⁹

Em 1990, o hoje aposentado ministro Celso de Mello se debruçou no aspecto dogmático do asilo político defronte ao requerimento do Estado do Paraguai relativamente à extradição de Gustavo Adolfo Stroessner. Tratava-se, àquela altura, de pedido de extradição por suposto crime comum do ex-presidente do Paraguai que havia recebido o asilo político do Estado brasileiro, e encontrava-se em território nacional. Restou sedimentado neste *decisum* que o asilo político, *per se*, não obstaculiza o procedimento extradicional, isto é, não existe inextraditabilidade pelo fato da concessão do asilo político, desde que, *in casu*, haja a ocorrência de delitos comuns para a extradição. Como o asilo político é um procedimento afeito ao Poder Executivo, a rigor de caráter privativo, o STF não está vinculado a ele para fins de aferição da legalidade da extradição. *Ad litteram*:

“São limitados, juridicamente, os poderes do Supremo Tribunal Federal na esfera da demanda extradicional, eis que esta Corte, ao efetuar o controle de legalidade do pedido não aprecia o mérito da condenação penal e nem reexamina a existência de eventuais defeitos formais que hajam inquinado de nulidade a persecução penal instaurada no âmbito do Estado requerente. A necessidade de respeitar a soberania do pronunciamento jurisdicional emanado do Estado requerente impõe ao Brasil, nas extradições passivas, a indeclinável observância desse dever jurídico. A inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência

¹⁷⁹ Ext. n. 232 (segunda), min, rel. Victor Nunes Leal, j. 09.10.1961.

inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse favor *constitutionis*, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do Estado brasileiro”.

Para além da desvinculação entre extraditabilidade e a concessão de asilo político, ficou assentado na contextura jurisprudencial do STF a prerrogativa *prima facie* do Poder Executivo para definir, em última análise, sobre o requerimento de extradição. Dessarte, aos 16.12.2009, foi julgado, em sede de Tribunal pleno¹⁸⁰, o rumoroso caso *Battisti*, cuja extradição se deu a pedido da República da Itália. Nesta ocasião, a Corte decidiu, por maioria de votos, pela procedência (legalidade) do pedido extradicional em favor da República Italiana, porém sujeito ao escrutínio posterior do presidente da República, que deverá respeitar tratado bilateral com o Estado requerente. Mesmo que concedido o *status* de refugiado ao extraditando no curso do processo, não foi identificada correspondência entre os motivos declarados no requerimento extradicional e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão do refúgio¹⁸¹. Desta feita, *Cesare Battisti* teve seu pedido de extradição deferido, porém sob condição resolutiva do presidente da República¹⁸². *Ad verbum*:

“Conquanto reconhecido e até sublinhado, na ocasião daquele julgamento, o caráter político-administrativo da decisão concessiva de refúgio, não me parece, revendo agora os termos e o alcance da lei à luz sistêmica da ordem jurídica, que tal asserto deva ser entendido ou tomado em acepção demasiado estrita, nem tampouco que o fato de o poder ou dever de outorga ser atribuição reservada à competência própria da União, por representar o país nas relações internacionais, lhe subtraia, de modo absoluto, os respectivos atos jurídico-administrativos ao ordinário controle de legalidade (*judicial review*). Esta é, aliás, a única interpretação concebível capaz de sustentar a admissibilidade de juízo de constitucionalidade, em especial daquela norma específica, sob o

¹⁸⁰ Ext. 1085, min. rel. Cezar Peluso, j. 16.12.2009.

¹⁸¹ Em 13 de janeiro de 2009, o então ministro da Justiça, Tarso Genro, contrariando parecer do CONARE, concedeu refúgio ao italiano *Cesare Battisti* por “fundado temor de perseguição”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/76328/tarso-genro-aprova-refugio-do-escritor-italiano-cesare-battisti>>. Acesso em 13.06.2023.

¹⁸² Aos 12 de janeiro de 2019, após o deferimento da extradição pelo ex-presidente Michel Temer, *Battisti* foi preso na Bolívia e enviado diretamente para Roma para o cumprimento da prisão perpétua imposta pelo Estado italiano. Cf., por todos, MANZO, Paolo. *Il Caso Cesare Battisti – Dagli Omicidi Fino All’Arresto Del Terrorista Più Ricercato D’Italia*. Roma: Paesi Edizioni, 2019.

prisma da regra da separação dos poderes. Ademais, a presunção da inteireza da Lei n. 9474/97 não dá, ao propósito, margem a outras considerações que não a do pressuposto da necessidade de rigorosa obediência aos requisitos positivos e negativos que ela mesma estatui. A União não age aqui, nem alhures, *a legibus soluta*. Não há, pois, como nem por onde, na interpretação unitária e constitucional do regime normativo do instituto do refúgio, estabelecer, de maneira oracular ou dogmática, que, independentemente de reverência à ordem jurídica, toda decisão emanada do Poder Executivo produza, em qualquer caso, o efeito ou efeitos típicos a que tenda. E não o há, desde logo porque, nos limites deste caso, como nítida questão prévia que se suscita, tem a *legalidade do ato administrativo* de ser conhecida e decidida pela Corte como tema preliminar, suposto profundamente vinculado ao mérito mesmo do pedido de extradição, que não pode deixar de ser julgado, se se dê por invalidez e ineficácia da concessão de refúgio. Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui **ato vinculado** aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico.

Em suma, a decisão do senhor Ministro da Justiça não escapa ao controle jurisdicional, sobre eventual observância dos requisitos de legalidade, sobretudo à aferição de correspondência entre sua motivação necessária declarada e as *fattispecie* normativas pertinentes, que é terreno em que ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos, até para averiguar se não terá sido usurpada, na matéria de extradição, competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal”.

Dilucidando o caso em comento, o STF submeteu ao controle de constitucionalidade e legalidade o ato administrativo de concessão de refúgio, que, malgrado seja de competência privativa da União no contexto das relações internacionais, resta jungido ao escrutínio

jurisdicional do STF, de modo a não transformar o Poder Executivo em *legibus solutus*, inclusive em matéria de extradição¹⁸³.

Não é a primeira vez que uma alteração deste jaez, inclusive com repercussão midiática e internacional (diplomática), recaiu sob a mesa de deliberações do pretório excelso constitucional. O caso, que também envolveu um pedido de extradição, envolveu os governos da Polônia, da Alemanha, de Israel e da Áustria, que solicitaram a extradição de *Gustav Franz Wagner*, residente à época no município de Atibaia, a aproximadamente 50 km de distância da cidade de São Paulo. Tratava-se de um antigo integrante das SS do Partido Nazista, e fora acusado de ser responsável em coautoria pela morte de milhares de pessoas (homicídio em massa), quando atuou, no início da década de 1940, como um dos comandantes (administrador e vice-comandante) no campo de concentração de *Sobibor*, na Polônia. Em uma decisão de aproximadamente 139 páginas, incluindo relatório, votos e acórdão, o Supremo julgou as extradições n. 356 (Alemanha), n. 358 (Israel), n. 359 (Áustria) e n. 360 (Polônia) conjuntamente. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, *una voce*, julgaram improcedentes os quatro processos de extradição¹⁸⁴. O aresto foi ementado do seguinte modo:

“EMENTA: EXTRADIÇÃO. - PEDIDO FUNDADO EM CRIMES TIPIFICADOS NO PAÍS REQUERENTE EM LEI POSTERIOR A SUA OCORRÊNCIA. - IRRETROATIVIDADE 'IN PEJUS', NO DIREITO BRASILEIRO, DA LEI PENAL SUBSTANTIVA. - OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO. - IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PEDIDO QUANDO O EXTRADITANDO TIVER DE RESPONDER, NO PAÍS REQUERENTE, PERANTE TRIBUNAL OU JUÍZO DE EXCEÇÃO. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO INDEFERIDO”¹⁸⁵.

O STF, ao indeferir os pedidos de extradição concernente à persecução penal de *Gustav Wagner*, fundou-se à evidência numa noção positivista extrema, porquanto a lei a ser aplicada ao extraditando ainda não existia no ordenamento jurídico do Estado requerente à época dos

¹⁸³ Sobre o tema, incluindo a aplicação prática do art. 33 da Lei n. 9474/97, que impede o pleito extradicional quando fundado nos mesmos motivos ensejadores do refúgio, v., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 687.

¹⁸⁴ Cf., ABAL, Felipe Cittolin. *Nazistas no Brasil e Extradição: Os Pedidos de Extradição de Franz Stangl e Gustav Wagner em uma Análise Histórico-Jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

¹⁸⁵ Extradição n. 360, rel. min. Cunha Peixoto, j. 20.06.1979.

fatos criminosos, bem como o juízo do julgamento, criado *a posteriori* aos fatos ensejadores do pedido extradicional, sem contar a incidência da prescrição penal defronte o longo tempo despendido para a procura do acusado¹⁸⁶.

1.2.4 O Regime Jurídico dos Apátridas no Direito Internacional

A condição jurídica da *apatridia* expõe a fragilidade e a vulnerabilidade do ser humano sem qualquer vínculo jurídico-político com um Estado específico para fins de tutela dos seus direitos fundamentais, e da própria existência pessoal¹⁸⁷. A existência da nacionalidade, como amálgama jurídico entre indivíduo e Estado, concede ao sujeito a possibilidade de exigir respeito e promoção aos seus direitos e a sua dignidade em face do arbítrio ou da omissão estatal, *maxime* em relação aos direitos políticos e sociais, e mesmo da integração social e econômica¹⁸⁸.

Consoante o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (doravante ACNUR), a *apatridia* acontece por diversas razões (sejam elas jurídicas, políticas ou culturais), como discriminação contra minorias étnicas e sociais nas legislações autóctones, dificuldade logística e burocrática, e mesmo em termos econômicos e financeiros, em reconhecer todos os residentes de um determinado país como cidadãos (nacionalidade) quando ocorre o processo de independência de um Estado, mediante guerras civis, por exemplo, ou, inclusive, em virtude de conflitos de leis, ou melhor: normativo, entre países.

Dessarte, a *apatridia*, amiúde, é considerada um problema invisibilizado, de difícil constatação, porquanto os indivíduos apátridas permanecem obnubilados, jurídica e politicamente, nos respectivos países, mormente pelos óbices burocráticos e administrativos, até mesmo em termos de abertura de contas bancárias e registros nas instituições oficiais do Estado. A vulnerabilidade jurídica e econômica extrema caracteriza essencialmente o apátrida, que amiúde, no Brasil e *aliunde*, são sistematicamente tiranizados e espeznados em face de

¹⁸⁶ Para uma contextualização do caso, v. o documentário da *Deutsche Welle* disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qLvI_AVmrIs>, que retrata, *inter alia*, o “reencontro” no Brasil entre o algoz nazista, Gustav Wagner, e sua vítima, o judeu Schlomo.

¹⁸⁷ Acerca da dificuldade existencial dos apátridas, a partir de um caso concreto concernente à história de uma mulher que nasceu na Síria, viveu durante 30 anos na Líbia como apátrida e se refugiou no Brasil, v., OLIVEIRA, Darcio; MAMO, Maha. *Maha Mamo: A Luta de uma Apátrida pelo Direito de Existir*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2020.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Direito de Nacionalidade e Regime Jurídico do Estrangeiro, in: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 1, out/dez., 2007. p. 147 e ss.

uma condição jurídica sinuosa e suspicaz. Os apátridas, em virtude da ausência do vínculo jurídico-político da nacionalidade e cidadania, não têm acesso à educação (infantil, escolar e universitária), a um emprego formal, a instituições financeiras (conta bancária), à moradia e mesmo ao matrimônio e à possibilidade de instituir família¹⁸⁹. Ou seja, o apátrida, defronte a ausência de qualquer vínculo jurídico-político com o Estado, está alijado de qualquer condição de possibilidade para a auferir os direitos fundamentais mais elementares para uma existência condigna.

Para efeitos conceituais, conforme previsto na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (doravante CeA), apátrida é “toda pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação interna, como seu nacional”¹⁹⁰. A CeA prevê igualmente os deveres jurídicos do apátrida em relação às leis e à ordem pública do país em que se encontre, justamente para avaliar o acolhimento e integração social do apátrida ao Estado de destino. Ademais, a CeA prevê o direito do apátrida à tratamento igualitário, sem discriminações de raça, religião e país de origem, bem como a plena garantia à liberdade religiosa e o direito à liberdade de educação religiosa de seus filhos.

Impende consignar a importante tarefa desempenhada pelo ACNUR no âmbito específico de combate à apatridia. Desde o início da campanha deflagrada mundialmente pelo ACNUR cognominada “*#IBelong*”, no sentido de potencializar ao máximo a noção de *pertencimento*, bem como de minimizar ao máximo a condição jurídica da *apatridia*, lançada em novembro de 2014, uma série de avanços extremamente relevantes foram gradualmente conquistados pelas articulações implementadas pela Agência da ONU, como, por exemplo: a) aproximadamente 350 mil pessoas apátridas adquiriram a nacionalidade em lugares muito diversos como, exemplificativamente, Quirguistão, Quênia, Tadjiquistão, Tailândia, Rússia, Suécia, Vietnã, Uzbequistão e Filipinas; b) ademais, 25 países aderiram às duas Convenções da ONU sobre *apatridia*, totalizando 94 países que atualmente fazem parte da Convenção de 1954 relativa ao Estatuto dos Apátridas e 75 países signatários da Convenção de 1961 sobre a Redução da *apatridia*; c) outrossim, 16 países estabeleceram ou aperfeiçoaram procedimentos jurídicos e administrativos de determinação da *apatridia* para identificar pessoas apátridas em seus respectivos territórios, com o intuito de oferecer um procedimento mais facilitado e

¹⁸⁹ Cf., ACNUR. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>>. Acesso em 10.06.2023.

¹⁹⁰ O Brasil aderiu à CeA apenas no ano de 2002, através do Decreto n. 4.246/02. A Alemanha ratificou a CeA no ano de 1976, designadamente no BGBl, II, Seite 473 (Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen).

simplificado, em termos administrativos, para a obtenção da nacionalidade e regularização jurídica do apátrida; d) países como Albânia, Armênia, Cuba, Estônia, Islândia, Letônia, Luxemburgo e Tadjiquistão alteraram substancialmente as suas leis de nacionalidade (*jus soli* e *jus sanguinis*) para conceder nacionalidade a crianças nascidas em seus territórios que, de outra forma, seriam inelutavelmente consideradas apátridas para fins jurídicos. Em especial, Cuba e Paraguai reformaram *ex parte* suas leis de nacionalidade para permitir que as mães possam repassar a nacionalidade a seus filhos em igualdade de condições com os pais¹⁹¹.

De lege lata, o Brasil tem assegurado procedimentos de neutralização da *apatridia*, assim como mecanismos para naturalização facilitada para pessoas reconhecidas como apátridas. Tais mecanismos de minimização da *apatridia* propiciam à pessoa um *status* legal que permite residência e garante a titularização dos direitos fundamentais, como acesso aos serviços públicos em geral¹⁹².

A Constituição de 05 de outubro de 1988, que ampliou significativamente as hipóteses de concessão originária da nacionalidade defronte a Constituição de 24 de janeiro de 1967, considera brasileiros natos os nascidos no território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros (migrantes), desde que estes não estejam a serviço de seu país (CF/88, art. 12, I, “a”. Trata-se, à evidência, de critério que enfatiza o aspecto territorial (*jus soli*), que dá a tônica no Brasil quanto ao critério de aquisição da nacionalidade originária. A definição do território nacional para os fins do reconhecimento da nacionalidade originária brasileira não é imune a algumas perplexidades e críticas. O critério do *jus soli* congloba à evidência toda a extensão territorial física do Brasil (8.510.000 km²), aqui contempladas as unidades da Federação (26 Estados e o Distrito Federal), desde a Bacia Amazônica até as Cataratas do Iguaçu, incluindo as diversas entidades municipais das 5.568 cidades brasileiras. O texto constitucional não contempla, pelo menos não *expressis verbis*, questões atinentes à aquisição da nacionalidade nos espaços hídricos, aéreos ou terrestres não jungidos à soberania de um Estado, como por exemplo, nascimentos em alto mar. Sob a alcunha de “aplicação extraterritorial da norma constitucional”, caso haja o nascimento em alto mar, na Antártida ou no espaço aéreo sem jurisdição aplicável, tratar-se-ia, sem embargo, do caso de nacionalidade através do vínculo familiar (*jus sanguinis*).

São também brasileiros natos os nascidos no exterior, de pai ou mãe brasileiros, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil (CF/88, art. 12, I, “b”. Neste ponto, o texto

¹⁹¹ Em relação às mais recentes atividades do ACNUR acerca do combate à condição de apátrida, em termos globais, cf., <<https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>>, acesso aos 28.07.2023.

¹⁹² Lei 13.445/17 (Lei de Migração), art. 26, §§ 3º e 4º.

normativo constitucional prevê uma benfazeja exceção ao princípio geral do *jus soli*, adotando *in casu* o critério do *jus sanguinis*, isto é, aquele que dimana do vínculo familiar, e que, de resto, constitui a regra nos países europeus. A expressão “*a serviço do Brasil*” deve ser compreendida holisticamente, e não só como a atividade constricta à diplomacia concernente ao Poder Executivo, mas também como qualquer função associada às atividades da União, dos Estados ou dos Municípios ou de suas autarquias. Há mister de observar que a expressão “*a serviço do Brasil*”, para os fins da norma constitucional, significa ainda o serviço prestado à organização internacional de que a República faça parte, independentemente de o agente ter sido designado ou não pelos órgãos governamentais brasileiros.

São, ainda, considerados brasileiros natos os nascidos no exterior, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, *a qualquer tempo*, pela nacionalidade brasileira (CF, art. 12, I, *c*, redação da EC de Revisão nº 3, de 1994). A versão original do texto constitucional de 1988 previa que o filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascido no exterior, que não estivesse a serviço do Brasil, seria considerado brasileiro nato se registrado na repartição consular competente. A Emenda Constitucional de Revisão nº 3 de 1994, de forma acertada, alterou tal preceptivo, não exigindo mais a residência no Brasil antes de completar a maioridade, como fazia a versão original. Nada obstante, elidiu-se a faculdade, anteriormente oferecida, de o filho de brasileiro nascido no exterior obter a nacionalidade brasileira com o mero registro na repartição consular competente. Indagação relevante, nesse contexto, diz respeito à situação jurídica do filho de brasileiro que, nascido no exterior, venha, ainda menor, a residir no Brasil.

Como é amplamente consabido, no âmbito da Constituição outorgada de 1967, e da sua correspectiva emenda de 1969, exigia-se que o filho de pai brasileiro ou mãe brasileira viesse a residir no Brasil antes de completar a maioridade e fizesse a opção pela nacionalidade brasileira até quatro anos após completá-la (Constituição 1967/69, art. 140, I, “*c*”), expressando um viés de extremo nacionalismo. Nesse caso, até o termo final do prazo de opção, o indivíduo era considerado brasileiro nato *sob condição resolutive*. Desta feita, com o exurgimento de um novo quadro jurídico, o Supremo Tribunal Federal (doravante STF) reconheceu que o filho de brasileiro nascido no exterior, que, ainda menor, venha a residir no Brasil, deve ser considerado, para todas as finalidades jurídicas, *brasileiro nato*, tendo direito pleno ao registro provisório previsto expressamente na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6015/73, art. 32, § 2º). Tratava-se, à evidência, de uma lacuna legal violadora de direitos fundamentais, preenchida *a posteriori* pelo STF pela via jurisprudencial, já que a ausência do vínculo jurídico-político da

nacionalidade para os menores igualmente traria danos e prejuízos práticos para o exercício de uma gama significativa de direitos fundamentais.

Nesta contextura jurídico-constitucional, tendo em vista o caráter protetivo e não restritivo da norma constitucional e os efeitos deveras deletérios da *apatridia*, afigura-se ineludível que se reconhecesse ao menor, filho de brasileiro nascido e residente no estrangeiro, a nacionalidade brasileira com eficácia plena até o advento da maioridade (e não sob condição suspensiva), quando poderia decidir, livre e validamente, sobre a fixação de residência no Brasil ou em outro país, e sobre a opção pela nacionalidade brasileira, na esteira de um autêntico direito fundamental de natureza política.

Como, antes de completar a maioridade, ele não poderia decidir, autônoma, soberana e validamente, sobre a fixação da residência no Brasil, não haveria como deixar de reconhecê-lo a condição de brasileiro nato. Configurada a maioridade, passaria ele a titularizar *in continenti* a nacionalidade brasileira sob condição suspensiva, que ocorrerá se se der ulteriormente a fixação de residência no Brasil, e houver *in casu* a opção pela nacionalidade brasileira. Nesse contexto, tem-se como plenamente defensável a legitimidade do registro *ad interim* na repartição consular competente, de que trata a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6015/73, art. 32, § 2º), igualmente no caso de filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascido no exterior, ainda que continue a residir no exterior.

As controvérsias e perplexidades instauradas pela Emenda Constitucional nº 3/1994 foram amplamente superadas pela benfazeja Emenda Constitucional n. 54 de 2007, segundo a qual: “os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira”. Restabeleceu-se, portanto, *expressis verbis*, a possibilidade de registro em Repartição Consular competente, do filho de brasileiro nascido no exterior, reinserindo um modelo procedimental fundamental para dar suporte adequado ao sistema *jus sanguinis* consagrado na teoria do Direito Constitucional contemporâneo.

1.2.5 Os “deslocados internos” como problema migratório

Fenômeno social deveras conhecido no Brasil, os deslocados internos constituem um ponto nodal na arquitetura do direito migratório, porquanto, em termos estatísticos, são eles que

perfazem o maior contingente dos migrantes *forçados* no mundo¹⁹³. Entre nós, por exemplo, o caso da massiva migração nordestina para São Paulo, em especial entre as décadas de 1930 a 1980, é paradigmático e constitui, em si, um elemento de reorganização econômica e social do Brasil¹⁹⁴.

Consoante a aferição classificatória do Alto Comissariado da Nações Unidas para Refugiados (doravante ACNUR)¹⁹⁵, os *deslocados internos* são pessoas forçadamente deslocadas dentro de seu próprio país, pelos mesmos motivos de um refugiado (identidade dos motivos decisórios), mas que não atravessaram uma fronteira internacional para buscar proteção. Nesta perspectiva, a distinção se baseia em um elemento geográfico, isto é, de mera localização espacial do migrante. Mesmo tendo sido forçados a deixar seus lares por razões similares às dos refugiados (perseguições, conflito armado, violência generalizada, grave e generalizada violação dos direitos humanos), os deslocados internos permanecem legalmente sob proteção de seu próprio Estado – mesmo que esse Estado seja a causa de sua fuga.

No ano de 2016, conforme dados do ACNUR, conflitos armados, violência generalizada e graves violações dos direitos humanos obrigaram aproximadamente 5 milhões de pessoas a se deslocar dentro de seus próprios países. Dessarte, consoante o último relatório do Centro de Monitoração de deslocamento interno (*Global Report on Internal Displacement, 2024*) o número de deslocados internos atingiu a marca preocupante de 75,9 milhões de pessoas ao redor no mundo¹⁹⁶. Como cidadãos, os deslocados internos devem por óbvio ser protegidos juridicamente e politicamente por seus países, nada obstante terem seus direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais de Direitos Humanos e do Direito Humanitário. As pessoas afetadas, por exemplo, por desastres naturais igualmente podem (e devem) ser consideradas deslocadas internamente, ou mesmo refugiadas, se tal deslocamento desbordar as fronteiras nacionais.

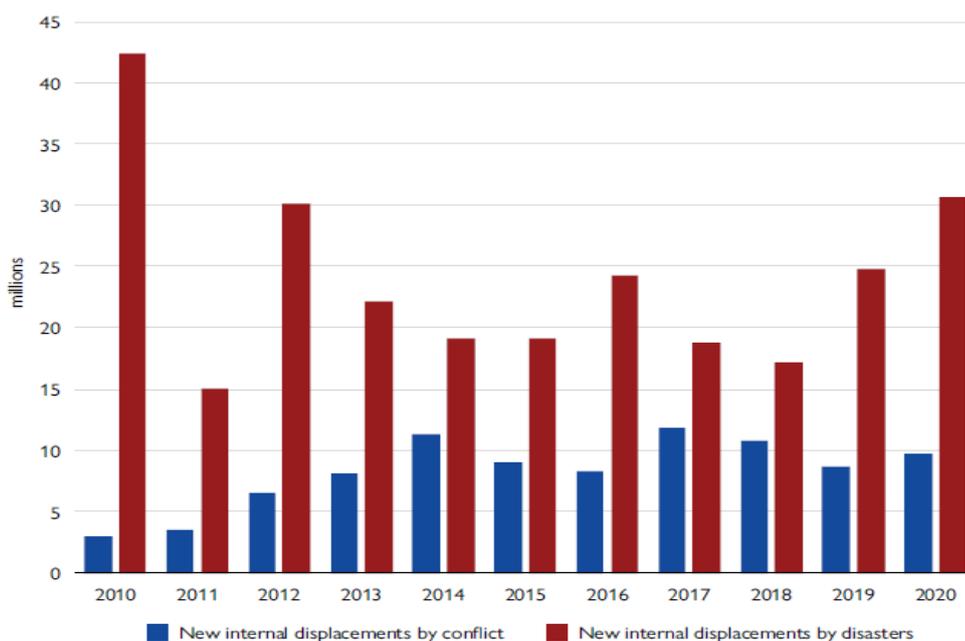
¹⁹³ The great majority of people do not migrate across borders; much larger numbers migrate within countries, although we have seen this slow over the past two years as COVID-19 related immobility has gripped communities everywhere. MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. Conforme este relatório, apenas no ano de 2020, 55 milhões de pessoas foram deslocadas internamente (dentro de seu país) em virtude de conflitos ou desastres naturais.

¹⁹⁴ Cf., VILLA, Marco Antônio. *Quando Eu Vim-me Embora: História da Migração Nordestina para São Paulo (e-book)*. São Paulo: Leya, 2017.

¹⁹⁵ ACNUR. DESCOLADOS INTERNOS, 2023. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/quemajudamos/deslocadosinternos/#:~:text=S%C3%A3o%20pessoas%20deslocadas%20dentro%20de,fronteira%20internacional%20para%20buscar%20prote%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 13.06.2023.

¹⁹⁶ Internal Displacement Monitoring Centre. *Global Report on Internal Displacement, 2024*.

Ao longo do ano de 2016, um número significativo de 600.000 deslocados internos da República Árabe da Síria puderam retornar às suas áreas de origem. Nada obstante, houve também novos deslocamentos e a Síria ainda possui assombrosamente a segunda maior população de deslocados internos no mundo, com 6,6 milhões de pessoas. Da mesma forma, a população de deslocados internos iraquianos permaneceu elevada, registrando 3,6 milhões de pessoas em 2016. O ACNUR vem auxiliando, neste contexto, quase meio milhão (de um total de 1,4 milhão) de pessoas deslocadas que voltaram para suas áreas de origem no Iraque. De 2010 a 2020, o contingente de deslocados internos permaneceu *grosso modo* numa certa constância, muito embora o número ainda seja alarmante, conforme testifica a tabela infra, publicada pelo Centro de Monitoração do Deslocamento Interno (IDMC)¹⁹⁷:



Source: IDMC, n.d. (accessed May 2021).

A problemática dos *deslocados internos* atingiu, por exemplo, patamares preocupantes na Colômbia, cuja crise, somada ao ingresso ingente de refugiados venezuelanos nos últimos anos, tornou-se praticamente insuperável. Consoante números oficiais, quase 250.000 pessoas

¹⁹⁷ Cf., MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 54.

na Colômbia foram vítimas de deslocamento interno forçado, individual e coletivo, entre os anos de 2021 e 2022, alcançando a cifra global de 6.8 milhões de deslocados¹⁹⁸.

Importante destacar, em termos de contextualização estatística em escala global, que o maior grupo de pessoas recém-deslocadas (1,3 milhão de pessoas) é proveniente da República Democrática do Congo (África), país com uma crise humanitária estrutural e complexa, que continua acerbamente em curso, especialmente na parte oriental do país. Aproximadamente 630.000 deslocados internos foram registrados na Líbia, outro país africano, e, no continente asiático, 623.000 no Afeganistão, 598.000 no Iraque e 467.000 no Iêmen. De modo contrário, no Sudão, a população total de deslocados internos diminuiu para 2,2 milhões, em virtude do arrefecimento da conflagração interna. Nada obstante, o país ainda registra a quinta maior população de deslocados internos do mundo, fato que testifica a crise estrutural e impactante dos deslocados internos focalizada à evidência no continente africano¹⁹⁹.

Outros países com uma população deslocados internos de mais de 1 milhão de pessoas incluem, por exemplo, Nigéria (2,2 milhões de deslocados internos), Iêmen (2 milhões de deslocados internos), Sudão do Sul (1,9 milhão de deslocados internos), Ucrânia (1,8 milhão de deslocados internos), Afeganistão (1,8 milhão de deslocados internos) e Somália (1,6 milhão de deslocados internos)²⁰⁰.

Quase 61 milhões de novos deslocamentos internos, ou movimentos forçados, foram registrados apenas no ano de 2022, de acordo com o relatório divulgado pelo *Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno*, com um aumento alarmante de 60% relativamente ao ano anterior. Esse número é de longe o mais alto já registrado e mostra acerbamente o volume, não apenas de novos deslocamentos, mas igualmente os casos de recidiva. O Relatório Global sobre Deslocamento Interno de 2023 testifica que conflitos e violência provocaram 28,3

¹⁹⁸ Disponível em: < <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/colombia-vive-un-momento-crucial-para-alcanzar-soluciones-duraderas#:~:text=Seg%C3%BAAn%20cifras%20oficiales%2C%20casi%20250.000,fen%C3%B3meno%20del%20desplazamiento%20sigue%20ocurriendo>>. Acesso aos 31.03.2024.

¹⁹⁹ A maioria dos deslocamentos internos ocorreu na África, particularmente na Etiópia e na República Democrática do Congo. Disponível em: <<https://brazil.iom.int/pt-br/news/relatorio-do-idmc-mais-de-59-milhoes-de-deslocados-internos-em-2021#:~:text=Conflitos%20e%20viol%C3%AAncia%20provocaram%2014,na%20Rep%C3%BAblica%20Democr%C3%A1tica%20do%20Congo>>. Acesso aos 20.09.2023.

²⁰⁰ Cf., por todos, os dados estatísticos do centro de monitoramento de deslocamento interno (*Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC)). <https://www.internal-displacement.org/global-displacement-map>. Acesso aos 23.05.2022.

milhões de deslocamentos, o número mais alto em uma década, com a Ucrânia representando 60% do total²⁰¹.

A Organização Internacional para Migração, principal agência da ONU para a questão migratória, é uma parceira estratégica e institucional do Centro de Monitoração do Deslocamento Interno (IDMC), inclusive no âmbito da elaboração do Relatório Global sobre Deslocamento Interno (GRID), fornecendo dados confiáveis, valiosos e precisos por meio de sua Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM), a fonte mais abrangente em termos globais de dados primários sobre deslocamento interno.

Deve ser enfatizado que milhões de pessoas são forçadamente deslocadas em virtude de desastres naturais (crise climática). No ano passado, *ad exemplum*, as enchentes no Paquistão e o tufão *Noru* nas Filipinas causaram o deslocamento interno de 32,6 milhões de pessoas, o maior já registrado desde então²⁰². Infelizmente, é esperado um aumento destes números à medida que a frequência, o aquecimento terrestre e a intensidade dos danos naturais se agravam no contexto mais geral das mudanças climáticas. O Banco Mundial, neste contexto, projetou um número estimativo de 216 milhões de pessoas que podem se tornar migrantes climáticos *internos* até o ano de 2050, caso não sejam tomadas ações climáticas urgentes coordenadas entre os principais atores governamentais e sociais²⁰³. “*Estamos vendo a tendência contínua de desastres de grande escala sem precedentes, causando perda significativa de vidas, destruição de casas e meios de subsistência, bem como de novos níveis de deslocamentos. É mais importante do que nunca aumentar os nossos esforços comuns na ação climática e investir em vias de migração seguras, regulares e ordenadas*”, afirmou o Diretor-Geral da Organização Internacional para Migração (doravante OIM), *António Vitorino*. Segue assim Vitorino, *expressis verbis*: “*Determinar as necessidades das pessoas que são forçadas a se deslocar devido a conflitos, violência e desastres é crucial para garantir que a assistência humanitária e os serviços essenciais possam chegar às pessoas que mais precisam desse apoio em tempo hábil.*”

O relatório de 2022 destaca com frequência a insegurança alimentar como um fator decisivo para os deslocamentos internos, fator este que deve ser levado em consideração para

²⁰¹ GRID. Disponível em: <<https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2023>>. Acesso aos 30.08.2023.

²⁰² Disponível em: <<https://environmentalmigration.iom.int/news/record-number-609-million-internal-displacements-2022-idmc-report#:~:text=Last%20year%2C%20disasters%20including%20the,the%20context%20of%20climate%20change>>. Acesso aos 14.03.2023

²⁰³ International Bank for Reconstruction and Development. *World Development Report*. Migrants, Refugees and Societies, Washington, 2023.

soluções efetivas e holísticas no que tange a problemática do deslocamento interno. É cada vez mais evidente que as crises multidimensionais sem precedentes estão se tornando a norma e o impacto na mobilidade humana em termos globais. As crises relacionadas aos impactos climáticos em curso, os efeitos prolongados da pandemia, a instabilidade econômica, o aumento dos preços dos alimentos e as reverberações globais da guerra no leste da Europa resultaram em níveis recordes de insegurança alimentar em várias partes do mundo nos últimos anos.

Apesar desses reptos ingentes e urgentes, ainda remanescem lacunas de conhecimento sobre como a comunidade internacional entende e aborda o deslocamento interno em contextos de conflito e desastres ambientais. Os relatórios impactantes do Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno (IDMC) é um aviso iniludível e explícito de que ações concretas precisam ser tomadas adrede para encontrar soluções sustentáveis (inclusive no âmbito da Agenda 2030 da ONU) para o deslocamento interno, tornando-se uma ferramenta inestimável para os parceiros humanitários e de desenvolvimento, governos, através de políticas públicas estruturantes, e uma gama de diversos grupos de partes interessadas, incluindo a participação ativa das Organizações Não-Governamentais) a fim de prevenir futuros deslocamentos²⁰⁴.

1.2.6 Mudanças Climáticas e os “Migrantes Ambientais”

Nada obstante o fato de que a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, bem como de seu protocolo adicional de 1967, não abarcar de modo expresso as alterações climáticas e ambientais como critério ensejador do refúgio, é conspícuo que o cenário ambiental contemporâneo exige uma alteração exegética, configurando o *refugiado ambiental* como sujeito de direito internacional a ser tutelado nos exatos termos da codificação supranacional. Nesta contextura, a atual juíza do Tribunal Constitucional português, Mariana Canotilho, enfatiza a necessidade de um conceito operativo de *vulnerabilidade* na dogmática constitucional, de modo a exsurgir um novo tipo de sujeito de direitos, multidimensional, dotado de razão e autonomia, mas também de vulnerabilidade e carente de relações interpessoais²⁰⁵.

²⁰⁴ OIM BRASIL. RELATÓRIO IDMC, 2023. Disponível em: <<https://brazil.iom.int/pt-br/news/relatorio-do-idmc-numero-recorde-de-609-milhoes-de-deslocados-internos-em-2022>>. Acesso aos 13.06.2023.

²⁰⁵ CANOTILHO, Mariana. A Vulnerabilidade como Conceito Constitucional: Um Elemento para a Construção de um Constitucionalismo do Comum, in: *OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES*, Volume 12, ISSUE 1 (2022). p. 141.

Em 1995, o cientista ambiental *Norman Myers*, anteviu, com singular acuracidade, um cenário catastrófico de “*êxodos ambientais*” que se agravaria significativamente em poucos anos, destacando os impactos do aquecimento global nesse processo (inundações em cidades costeiras em virtude do aumento dos níveis dos mares), sem deixar de considerar outros fatores que, segundo ele, extrapolam os problemas concernentes ao meio ambiente. O autor enfatiza a importância de uma definição conceitual e terminológica que seja facilmente compreendida, em termos jurídicos e políticos, passível de demonstração (documentação e quantificação) para tomadores de decisão, gestores e cientistas. Destarte, ele propôs a seguinte definição, visando separar os migrantes econômicos dos “refugiados ambientais”²⁰⁶:

“Refugiados ambientais são pessoas que já não conseguem ter uma vida segura em sua terra natal por causa de fatores ambientais de âmbito incomum. Esses fatores incluem a seca, a desertificação, desmatamentos, erosão do solo e outras formas de degradação dos solos; déficits de recursos, tais como a escassez de água, o declínio dos habitats urbanos através da sobrecarga maciça dos sistemas de cidade, problemas emergentes, tais como as mudanças climáticas, especialmente o aquecimento global, e desastres naturais como ciclones, tempestades e inundações, terremotos, com impactos agravados pela má gestão humana. Pode haver fatores adicionais que exacerbam os problemas ambientais e que muitas vezes resultam, em parte, de problemas ambientais: o crescimento populacional, pobreza generalizada, fome e doença pandêmica. Ainda há outros fatores que incluem as políticas de desenvolvimento deficiente e sistemas de governo que marginalizam o povo em sentido econômico, político, social e jurídico. Em determinadas circunstâncias, um número de fatores pode servir de “gatilhos” imediatos da migração, por exemplo, grandes acidentes industriais e construção de grandes barragens. Desses fatores múltiplos, vários podem operar em conjunto, muitas vezes com impactos agravados. Diante dos problemas ambientais, pessoas envolvidas sentem que não tem alternativa senão a de buscar o sustento em outro lugar, dentro

²⁰⁶ RAMOS, Érika Pires. *Refugiados Ambientais: Em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011. p. 79.

dos seus países ou em outros países, numa base semipermanente ou permanente”.

Para elucubrar sobre o tema do refúgio em termos internacionais, é preciso atentar à amplitude das causas últimas que impulsionam a migração forçada, e o clima é, cada vez mais, um dos fatores centrais. De acordo com a Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados (CNUER), de 1951, pessoas em condição de refúgio são aquelas obrigadas a abandonar o país de origem por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, bem como pessoas fugindo de um contexto de grave violação de direitos humanos e conflitos armados. Com esta definição, já é possível notar que a Convenção não se refere, especificamente, a uma possível *motivação ambiental* ou climática para a concessão do refúgio internacional. Apesar de ainda não reconhecido formalmente, na perspectiva do Direito Internacional Público, o termo “*refugiados ambientais*” foi criado, no contexto acadêmico-científico, apenas no ano de 1985, pelo professor egípcio *Essam El- Hinnawi*, do Programa da ONU para o Meio Ambiente. Consoante a sua conceituação, o refugiado ambiental se refere, em primeira linha, às:

“people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By ‘environmental disruption’ in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life. According to this definition, **people displaced for political reasons or by civil strife and migrants seeking better Jobs purely on economic grounds are not considered environmental refugees.**”²⁰⁷. (grifo nosso).

²⁰⁷ Cf., por todos, EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Nairobi/Kenya: United Nations Environment Programme – UNEP, 1985. p. 4. Tradução livre do inglês: “pessoas que foram forçadas a deixar seu *habitat* tradicional, temporária ou permanentemente, devido a uma perturbação ambiental marcante (natural e/ou provocada por pessoas), que colocou em risco sua existência e/ou afetou seriamente a qualidade de sua vida. Por ‘ruptura ambiental’, nessa definição, entende-se qualquer mudança física, química e/ou biológica no ecossistema (ou na base de recursos) que o torne, temporária ou permanentemente, inadequado para sustentar a vida humana. De acordo com essa definição, as **pessoas deslocadas por motivos políticos ou por conflitos civis e os migrantes que buscam empregos melhores apenas por motivos econômicos não são considerados refugiados ambientais**”.

Mesmo mediante pesquisas e estudos avançados na defesa resoluta do reconhecimento pelo Direito Internacional Público, pelo menos dos principais órgãos internacionais de deliberação (ONU), os assim cognominados *refugiados ambientais* não possuem, ainda, seu direito à migração e refúgio legitimado internacionalmente, como, por exemplo, os casos manifestamente expressos na CNUER de 1951/67. É intuitivo, na atual ambiência política internacional, que não haja quaisquer interesses de ampliar o conceito jurídico de refugiados internacionais, porquanto os Estados, escudados em interesses internos e eleitorais, atuam amiúde no sentido oposto, isto é, na limitação do suporte fático à concessão do refúgio e aumento correlato do alvedrio estatal, pelo menos no que se refere a uma obrigação cogente na ordem normativa internacional (v. item 1.1 supra).

Nesta senda, deve estar, a rigor, no centro dos debates o possível, e recomendado, reconhecimento do termo “refugiados” para se referir às pessoas que se veem, em certos casos, obrigadas, isto é: *forçadas*, a fugir de seu país por motivações climáticas, i.e., de cunho ambiental. Com este *telos*, o presidente da Comissão Catalã de Ajuda ao Refugiado e autor do livro *Refugiados Climáticos*, Miguel Pajares, argumenta que o motivo primacial do não reconhecimento, até hoje, do refugiado ambiental no Direito Internacional Público é, essencialmente, porque as mudanças climáticas e os impactos socioambientais não se constituem num fenômeno natural e neutro, independente da ação humana (na perspectiva política e econômica), em especial de jaez financeiro, isto é, provindos de forma totalmente involuntária e fortuita.

Do contrário, os impactos ambientais são de fato um evidente e indubitável “resultado de uma ação política intencional e provocados, por exemplo, pelos gases de efeito estufa que os humanos, por meio da atividade econômica, vêm produzindo desde o início da industrialização”²⁰⁸. Mais intensamente nas últimas décadas, *maxime* mediante o cognominado fenômeno da globalização, estes impactos têm sido cada vez mais intensos e ameaçadores às condições de vida (humana e não-humana), cujas manifestações já podem ser sentidas em virtude de enchentes, aumento da temperatura e de desastres naturais sem precedentes.

Há mais de 30 anos, mais precisamente desde o ano de 1992, existe um tratado internacional, a *United Nations Framework Convention on Climate Change* (doravante

²⁰⁸ PAJARES, Miguel. *Refugiados Climáticos: Un Gran Reto del Siglo XXI* (ebook). Barcelona: Rayo Verde Editorial, 2020.

UNFCCC)²⁰⁹, de cumprimento obrigatório – *jus cogens* – aos governos para se comprometerem a reduzir as emissões de gases de efeito estufa. Segundo o biólogo e antropólogo *Pajares*, os governos não têm feito, à evidência, o que é de fato preciso, em termos de políticas públicas e de reestruturação econômica, para reduzir eficazmente a interferência humana e conter correlativamente as assim chamadas *mudanças climáticas*. Não se trata de mera incúria estatal, mas de um projeto político-econômico engendrado adrede, de modo a manter a cornucópia lucrativa açambarcada por poucos agentes econômicos de atuação global, i.e., dos grandes *players* que monopolizam a economia mundial. Uma política serôdia e evanescente para conter a degradação ambiental, resultará inapelavelmente no recrudescimento do número de refugiados por causas ambientais, cuja proteção internacional, em face da ausência de previsão em tratados e convenções, restará gravemente obnubilada.

Desta forma, pessoas que sofrem há anos com os impactos socioambientais são vítimas à evidência das ações políticas dos governos e das decisões econômicas dos grandes oligopolistas, *maxime* dos agentes econômicos de influência política, e que, via de consequência, necessitam de seu reconhecimento, isto é: um *status*, jurídico internacional, como refugiadas ambientais no âmbito do Direito Internacional Público. O tema do *refúgio ambiental*, de acordo com a pesquisadora em Direito e Deslocamentos Ambientais, *Érika Ramos*, é de dimensão claramente política e, deste modo, precisa receber a devida abordagem também seara da política estatal, para além do mero enquadramento nas categorias do direito positivo e normativo²¹⁰.

Em relação aos atores sociais envolvidos nestes contextos de alterações climáticas e migrações forçadas, o pesquisador da Universidade do Texas, consultor sênior da Organização Internacional para Migração (IOM) e autor do livro *Refugiados Ambientais: Mudança Climática e Migração Forçada*²¹¹, *Teófilo Altamirano Rúa*, reflete no sentido de que “as populações, com seus códigos linguísticos e culturais, interpretam o que resultam as mudanças climáticas e quais efeitos produzem em suas vidas, sem esquecer quais as causas deste processo”. Segundo *Altamirano*, as mudanças climáticas causam impactos ambientais severos que afetam diretamente as populações, como ao acesso à água, a insegurança alimentar, os problemas hídricos e aparições de novas doenças.

²⁰⁹ Na contextura jurídica interna do Brasil, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, assinada em Nova York em 09 de maio de 1992, foi promulgada através do Decreto n. 2652/1998.

²¹⁰ RAMOS, Érika Pires. *Refugiados Ambientais: Em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011.

²¹¹ RÚA, Teófilo Altamirano. *Refugiados Ambientales: Cambio Climático y Migración Forzada*. 2ª ed. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2021.

Dessarte, assim como a possibilidade de construção - ou reconstrução - de uma vida nova e digna, num eminente processo de *aculturação*, que pressupõe igualmente a integração cultural, a capacidade de adaptação às mudanças climáticas e enfrentamento aos impactos ambientais também é aluída por desigualdades sociais, de jaez econômico. Em tais contextos, muitas vezes, a fuga de pessoas em maior situação de vulnerabilidade resulta no assim chamado *deslocamento forçado* para as fronteiras dos países mais diretamente afetados em termos ambientais. O reconhecimento da condição de refúgio, para estas pessoas, é, definitivamente, uma questão premente e, inclusive, humanitária²¹².

As mudanças climáticas decorrentes da ação humana política e econômica têm impactado a vida de milhares de pessoas ao redor do mundo, num contexto alarmante e premente. O aumento das chuvas, o calor excessivo que causa longos períodos de seca e o fenômeno da *desertificação* mediante a transformação de terras aráveis em desertos, podem tornar diversas regiões do planeta terra simplesmente inabitáveis. O aumento do nível do mar pode deixar países inteiros completamente submersos, mormente aqueles que são banhados pelo oceano.

De acordo com *World Weather Attribution*, grupo de cientistas que pesquisam as influências da mudança climática nos eventos extremos no tempo, os últimos cinco anos foram os mais quentes já registrados desde o longínquo ano de 1850²¹³. Quer sejam ondas de calor como as vistas recentemente em alguns pontos do planeta, tempestades extremas nos EUA, ou ainda inundações como as que ocorreram muito recentemente no sul do Brasil e na região da Bavária na Alemanha, a atribuição à influência humana direta se fortaleceu deveras na última década. Por exemplo, a Cruz Vermelha Internacional estima que há mais refugiados ambientais do que refugiados políticos fugindo de guerras e outros conflitos²¹⁴.

António Guterres, ex-diretor do Alto Comissariado da ONU para Refugiados e atual Secretário-Geral das Nações Unidas, observou com acuidade, em recente visita ao Nepal: “As mudanças climáticas podem aumentar a competição por recursos – água, alimentos, pastagens

²¹² CSVM-UFG. QUEM SÃO OS REFUGIADOS AMBIENTAIS, 2023. Disponível em: <<https://csvm.ufg.br/n/140699-quem-sao-os-refugiados-ambientais>>. Acesso em 13.06.2023.

²¹³ WORLD WEATHER ATTRIBUTION. HEATWAVE, 2023. Disponível em: <<https://www.worldweatherattribution.org/analysis/heatwave/>>. Acesso aos 10.06.2023.

²¹⁴ Tanto a Cruz Vermelha, quanto o Crescente Vermelho, publicaram uma carta pública conjunta acerca do enfrentamento da crise climática e ambiental por meio de estratégias coordenadas de trabalho, a fim de minimizar o impacto nas comunidades mais pobres e marginalizadas. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/cruz-vermelha-setor-humanitario-une-forcas-para-enfrentar-mudanca-climatica>>. Acesso aos 04.06.2024.

– e essa competição pode desencadear conflitos”²¹⁵. Quando as temperaturas aumentam em um país, por exemplo, isso pode, via de consequência, reduzir drasticamente a disponibilidade de água potável, causando distúrbios sociais, contribuindo, *pari passu*, no aumento de propagação de doenças e a probabilidade de seca, levando a quebras de safras inteiras que reduzirão automaticamente a renda da população e o suprimento de alimentos. Esse efeito dominó foi sentido recentemente na República Árabe da Síria, onde o fenômeno da desertificação de terras agrícolas significou a queda de rendimento das colheitas e a perda correlata de renda de milhares de pessoas. À medida que as pessoas perderam seus meios de subsistência, os preços dos alimentos aumentaram, e 1,5 milhão de trabalhadores rurais se mudaram para a cidade em busca de emprego, num movimento claro de deslocamento interno forçado. A guerra civil na República Árabe da Síria, agregada às mudanças climáticas, exacerbaram exponencialmente a crise humanitária já existente. O resultado lastimoso foi uma conflagração que recrudescer a pior e mais deplorável crise de refugiados do mundo em décadas, com cerca de 6,6 milhões de sírios (aproximadamente um quarto da população) forçados a fugir de seu país, em situação de extrema vulnerabilidade.

Nada obstante, a experiência acerba na República Árabe da Síria não é incomum, porquanto há uma forte correlação entre os países mais vulneráveis às mudanças climáticas, e àqueles que experenciam conflitos ou violência, e mesmo altos índices de desigualdades sociais. De acordo com o relatório *Global Trends in Forced Displacement 2020* do ACNUR, 95% de todos os deslocamentos por conflitos em 2020 ocorreram em países vulneráveis ou altamente vulneráveis às mudanças climáticas²¹⁶.

À maneira de contextualização prática da crise ambiental e o impacto correlativo no fluxo migratório, de se realçar o caso de *Tuvalu*, país localizado no sul da Oceania, com uma população de 11 mil habitantes e 560 km de extensão territorial. O país deve desaparecer completamente dentro de aproximadamente 50 anos, em virtude do aumento significativo do nível do mar. O Governo de *Tuvalu*, neste contexto adverso, tem adotado medidas de vanguarda e inovação, desde, por exemplo, a criação de um imposto global sobre os combustíveis fósseis, até a ativação de um fundo de “danos ambientais” para compensações climáticas. Atualmente, *Tuvalu* está apresentando um projeto de lei que consiste, *inter alia*, em transferir para a internet, por meio da *digitalização*, todo o acervo cultural do país, para que seja factível o acesso a

²¹⁵ V. a manifestação pública do Secretário-Geral das Nações Unidas in: <<https://youtu.be/P5NlxYFW0KA>>. Acesso aos 04.06.2024.

²¹⁶ POLITIZE. REFUGIADOS AMBIENTAIS, 2023. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/refugiados-ambientais/>>. Acesso aos 13.06.2023.

posteriori por todos que quiserem conhecer o país que está prestes a desaparecer do mapa. Além disso, o governo anunciou que será construído no assim chamado *metaverso* a organização administrativa do país, para que a população refugiada (ambiental) possa manter o vínculo de nacionalidade com o país, preservando, dessarte, a soberania da nação, ainda que sem território físico.



Ministro das Relações Exteriores de Tuvalu grava mensagem para COP26 dentro do mar para destacar impacto da mudança climática em seu país. Cortesia/Ministério da Justiça de Tuvalu

1.2.7 Novas Tecnologias e o “Refúgio Digital”

Consoante propulsionado pelo ex-juiz da Corte Constitucional alemã, *Wolfgang Hoffmann-Riem*, o Direito se encontra *na esteira* da transformação digital²¹⁷. O desenvolvimento desta *digitalização* vem acompanhado de distintos elementos, como, por exemplo, os algoritmos, Big Data, a inteligência artificial, Blockchain, robótica, dentre outros. Esse fenômeno não se refere apenas às novas tecnologias e sua utilização e significado para a ação de pequenas e grandes empresas, pessoas privadas e agentes governamentais, mas também pelas alterações fundamentais possibilitadas dentro das Instituições sociais, bem como no modo de comportamento e configuração dos próprios cidadãos. Os efeitos, nesta contextura digital,

²¹⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*. Herausforderungen. Mohr Siebeck: Tübingen, 2022. p. 6.

podem ser muito complexos, e nem todos, portanto, podem ser, de imediato, regulados pelo Direito.

O “Refúgio Digital” pode ser compreendido de duas formas. A primeira, no sentido de impossibilidade (ou mesmo proibição) de estar fisicamente num local, de modo que a atividade (laboral ou recreativa) a ser desempenhada por alguma pessoa deva ser necessariamente por meio digital (virtual), tornando-se, desta forma, um “refugiado digital”. Neste aspecto, a imposição arbitrária, unilateral, e sem amparo legislativo para o exercício de atividade profissional, ou mesmo recreativa (lazer) *online*, pode ser caracterizada como “refúgio digital” num sentido eminentemente negativo, porquanto há uma clara imposição discricionária de atuação constricta ao âmbito virtual, tornando as pessoas cada vez mais apartadas das interrelações sociais. A crise pandêmica da COVID-19 recrudescer tal ambiência isolacionista, fazendo com que durante quase dois anos muitas pessoas só se relacionassem através da internet. Nesta toada, vale reproduzir a crítica construída pelo ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, *Hans-Jürgen Papier*, que, com supedâneo no princípio da proporcionalidade da ação estatal, pôs em xeque a suspensão abrupta e ampla de grande parte dos direitos fundamentais, máxime o direito à liberdade de locomoção e à liberdade econômica, ainda que perante a crise de saúde pública declarada pela OMS²¹⁸.

A segunda forma é a que se relaciona mais estreitamente com o objeto científico da pesquisa. Trata-se, à evidência, das análises automatizadas e preditivas para a entrada, permanência e expulsão de migrantes do território nacional. No Canadá e no Reino Unido, por exemplo, já há emprego de inteligência artificial para a análise preditiva à concessão de vistos, e mesmo para a solicitação de refúgio. As novas tecnologias aplicadas para gerenciar os fluxos migratórios, em especial no uso preditivo de Big Data no Mediterrâneo, nas decisões automatizadas no Canadá, nos detectores de mentiras com inteligência artificial nas fronteiras europeias (inclusive em aeroportos), são largamente desregulamentadas²¹⁹.

Destarte, insta um arcabouço normativo de direito internacional para codificar e reconhecer potenciais violações a direitos dos migrantes, máxime pelo fato de que as novas tecnologias são transnacionais e de uso global. Mecanismos de *accountability* e *compliance* são especialmente necessários para salvaguardar os direitos fundamentais dos migrantes, como a

²¹⁸ PAPIER, Hans-Jürgen. *Freiheit in Gefahr – Warum unsere Freiheitsrechte bedroht sind und Wie wir sie schützen können*. Dresden: Heyne Verlag, 2021. p. 25 e ss.

²¹⁹ Cf., por todos, MOLNAR, Petra. Technology on the Margins: AI and Global Migration Management from a Human Rights Perspective, in: *Cambridge International Law Journal*, vol. 08, n. 02, pp. 305-330.

proibição de atos discriminatórios (país de origem, orientação sexual, idade, classe econômica, religião, *et cetera*), direito à privacidade, e o devido processo legal, incluindo aqui um direito a uma decisão justa e com direito à recurso²²⁰.

A pedra angular, ou mesmo os baldrames elementares do direito digital podem ser reconduzidos à profícua e criativa jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, desde a multicitada decisão do recenseamento, de 1983²²¹, até, mais recentemente, a decisão sobre a garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas técnicos de informação, em 2008²²². Para além da construção jurisprudencial do direito fundamental à autodeterminação informativa – *informationelle Selbstbestimmung* –, desenvolveu-se a noção de garantia da confidencialidade dos sistemas informáticos, no sentido da limitação estrita de acesso aos dados por terceiros, bem como da integridade dos mesmos, através da proteção dos sistemas técnicos contra manipulações. Para o atingimento deste desiderato, máxime a proteção integral dos dados pessoais e da personalidade dos utentes, muito se fala em uma autorregulação social regulada pelo Poder Público (autorregulação regulada)²²³, ainda que ausente *in casu* previsão de vinculação jurídica, como sói ocorrer nas disposições legislativas oriundas do Estado.

A quarta revolução industrial, também cognominada de *Indústria 4.0*, está alterando profundamente o modo como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos, mostrando-se como uma autêntica mudança de paradigma, e não apenas uma alteração de fase no desenvolvimento tecnológico²²⁴. Esta modificação do arquétipo social está impactando *pari passo* toda a lógica imanente da construção social, inclusive no âmbito do Direito, que deve levar em consideração a centralidade da pessoa humana, sobretudo no contexto on-line. Aliás, neste diapasão, muitos já alertam para o modo *on-life* de existência, de modo que uma dicotomização entre o mundo físico e o virtual seria, além de anacrônico, ineficaz também para o Direito²²⁵. É, portanto, sintomática e benfazeja a Resolução 32/13 aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 01 de julho de 2016, segundo a qual todos os direitos que as pessoas têm off-line

²²⁰ *Ibidem.*, p. 318 e ss.

²²¹ BVerfGE 65, 1.

²²² Cf., por todos, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. A Proteção Jurídica Fundamental da Confidencialidade e da Integridade dos Sistemas Técnicos de Informação de Uso Próprio, in: *Revista de Direito Público - RDP*, volume 18, n. 100, out./dez. 2021. pp. 457-499. Tradução: Italo Roberto Fuhrmann.

²²³ Cf., por todos, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 121.

²²⁴ Cf., PIFFER, C; CRUZ, P. M., “Direitos Humanos e Inteligência Artificial em Matéria de Imigração e Refúgio”, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 26, n. 3, set-dez 2021, p. 820.

²²⁵ HOFFMANN-RIEM, W., *Teoria Geral do Direito Digital*, Forense, Rio de Janeiro, 2021. p. 24 e ss.

devem ser igualmente protegidos on-line, especialmente aqueles vinculados à liberdade de expressão²²⁶.

A necessidade de um *novum* na reconstrução do Direito se conecta insofismavelmente com a noção científica de Inteligência Artificial (IA), que está sendo objeto de estudos e aplicação no âmbito da automatização do raciocínio jurídico, inclusive no que concerne às políticas de migração. Consoante anota o jurista alemão Wolfgang Hoffmann-Riem, a Inteligência Artificial se refere, em particular, “ao esforço de reproduzir digitalmente estruturas de decisão semelhantes às humanas, ou seja, de projetar um computador de tal forma e, em particular, de programá-lo usando as chamadas redes neurais de modo que possa processar os problemas da maneira mais independente possível e, se necessário, desenvolver ainda mais os programas utilizados”²²⁷.

A tecnologia alicerçada na IA está sendo utilizada em políticas estatais de controle migratório, mormente para a análise e para a seletividade de estrangeiros na entrada de países que tradicionalmente são tidos como de destino em face da sua pujança econômica e estabilidade político-institucional. *Ad exemplum*, o Canadá vem investindo grandemente em pesquisa avançada para a questão migratória. O governo canadense já utiliza a inteligência artificial como processo automatizado e independente da interação humana para fins específicos de analisar os requerimentos de entrada de estrangeiros no país²²⁸. Tem-se como suposto benefício a agilidade e a acurácia dos procedimentos de análise, bem como a objetividade e a neutralização de critérios subjetivos afeitos à perspectiva humana. Neste enfoque, irretorquível a constatação de que a máquina está substituindo o homem em uma tarefa que antes apenas poderia ser desempenhada com a utilização da inteligência humana. Este fenômeno traz inúmeros benefícios, porém abre um leque de possibilidades nefandas de violações aos direitos humanos e fundamentais, máxime no concernente a toda sorte de discriminações. De sorte que, em se tratando do emprego de IA, alguns padrões de proteção devem ser necessariamente pré-estabelecidos, pena de total desrespeito com os cânones já consagrados internacionalmente.

No Canadá, desde 2014, estão sendo adotados diversos sistemas automatizados de Inteligência Artificial para a consecução de “análises preditivas”, automatizando tarefas que comumente são desempenhadas por funcionários da imigração, e mediante a disponibilização

²²⁶UNITED NATIONS – HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/home> (Acesso em 11.09.2022).

²²⁷ Hoffmann-Riem, W., *Teoria Geral do Direito Digital*, Forense, Rio de Janeiro, 2021. p. 14.

²²⁸ Cf., por todos, MOLNER, P., “New Technologies in Migration: human rights impacts”, *FM Review*, 61, The Ethics Issue, junho de 2019.

de um aplicativo para cada migrante que adentre o território canadense²²⁹. O sistema automatizado de IA deve ser apto a identificar concretamente os benefícios no caso da imigração, eventuais procedimentos fraudulentos, bem como sopesar, de forma autônoma, os fatores que recomendem ou não do visto de entrada.

A inserção de *datasets*, pela via algorítmica, pode gerar discriminações no caso específico de imigração e de refúgio. Consoante os autores Carla Piffer e Paulo Márcio Cruz, a tomada de decisão acerca de uma solicitação de refúgio pode criar um ambiente propício às discriminações, defronte a inserção de algoritmos que identifiquem detalhes específicos de um requerente²³⁰. Práticas dessa natureza, além de propiciar uma amplitude da atmosfera vigilante, cerceia de modo radical a liberdade do indivíduo que passa a ser rastreado e vigiado, por vezes, sem o menor conhecimento.

O ponto fulcral da utilização da IA no campo das migrações é de viabilizar e de maximizar as normas materiais e procedimentais protetivas dos direitos dos migrantes, tanto na esfera internacional dos direitos humanos, quanto na dimensão constitucional e legal dos Estados, desde um procedimento administrativo diáfano, controlável e equitativo, a fim de minimizar, o máximo possível, deturpações de viés discriminatório e ilegal. Mediante a inserção algorítmica de marcadores, v.g., é plenamente factível a produção de efeitos discriminatórios, servindo como *proxy* para a efetivação de preconceitos raciais, de origem nacional, de religião e de orientação sexual.²³¹ Não se torna demasiado reafirmar que a IA deve estar a serviço do ser humano, potencializando e possibilitando o seu livre desenvolvimento em um ecossistema que assegure solidez, justiça e confiança.

Na Europa, foi adotada proposta de regulamento do Parlamento Europeu em Bruxelas sobre Inteligência Artificial²³². Uma adoção prática em termos de política pública em matéria

²²⁹ Canada, *Immigration, Refugees and Citizenship Canada*. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship.html>; Cf., também, Piffer, C.; Cruz, P. M., *op. cit.*, p. 824.

²³⁰ *Ibidem*, p. 825.

²³¹ Canadá, *Responsible Artificial Intelligence in the Government of Canada*, Digital Disruption White Paper Series, 2018.

²³² Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da união Bruxelas, 21.4.2021, COM (2021), 2021/0106(COD) (Proposta de Regulamento Inteligência Artificial). Impende salientar, outrossim, o fato de que a supracitada regulação europeia traz no seu ínsito objetivos específicos para a utilização da Inteligência Artificial, quais sejam a) garantir que os sistemas de IA colocados no mercado da União e utilizados sejam seguros e respeitem a legislação em vigor em matéria de direitos fundamentais e valores da União, b) garantir a segurança jurídica para facilitar os investimentos e a inovação no domínio da IA, c) melhorar a governação e a aplicação efetiva da legislação em vigor em matéria de direitos fundamentais e dos requisitos de segurança aplicáveis aos sistemas de IA, e, por fim, d) facilitar o desenvolvimento de um mercado único para as aplicações de IA legítimas, seguras e de confiança e evitar a fragmentação do mercado.

migratória só foi adotada, até o presente momento, pelo Reino Unido²³³, especificamente no que tange à concessão de vistos, em funcionamento mesmo antes da formalização do *Brexit*. O sistema de IA do Reino Unido foi classificado como “tendencioso” por muitos grupos ativistas de direitos humanos, porquanto o Ministério do Interior britânico estaria usando algoritmos de forma a classificar os candidatos a vistos de entrada consoante sua tonalidade da pele, assim como sua origem nacional. As entidades inglesas *Foxglove* e a *Joint Council for the Welfare of Immigrants* –JCWI– identificaram um sistema interno perverso de classificação, consubstanciado numa “lista secreta de nacionalidades suspeitas”, segundo a qual o migrante oriundo de um país “suspeito” já receberia automaticamente uma classificação vermelha, a partir de uma análise classificatória baseada nas cores do semáforo, verde, amarelo ou vermelho, consoante o índice de suspeição do candidato²³⁴. Desta forma, os candidatos classificados com a cor vermelha seriam submetidos a um escrutínio mais rigoroso na apreciação do pleito. Após ingresso com demanda judicial pelas entidades protetoras de direitos humanos, o Reino Unido suspendeu *ad interim* a utilização do sistema de IA, em especial o *IA-Streaming Tool*, para avaliação automatizada à concessão de vistos, que configuraria uma clara afronta aos direitos humanos dos migrantes²³⁵.

Malgrado a engendração da inteligência artificial ainda esteja numa etapa embrionária e de testes, os riscos oriundos desta nova técnica podem ser bastante nocivos, como desenvolvido acima, ou até mesmo inimagináveis, porquanto receios distópicos, como a criação de uma superinteligência artificial que se voltaria em última análise contra o próprio ser humano e estabeleceria um futuro “pós-humano”, não pode ser de todo e de antemão descartados²³⁶. O Direito, e os juristas portanto, deve equacionar a inovação no campo da técnica com os preceitos e disposições legais e normativas no campo do Direito constitucional e internacional dos direitos humanos, a fim de promover a inovação e a técnica *pari passu* com a promoção dos direitos humanos, *maxime* das pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, o que sói ocorrer nos casos de refúgio e migrações forçadas em geral.

²³³ No contexto externo ao velho continente, algumas experiências estão sendo levadas a efeito pela Nova Zelândia e pelos Estados Unidos. Cf., por todos, Schippers, L.-M.; Gagliardi, M. P., *Inteligência Artificial e Controle Migratório: algoritmos podem discriminar migrantes?*, CEPI – FGV/SP, 2021.

²³⁴ Piffer, C.; CRUZ, P. M., *op. cit.*, p. 827.

²³⁵ FOXGLOVE CAMPAIGNING ORGANISATON. <https://www.foxglove.org.uk/2017/10/29/legal-action-to-challenge-home-office-use-of-secret-algorithm-to-assess-visa-applications/> (Acesso aos 12.09.2022).

²³⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 41-2.

1.2.8 Uma Definição de “Standards” para o Direito Internacional

Malgrado o termo “*standard*”, na esfera do Direito Internacional Público, seja de uso corrente e praticamente unívoco para a designação de um padrão (arquétipo) de normas internacionais mínimas de proteção dos direitos humanos – *international legal standards* –, seu conteúdo material remanesce de uma definição dogmaticamente precisa, pena de *déficit* de concreção na tutela internacional de direitos e vinculação estatal²³⁷. Um arquétipo normativo mínimo de proteção torna-se necessário à medida que os Estados, as Organizações Internacionais, os indivíduos e as Cortes de Justiça requerem garantias de segurança jurídica à atuação em um sistema jurídico distinto das ordens jurídicas internas de cada Estado. Dessarte, uma expectativa legítima de conduta dos atores do Direito Internacional Público só é factível defronte a existência de paradigmas jurídicos mínimos e universais, que, em última análise, conferem legitimidade para as decisões na órbita internacional.

Impende, outrossim, conceituar, em termos dogmáticos, o conteúdo material dos “*standards internacionais*” na perspectiva estrita do Direito Internacional Público, com o desiderato último de conferir legitimidade e factibilidade jurídica, inclusive para fins de controle jurisdicional de convencionalidade. Destarte, embora haja uma cornucópia de normas jurídicas de distintos jaezes no plano nacional e internacional, podemos conceituar, em especial, os *standards internacionais* de proteção dos direitos humanos, com supedâneo no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como:

“arquétipos jurídico-normativos mínimos de tutela dos direitos humanos, de vinculação jurídico-política imperativa, aptos a anularem ou a modificarem os ordenamentos jurídicos e as políticas públicas internas dos Estados, e a orientar e a fundamentar as decisões judiciais e as proposições legislativas, nacionais e internacionais, constituídos de tratados, convenções, costumes e decisões judiciais, compreendidos de forma individual ou conjunta, de amplo alcance, independentemente de uma auto vinculação prévia, expressa e formal do Estado individualmente considerado, sem prejuízo da aplicação da norma de direitos humanos mais benéfica na perspectiva da primazia do standard de maior proteção”.

²³⁷ Cf., *par excellence*, The Harvard Law Review Association. Standards in International Law, in: *Harvard Law Review*, vol. 34, n. 7, maio, 1921.

1.3 A *Questão Migratória* na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A famosa e multicitada *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (doravante DUDH) é certamente o instrumento jurídico primacial de tutela global dos direitos humanos, constituindo-se, a rigor, numa resposta categórica e imediata à tirania e às atrocidades cometidas nos anos imediatamente precedentes no curso da guerra *total* em solo europeu, e das violações sistemáticas de direitos humanos, escudadas em leis, perpetradas em países de regime político totalitário, e que geraram alfim o *Holocausto* (Alemanha Nazista) e o *Holodomor* (União Soviética)²³⁸. Há mister de ser ressaltada a participação invulgar de *Eleonor Roosevelt*, ex-primeira-dama dos Estados Unidos, na elaboração e ultimação do texto, que assim se pronunciou na condição de presidente da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos e representante dos Estados Unidos, *in verbis*: “*This Declaration may well become the international Magna Carta of all men everywhere*”²³⁹. Lamentavelmente, a história do Direito não concedeu à DUDH o *status* jurídico de *Constituição* mundial, porém remanesce como um instrumento jurídico de influência para os 193 Estados membros²⁴⁰, pelo menos no âmbito diplomático e das relações internacionais.

A Carta das Nações Unidas, doravante CSF, foi assinada em 26 de junho de 1945, na cidade norte-americana de São Francisco/Califórnia, no encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, e entrou em vigor em 24 de outubro de 1945. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça é parte integrante da CSF, que previu *pari passu* uma instância judicial internacional para dirimir conflitos entre Estados soberanos (ICJ). Na parte preambular, a CSF determina metas e princípios estruturantes das Nações Unidas, *ad verbum*:

- a) salvar as gerações futuras do flagelo da guerra, que por duas vezes em nossa vida trouxe sofrimento incalculável à humanidade;
- b) reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa

²³⁸ *Ad exemplum*, os regimes políticos engendrados e tiranizados por Josef Stalin (1922-53), Benito Mussolini (1922-45), Mao Tsé-Tung (1949-76), e, claro, Adolf Hitler (1933-45). Cf., HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

²³⁹ Cf., por todos, NUSSBERGER, Angelika. A Convenção Europeia de Direitos Humanos – Uma Constituição para a Europa?, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 51.

²⁴⁰ A República Federal da Alemanha aderiu à DUDH aos 18 de setembro de 1973. A República Federativa do Brasil aderiu à DUDH aos 24 de outubro de 1945. <https://unicrio.org.br/conheca/paises-membros/>. Acesso em 20.06.2023.

- humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres e de nações grandes e pequenas;
- c) estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e outras fontes do direito internacional possam ser mantidos;
 - d) promover o progresso social e melhores *standards* de vida e de liberdade mais ampla;

Consoante o art. 7 (1) da Carta de São Francisco (doravante CSF), adotada pelo Brasil pelo Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945, os principais órgãos das Nações Unidas são a) Assembleia Geral, b) Conselho de Segurança, c) Conselho Econômico e Social, d) Conselho de Tutela, e) Corte Internacional de Justiça, e f) Secretariado. A DUDH dispõe, em seu art. 14, que “*todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países*”, e que “*esse direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas*”. Como bem apontado pela ex-juíza alemã da Corte EDH, Angelika Nussberger, em entrevista concedida ao *Dokumentationszentrum Flucht, Vertreibung, Versöhnung*, a DUDH garante, como direito vinculante, o direito à procura de asilo, porém não prevê instrumentos jurídicos concretos de concessão de asilo independentemente das políticas nacionais soberanas dos Estados membros²⁴¹.

Em face dos estertores da segunda conflagração mundial, e com a derrota iminente da Alemanha nazista, no ano de 1945, os países de grande parte do mundo estavam literalmente em ruínas, em especial da Europa, o que mais se almejava àquela altura era uma paz duradoura para um recomeço possível e necessário²⁴². Representantes de 50 países reuniram-se na cognominada *Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional* em São Francisco, Califórnia, que durou de 25 de abril a 26 de junho de 1945²⁴³. Durante os dois meses

²⁴¹ <https://www.youtube.com/watch?v=yM3N6OXFFXQ>. Acesso aos 05.07.2023.

²⁴² Na data do dia 03 de fevereiro de 1945, na Criméia, mais especificamente na cidade de Yalta, Franklin D. Roosevelt, Winston Churchill e Josef Stalin, este último como anfitrião, reuniram-se para definir a nova ordem mundial após o *débâcle* alemão na guerra. Em especial, foram definidos os destinos da Polônia, do Japão, da Alemanha ocupada em diferentes zonas, e, alfin, a instituição da ONU, projeto angariado e encampado intensamente por Roosevelt. Este *sodalício* entre as grandes potências da época durou pouco, em especial pela ruptura unilateral de Stalin quanto às prometidas “eleições livres” nos territórios libertados pelo exército vermelho do leste europeu, dano origem a famigerada “Cold War”. Cf., *par excellence*, IRIYE, Akira. *Historicizing the Cold War*, in: IMMERMANN, Richard H; GOEDDE, Petra (Orgs.). *The Oxford Handbook of the Cold War*. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2013. p. 15 e ss.

²⁴³ Sobre a história política e institucional da ONU, cf., *par excellence*, MORRIS, Justin. *Origins of the United Nations*, in: WEISS, Thomas G.; DAWS, Sam. (Org.). *The Oxford Handbook on the United Nations*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2018. p. 41 e ss.

seguintes, redigiram e assinaram a *Carta das Nações Unidas*, ou Carta de São Francisco – CSF –, que criou uma nova organização internacional, as *Nações Unidas* – em substituição da vetusta Liga das Nações (Tratado de Versalhes) –, que, com grande expectativa, produzia uma legítima crença no evitamento de outra guerra mundial, que havia aluído as bases morais e materiais em toda a Europa²⁴⁴. Quatro meses após o fim da Conferência de São Francisco, as Nações Unidas começaram oficialmente a funcionar de modo institucional e administrativo, mais especificamente a 24 de outubro de 1945, quando a CSF foi ratificada *a posteriori* pela China, França, União Soviética, Reino Unido, Estados Unidos e pela maioria dos outros países signatários.

Atualmente, quase 80 anos depois, as Nações Unidas continuam com o propósito idêntico e com os mesmos objetivos institucionais, em termos de diretivas primaciais, para manter a paz e a segurança internacionais, prestar assistência humanitária aos necessitados e a grupos em situação de vulnerabilidade (Direito Internacional Humanitário), tutelar os direitos humanos e defender o cumprimento estrito do direito internacional na condição de *jus cogens*. Malgrado o espectro protetivo dos direitos humanos plasmado na constituição da ONU, infelizmente alguns fatos históricos colocaram em xeque a eficácia prática da Organização, incluindo o rumoroso caso do genocídio em Ruanda, de abril a julho de 1994, envolvendo a problemática do *refúgio internacional*. Neste malfadado período, mais de 800 mil tutsis e hutus moderados foram brutalmente assassinados no último genocídio do século XX, com o beneplácito das principais potências internacionais. À mingua de uma intervenção sumária militar, estabilizadora e protetiva dos refugiados ruandeses perseguidos por razões étnicas e políticas, a ONU e as principais democracias europeias não impediram minimamente a matança de uma minoria étnica, forjada artificialmente ainda à época da colonização belga²⁴⁵.

Foi a partir do ano paradigmático de 1945, quando da adoção da Carta das Nações Unidas, no pós-Segunda Guerra, que o *Direito Internacional dos Direitos Humanos* encetou a, verdadeiramente, se desenvolver e a se efetivar como ramo autônomo do Direito Internacional Público. Antes dessa efeméride, também existiam normas que podiam ser consideradas, a rigor, como de proteção dos direitos humanos; faltava, no entanto, antes de 1945, um sistema

²⁴⁴ Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/history-of-the-un>>. Acesso aos 20.06.2023.

²⁴⁵ Cf., por todos, DUHOUX, Jonathan. *El Exterminio de los Tutsis en Ruanda*. El Último Genocidio del Siglo XX. Bruxelas: 50Minutos.es, 2017. Para um contexto antológico em termos cinematográficos, v. o assombroso e realístico *Hotel Ruanda*, do diretor norte-irlandês, Terry George, cuja trama narra a história real de um gerente de hotel que abriga corajosamente 1.200 refugiados em Kigali.

articulado específico de normas jurídicas que protegessem os indivíduos na sua condição, pura e simples, de seres humanos.

Assim, com o nascimento das Nações Unidas, demarca-se o surgimento de uma nova ordem internacional (e global) que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais – *standards* –, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações econômicas, sociais e de cooperação entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão condigno internacional de saúde pública, a proteção ao meio ambiente sustentável e equilibrado, a criação de uma nova *ordem econômica internacional* e a proteção internacional dos direitos humanos em todos os Estados membros.

Dessa forma, não há dúvidas de que a Carta da ONU de 1945 contribuiu enormemente para o processo de asserção dos direitos humanos internacionalmente, na medida em que teve por princípio a manutenção da paz e da segurança internacionais e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, cor ou religião. O respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos, com a consolidação da Carta da ONU, passa, assim, a ser preocupação internacional e propósito das Nações Unidas. Nesse cenário é que os problemas internos dos Estados e suas relações com seus cidadãos passam a fazer parte de um contexto global de proteção, baseado na cooperação internacional e no desenvolvimento das relações entre as Nações. Dessarte, o motivo fulcral da Carta das Nações Unidas, desde o seu preâmbulo, ficou enraizado na ideia motriz de respeito *integral* aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os indivíduos.

Portanto, podemos citar os seguintes dispositivos da CSF que fazem referência *expressis verbis* e direta à tutela dos direitos humanos e liberdades fundamentais:

“Art. 1º Os propósitos das Nações Unidas são:
(...)

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” [grifo nosso].

“Art. 13.

1. A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: (...)

b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião”.

“Art. 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: (...) c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

“Art. 56. Para a realização dos propósitos enumerados no art. 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente”.

“Art. 62.

(...)

2. Poderá igualmente fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos”.

“Art. 68. O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos humanos assim como outras comissões que forem necessárias para o desempenho de suas funções”.

“Art. 76. Os objetivos básicos do sistema de tutela, de acordo com os Propósitos das Nações Unidas enumerados no art. 1º da presente Carta, são: (...) c) estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião e favorecer o reconhecimento da interdependência de todos os povos”.²⁴⁶

A Carta da ONU, como se evidencia, não define especificamente os direitos humanos, relegando para a ulterior DUDH, mantendo adredemente um nível de abstração significativo, porém, nem por isso, se pode compreender que tais prerrogativas não são obrigatórias, isto é, *cogentes*, sendo dever dos Estados entenderem-nos como regras jurídicas universais, e não

²⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 844.

como meras declarações de princípios ou conselhos para atuação estatal. Tais declarações também foram utilizadas *a posteriori* para a configuração dos arquétipos (*standards*) protetivos regionais dos direitos humanos, de modo que, via de consequência, igualmente influenciam no controle de convencionalidade e na formulação interna de leis e políticas públicas consentâneas com os *standards* internacionais dos direitos humanos.

Neste contexto normativo e institucional, as Nações Unidas estão realizando neste momento um novel projeto que não tinha sido previsto no ano de fundação em 1945. As Nações Unidas fixaram objetivos de *desenvolvimento sustentável* para o atingimento pleno até o ano de 2030, com o desiderato de alcançar um futuro melhor e mais sustentável para todos os seres humanos, mediante a prescrição vinculativa de objetivos concretos e universalmente válidos. Os Estados membros da ONU também acordaram recentemente numa ação climática conjunta e multifacetada para limitar o aquecimento global. Com muitas realizações, e alguns momentos de crise, já no seu passado de quase 80 anos, as Nações Unidas estão atuando constantemente para o futuro, de modo prospectivo, para novas realizações, e com um *staff* administrativo ingente e multiétnico. A história das Nações Unidas, malgrado um passado repleto de realizações, ainda terá capítulos deveras significativos para a concreção dos direitos humanos e da paz em termos mundiais, sobretudo pelos desafios, políticos e econômicos, que exurgem invariavelmente, como guerras, crises econômico-financeiras, crises migratórias e ameaças pandêmicas à saúde pública, como a recente pandemia da Covid-19.

O atual Secretário-Geral das Nações Unidas, o português *António Guterres*, nono a ocupar este cargo de cúpula em toda a história institucional da ONU, foi o antigo Diretor-Geral do ACNUR, tendo, dessarte, grande *expertise* nos domínios da migração e refúgio, realçando-se, à evidência, a significância do tema *refúgio* para a atual contextura política da instituição supranacional. *António Guterres* tomou posse a 1 de janeiro de 2017²⁴⁷, após ter testemunhado, no âmbito do ACNUR, as mais variadas violações de direitos humanos relativamente aos refugiados e às zonas de guerra. Com a emergência da COVID-19, e a correlativa pandemia do coronavírus, a ONU, por intermédio de seu secretariado geral, enfrentou desafios inauditos no campo da saúde pública, com impactos e consequências ainda de difícil previsão. A eclosão da pandemia da COVID-19, em 30 de janeiro de 2020, acelerou o processo de transformação

²⁴⁷ Consoante preceptivo da Carta das Nações Unidas (Carta de São Francisco, assinada em 26 de junho de 1945), o mandato do secretário-geral possui um período de 5 anos, sendo lícita a reeleição para mais um mandato consecutivo. O Secretário-Geral será indicado pela Assembleia-Geral mediante a recomendação do Conselho de Segurança, e é o principal funcionário administrativo da ONU (art. 97 da CSF). <https://www.un.org/sg/en>. Acesso aos 21.06.2023.

digital, em especial nas relações de trabalho, na economia de um modo geral, na educação e na saúde (pública e privada). Malgrado o número significativo de pessoas infectadas e de casos de morte, 657.977.733 milhões e 6.681.433 milhões em todo mundo²⁴⁸, respectivamente, a nova ambiência institucionalizada pela emergência em saúde pública do novo coronavírus trouxe novos desafios e outros horizontes para a atuação da ONU.

Ao lado dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a saber o europeu, o interamericano e o africano, existe um sistema universal (global), lastreado pelo sistema da ONU e pela Corte Internacional de Justiça com sede em Haia, principal órgão jurídico das Nações Unidas, que será abordado em tópico à parte. Consoante a doutrina iterativa e dominante do direito internacional, o novo movimento internacionalista dos direitos humanos exsurgiu já no transcorrer da segunda grande guerra mundial²⁴⁹, que aluiu o conceito tradicional e extensivo de soberania nacional que dominou as relações internacionais por três séculos²⁵⁰. O ponto crucial para essa “viragem copernicana” foi a institucionalização dos Tribunais Penais Internacionais “*ad hoc*” de Nuremberg e de Tóquio, que, em termos de inovação, inauguraram o processo de tipificação e *justicialização* internacional dos direitos humanos na esfera penal²⁵¹.

Tal processo foi incorporado e institucionalizado no plano internacional, dando origem a outros processos de *justicialização* internacional dos direitos humanos, como dão conta os exemplos dos Tribunais para a ex-Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994). Em 01 de julho de 2002, entrou em vigor o *Estatuto de Roma*, que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional (TPI), órgão jurisdicional de atuação global, competente para o julgamento de casos envolvendo a responsabilização de Estados e indivíduos.

No campo específico do direito internacional migratório, a Organização das Nações Unidas (ONU) dispõe, na sua estrutura de execução administrativa, da designada – *Organização Internacional para Migração* (doravante IOM) – que, dentre outras atribuições, publica regularmente relatórios sobre o estado do processo migratório mundial. No último relatório, publicado em 2021, o panorama das migrações no mundo havia alterado substancialmente. Em termos de indicadores, o número de migrantes internacionais alcançou a

²⁴⁸ <https://covid19.who.int/> Acesso em 06.01.2023.

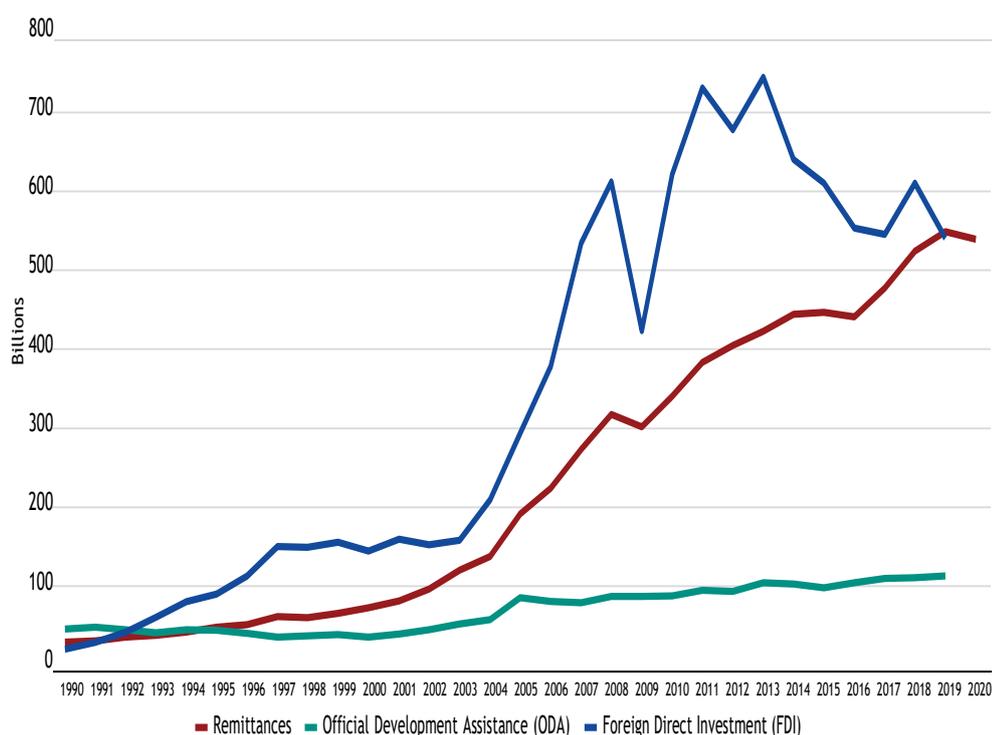
²⁴⁹ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Law, Politics, Morals. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 56.

²⁵⁰ WEISSBRODT, David; AOLÁIN, Fionnuala Ní; FITZPATRICK, Joan; NEWMAN, Frank. *International Human Rights: Law, Policy, and Process*. New York: LexisNexis, 2009. p. 8.

²⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

marca de 281 milhões de pessoas, correspondendo a 3,6% da população mundial²⁵². A maioria, nada obstante, são de migrantes voluntários, que, deliberadamente, deixam seu país por motivos ligados à profissão (novos negócios) ou ao turismo. Neste aspecto, o contingente de refugiados internacionais no ano de 2020 era de 26,4 milhões de pessoas, uma diminuta cesura face ao número global de migrantes²⁵³.

Os números acima demonstram, sem embargo, que o discurso ora dominante na seara política, em especial na Europa e nos Estados Unidos, não coincide com o panorama real da problemática, de modo que, a rigor, o maior contingente populacional migratório hodierno se refere à migração voluntária e interna. No aspecto estritamente econômico, e conforme as informações do Banco Mundial, os migrantes internacionais enviaram 702 bilhões de dólares a países de renda média e baixa no ano de 2020, o que corrobora a importância da migração na dinamização da economia em escala global²⁵⁴.



Source: World Bank, n.d. (accessed June 2021).

Note: All numbers are in current (nominal) USD billion.

²⁵² MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. (prefácio e p. 3).

²⁵³ *Ibidem.*, p. 4 e ss.

²⁵⁴ *Ibidem.*, p. 39 e ss.

Em 2020, exemplificativamente, a Índia, a China, o México, as Filipinas e o Egito eram (por ordem decrescente) os cinco principais países receptores de remessas, embora a Índia e a China estivessem bem acima dos restantes, com um total de remessas internas superior a 59 bilhões de USD para cada país. A França e a Alemanha, países do G7, mantiveram-se no top 10 dos países receptores em escala mundial em 2020, tal como têm feito desde 2005. Note-se, no entanto, que a maioria dos fluxos de entrada não são transferências de agregados familiares, mas dizem respeito a salários de trabalhadores transfronteiriços que trabalham na Suíça enquanto residem na França ou na Alemanha²⁵⁵.

1.3.1 A Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951

Sem dúvida, a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados (doravante CNUER) é o instrumento convencional internacional mais importante e conhecido no âmbito do moderno *Direito Internacional Público*, em especial do *Direito Internacional Humanitário*, e que teve, como razão última, a tutela jurídica internacional imediata e abrangente dos refugiados e dos migrantes forçados logo após a hecatombe da segunda guerra mundial, num primeiro momento focalizado no solo europeu. Para tal desiderato, foi engendrada aos 20 de abril de 1946 a Organização Internacional de Refugiados (OIR)²⁵⁶ que, à época dos fatos, estimou um número de 700.000 mil refugiados apenas na Alemanha e na Áustria ocupadas pelas forças aliadas²⁵⁷.

O desfecho da conflagração mundial em 08.05.1945, com a capitulação incondicional da Alemanha na cidade de Berlim, por intermédio das assinaturas do general *Alfred Jodl* e do Marechal de Campo *Wilhelm Keitel*²⁵⁸, marcou formalmente o início dos trabalhos de realocação, fora e dentro da Europa, de um contingente inaudito de deslocados forçados e

²⁵⁵ MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 40.

²⁵⁶ A comissão preparatória da OIR começou a agir em 1º de julho de 1947, dependendo de certas exigências jurídicas para o estabelecimento da agência. Diretamente, passou a cuidar de cerca de 704.000 refugiados e deslocados, a maioria na Alemanha, na Áustria, na Itália e na Europa Oriental e Central, com menores números em outros países da Europa. Incumbiu-se da proteção dos interesses de cerca de 900.000 outros, dos quais 350.000, aproximadamente, se mantinham nas zonas ocupadas e 550.000 - com especialidade os refugiados de antes da guerra - distribuídos por todas as nações da Europa Ocidental.

²⁵⁷ PAIVA, Odair da Cruz. *Refugiados da Segunda Guerra Mundial e os Direitos Humanos*. <https://diversitas.fflch.usp.br/refugiados-da-segunda-guerra-mundial-e-os-direitos-humanos>. Acesso aos 29.06.2023.

²⁵⁸ II Guerra Mundial: 60 anos: *vitória*, volume 3. São Paulo: Editora Abril, 2005. p. 128.

refugiados da assim chamada *guerra total*²⁵⁹. A organização de campos de refugiados na Alemanha, Áustria e Itália e a posterior inserção destas pessoas nos mais diversos países, demonstrou quão complexas as formas da política internacional tenderiam a se constituir a partir da segunda metade do século XX. No velho mundo, por exemplo, a reconfiguração do novel cenário internacional apontou para a necessidade de reestruturação da política imigratória em escala supranacional, o que expressava, à época, uma nova geopolítica da chamada “guerra fria”, polarizada pelos assim cognominados de “mundo livre” e “socialismo real”.

A *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* foi adotada em Genebra/CH, no âmbito da conferência dos plenipotenciários da ONU ocorrida entre os dias 2 e 25 de julho de 1951. A CNUER foi promulgada aos 28 de julho²⁶⁰ de 1951, e entrou em vigor, consoante os termos do art. 43, aos 22 de abril de 1954. A República Federativa do Brasil assinou a Convenção em 15 de julho de 1952, ratificou-a em 16 de novembro de 1960, e promulgou-a aos 28 de janeiro de 1961 por meio do Decreto n. 50.215. A República Federal da Alemanha assinou a CNUER em 19 de novembro de 1951, ratificou-a em 01 de dezembro de 1953, e promulgou-a aos 25 de abril de 1954 (BGB 1. II S. 619).

A CNUER enceta no seu artigo inaugural definindo dogmaticamente o termo “*refugiado*” nos seguintes termos: “para os fins da presente Convenção, o termo ‘refugiado’ se aplicará a qualquer pessoa:

- i) Que foi considerada refugiada nos termos dos ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos

²⁵⁹ Termo cunhado por *Joseph Goebbels*, ministro da informação pública e da Propaganda, e presidente da Câmara de Cultura. Cf., II Guerra Mundial: 60 anos: *a ofensiva do nazismo*, volume 1. São Paulo: Editora Abril, 2005. p. 27.

²⁶⁰ Na data do dia 4 de dezembro de 2000, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), na 81ª reunião plenária, e através da Resolução n. 55/76, decidiu que, a partir de 2001, 20 de junho passaria a ser comemorado como o Dia Mundial do Refugiado – *World Refugee Day*. Esta resolução da ONU sinalizou que o ano de 2001 havia marcado o 50º aniversário da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados (1951). Interessante observar que o Dia Africano dos Refugiados já havia sido formalmente celebrado em vários países antes de 2001. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/563/95/PDF/N0056395.pdf?OpenElement>. Acesso em 29.06.2023. Alfim, a Igreja Católica Apostólica Romana, através do Papa Pio X, estipulou, em 1914, o mês de janeiro como marco reflexivo mundial sobre os migrantes e refugiados. Disponível em: <<https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2022-05/dia-mundial-do-migrante-e-do-refugiado-2022-mensagem-papa.html>>. Acesso aos 29.06.2023.

Refugiados; As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção;

ii) 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”.

Há mister de ilustrar, desde uma análise empírico-judicial, a evolução da prática jurisdicional da CNUER, como Convenção viva, e submetida às vicissitudes sociais, econômicas e culturais ao longo dos anos. Esta evolução pode ser identificada em diversas Cortes internacionais, como, *ad exemplum*, na Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ)²⁶¹, na Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH) e na Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH). Por certo, em alguns casos, *maxime* os mais remotos em termos temporais, o conteúdo do *decisum* pode tratar da condição jurídica do migrante e refugiado, sem, contudo, indicar expressamente o instrumento convencional de 1951 (CNUER).

No âmbito jurisdicional da CIJ, desde o ano de 1949, ou seja, apenas 3 anos após sua institucionalização pela Carta de São Francisco (CSF), o tema concernente ao migrante, asilado e refugiado já era objeto de preocupação e deliberação pela Corte, que, *a priori*, não decide casos envolvendo indivíduos, mais sim lides entre Estados soberanos²⁶². Em fato, a CIJ vem se debruçando amiúde sobre os direitos dos migrantes concernentes ao devido processo legal, aos direitos de ampla defesa do réu, e da participação ativa e imprescindível do Consulado estrangeiro no curso da persecução penal de suposto crime cometido por migrante.

²⁶¹ O único caso envolvendo o Brasil na CIJ refere-se ao litígio contra Honduras, concernente ao princípio da não-intervenção e da aplicação correlativa da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e da Carta de Bogotá. (Honduras vs. Brazil, j. 12.05.2010).

²⁶² *Ex vi* do art. 34, inciso I, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (eCIJ), promulgado no Brasil por meio do Decreto n. 19.841/45.

De modo emblemático, o caso *Avena*²⁶³ *and Other Mexican Nationals vs. United States*, julgado em 31 de março de 2004, reflete a significância da tutela da CIJ dos direitos dos migrantes, incluindo aí a condição jurídica do migrante refugiado, *maxime* na condição de sujeito de direitos à proteção da cidadania e ao apoio institucional consular. Dilucidar este autêntico *leading case* entremostra a vulnerabilidade jurídica e social do estrangeiro processado criminalmente fora do seu território nacional, a importância pragmática dos tratados internacionais sobre relações consulares, em especial da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 (doravante CVRC), e, alfim, a recalcitrância, de há muito constatada, dos Estados Unidos em obedecer às decisões e diretivas de Tribunais internacionais. A absonância entre a esfera normativa e decisória do Direito internacional e as relações reais de poder da geopolítica dos Estados resulta, na maioria das vezes, na sujeição inapelável da primeira.

Neste *decisum*, tratou-se, em linhas gerais, da persecução penal nos Estados Unidos de 52 nacionais mexicanos, dentre os quais alguns também de nacionalidade estadunidense, sem a estrita observância dos direitos dos réus estrangeiros pelo Estado norte-americano, em especial de informar o consulado mexicano das prisões e do andamento do processo criminal. Em 05 de fevereiro de 2003, a CIJ ordenou, como medida cautelar, a suspensão de 3 penas de morte a nacionais mexicanos até a conclusão do julgamento internacional.

Em síntese, o Governo do México solicitou à Corte a) que os Estados Unidos, ao prender, deter, julgar, e condenar 52 cidadãos mexicanos ao corredor da morte violou suas obrigações legais internacionais para com o México, máxime no exercício de seu direito de proteção consular de seus cidadãos, conforme previsto nos artigos 5º e 36, respectivamente, da Convenção de Viena; b) que o México tem, portanto, direito à *restitutio in integrum*; c) que os Estados Unidos têm a obrigação jurídica internacional de não aplicar a doutrina de inadimplemento processual ou qualquer outra doutrina de sua lei municipal para impedir o exercício dos direitos conferidos pelo Direito internacional; d) que os Estados Unidos estão sujeitos a uma obrigação legal internacional de realizar, em conformidade com as obrigações legais internacionais acima mencionadas, qualquer detenção futura ou processo criminal contra os 52 nacionais mexicanos no corredor da morte ou qualquer outro nacional mexicano em seu território, seja por um poder constituinte, legislativo, executivo, judicial ou outro, quer esse poder ocupe uma posição superior ou subordinada na organização dos Estados Unidos, e quer as funções desse poder sejam de caráter internacional ou interno; e) que o direito à *notificação*

²⁶³ *Carlos Avena Guillén* era o primeiro da lista dos mexicanos que foram sentenciados a morte nos Estados Unidos sem assessoria e notificação consular, conforme previsto no DIP.

consular nos termos da CVRC é um direito humano; e que, de acordo com as obrigações legais internacionais, os Estados Unidos devem restaurar o *status quo*, ou seja, reestabelecer a situação que existia antes da detenção, do processo e das condenações de cidadãos mexicanos em violação das obrigações legais internacionais dos Estados Unidos; f) os Estados Unidos devem tomar as medidas necessárias e suficientes para estabelecer um recurso legal significativo para as violações dos direitos concedidos ao México e a seus cidadãos pelo artigo 36 da CVRC, inclusive impedindo a imposição, como uma questão de lei municipal, de qualquer penalidade processual pelo fato de não se ter apresentado em tempo hábil uma reivindicação ou defesa com base na Convenção de Viena quando as autoridades competentes dos Estados Unidos tenham descumprido sua obrigação de aconselhar o nacional sobre seus direitos nos termos da Convenção; e, por fim, g) os Estados Unidos, à luz do padrão e da prática de violações expostos, devem fornecer ao México uma garantia total de não repetição dos atos ilegais.

O processo foi instaurado pelo México contra os Estados Unidos perante a CIJ com base na CVRC. O México alega que os Estados Unidos cometeram violações da CVRC em relação ao tratamento de vários cidadãos mexicanos que foram julgados, condenados e sentenciados à morte em processos criminais nos Estados Unidos. A reivindicação original se referia a 54 dessas pessoas, mas como resultado de ajustes subsequentes feitos pelo México em sua reivindicação, apenas 52 casos individuais estavam envolvidos. Esses processos criminais estavam ocorrendo em nove Estados diferentes dos Estados Unidos, a saber, Califórnia (28 casos), Texas (15 casos), Illinois (três casos), Arizona (um caso), Arkansas (um caso), Nevada (um caso), Ohio (um caso), Oklahoma (um caso) e Oregon (um caso), entre 1979 até 2003.

Per summa capita, a CIJ afirma que os funcionários consulares, no âmbito da persecução penal, podem, escudados no DIP, se comunicar livremente com os nacionais mexicanos e visitá-los. Também menciona que, se a pessoa interessada assim o solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, *sem demora*, informar o posto consular competente se um nacional do Estado remetente for preso *de qualquer forma*, detido ou colocado sob custódia em seu distrito. Da mesma forma, os funcionários consulares têm o direito e a prerrogativa insofismável de visitar o nacional estrangeiro que estiver preso, detido ou sob custódia, conversar com ele e providenciar sua defesa perante os tribunais²⁶⁴. Infelizmente, os Estados Unidos, à revelia das medidas cautelares suspensivas das condenações,

²⁶⁴ Disponível em: <<https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/a-20-anos-del-caso-avena-9483182.html>>. Acesso aos 08.07.2023.

sedimentaram a sua tradição de desrespeito flagrante às decisões da CIJ, e culminou por executar diversos estrangeiros, negando-lhes assistência jurídico-processual consular²⁶⁵.

Dois outros casos emblemáticos devem igualmente ser citados, ainda que a título de ilustração, para certificar a atuação da CIJ na tutela dos estrangeiros processados alhures, e a correspectiva renitência à observância estrita dos Estados aos ditames do DIP. No ano de 1998, a requerimento do Paraguai, foi instaurada uma demanda perante a CIJ contra os Estados Unidos, nomeadamente para suspender e revisar a sentença de morte imposta ao nacional paraguaio, Angel Francisco Breard²⁶⁶, no Estado da Virgínia, réu confesso de um assassinato de uma vizinha após uma tentativa de estupro. O Estado sul-americano requerente alegava a inobservância da notificação e assistência consular *in casu*, o que violaria o devido processo legal e as garantias processuais do réu, consoante a CVRC (art. 36). O rumoroso caso *Breard*, malgrado a disposição da CIJ em tutelar, *ad cautelam*, a intervenção ativa consular no bojo do processo criminal, desfechou com a execução do réu à revelia das medidas suspensivas deferidas pela Corte da Haia. *Ipso facto*, o Governo do Paraguai desistiu da demanda em face da “perda do objeto”, *in verbis*:

“THE HAGUE, 11 November 1998. The case brought to the International Court of Justice (ICJ) on 3 April 1998 by Paraguay against the United States of America in respect of a dispute concerning the Vienna Convention on Consular Relations has been removed from the Court's List at the request of Paraguay.

By a letter of 2 November 1998, the Government of Paraguay informed the Court that, despite the fact that it had filed a Memorial on the merits of the case on 9 October last, it did not wish to go on with the proceedings and requested that the case be removed from the Court's List”. (Paraguay vs. United States of America, November 11th, 1998)²⁶⁷.

²⁶⁵ Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004, in the case concerning Avena and Others Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America). Sobre a renitência norte-americana em face das deliberações da CIJ, cf., MATSUURA, Lilian. *Pena de Morte: Estados Unidos Criam Tradição de Desrespeito às Decisões de Haia*. CONJUR: São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-set-29/eua_criam_tradicao_desrespeito_decisoes_haia>. Acesso aos 08.07.2023.

²⁶⁶ Angel Francisco Breard foi morto por injeção letal aos 14 de abril de 1998, apesar dos apelos da CIJ e da comunidade internacional.

²⁶⁷ Tradução livre do inglês: “Haia, 11 de novembro de 1998. O caso apresentado à Corte Internacional de Justiça (CIJ), em 3 de abril de 1998, pelo Paraguai contra os Estados Unidos da América, relativo a uma disputa sobre a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, foi retirado da lista da Corte a

O paradigmático caso *LaGrand*, envolvendo a República Federal da Alemanha, foi igualmente um marco *par excellence* para a jurisprudência do Direito internacional no âmbito do Direito migratório. Em 02 de março de 1999, a República Federal da Alemanha protocolou na Secretaria da Corte uma petição instaurando um processo contra os Estados Unidos da América em uma disputa relativa a supostas violações da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 24 de abril de 1963. A Alemanha declarou que, em 1982, as autoridades do Estado do Arizona haviam detido dois cidadãos alemães, Karl e Walter *LaGrand*, que foram julgados e condenados à morte sem terem sido informados de seus direitos, conforme exigido pelo artigo 36, parágrafo 1 (b), da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. A Alemanha também alegou que o não fornecimento da notificação prévia exigida impediu a Alemanha de proteger os interesses legítimos, mormente no âmbito investigatório e judicial, de seus cidadãos previstos expressamente nos artigos 5º e 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, tanto no julgamento quanto no nível de apelação nos tribunais dos Estados Unidos.

A Alemanha afirmou que, embora os dois cidadãos, finalmente com a assistência de funcionários consulares alemães, tenham alegado violações da Convenção de Viena perante os tribunais federais, estes últimos, aplicando a doutrina de direito municipal de "inadimplência processual", decidiram que, como os indivíduos em questão não haviam reivindicado seus direitos nos procedimentos legais anteriores em nível estadual, eles não poderiam reivindicá-los nos procedimentos federais. Em sua petição, a Alemanha baseou a jurisdição da Corte no artigo 36, parágrafo 1º, do Estatuto da Corte e no artigo 1º do Protocolo Facultativo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

A Alemanha acompanhou sua petição com um pedido urgente (cautelar) de indicação de medidas provisórias, solicitando à Corte que indicasse que os Estados Unidos deveriam tomar "todas as medidas à sua disposição para assegurar que 'um de seus cidadãos, cuja data de execução havia sido fixada em 3 de março de 1999' não seja executado até o julgamento final do caso (...)". Aos 3 de março de 1999, a Corte Internacional de Justiça emitiu uma Ordem para a indicação de medidas provisórias solicitando aos Estados Unidos da América, entre outras coisas, que "tomassem todas as medidas à sua disposição para assegurar que o cidadão alemão não fosse executado até a decisão final no processo". No entanto, à revelia da ordem

pedido do Paraguai. Por meio de uma carta de 2 de novembro de 1998, o Governo do Paraguai informou à Corte que, apesar de ter apresentado um Memorial sobre o mérito do caso em 9 de outubro passado, não desejava continuar com os procedimentos e solicitou que o caso fosse retirado da Lista da Corte". (Paraguai vs. Estados Unidos da América, 11 de novembro de 1998)".

judicial internacional, os dois cidadãos alemães foram inapelavelmente executados pelos Estados Unidos.

As audiências públicas do caso foram realizadas de 13 a 17 de novembro de 2000. Em sua Sentença de 27 de junho de 2001, a Corte Internacional de Justiça começou por delinear o histórico da contenda judicial internacional e, em seguida, examinou certas objeções dos Estados Unidos da América à jurisdição da Corte e à admissibilidade das alegações da Alemanha. A CIJ concluiu que detinha competência jurisdicional para lidar com todas as alegações da Alemanha, e que elas eram, portanto, admissíveis em face dos compromissos assumidos voluntariamente na esfera internacional da ONU.

Ao decidir sobre o mérito do caso, a Corte Internacional de Justiça da Haia observou que os Estados Unidos não negaram que, em relação à Alemanha, haviam violado o artigo 36, parágrafo 1 (b), da Convenção de Viena, que exigia que as autoridades competentes dos Estados Unidos informassem os *LaGrands* de seu direito de ter o Consulado da Alemanha notificado de sua prisão. Acrescentou que, no caso em questão, essa violação levou ao não-cumprimento do parágrafo 1 (a) e do parágrafo 1 (c) desse artigo, que tratavam, respectivamente, dos direitos mútuos de comunicação e acesso dos funcionários consulares e seus nacionais, e do direito dos funcionários consulares de visitar seus nacionais na prisão e de providenciar sua representação legal. A Corte afirmou ainda que os Estados Unidos não apenas violaram suas obrigações para com a Alemanha como Estado parte da Convenção, mas também que houve uma violação dos direitos individuais dos *LaGrands* nos termos do artigo 36, parágrafo 1º, direitos esses que poderiam ser invocados perante a Corte por seu Estado nacional.

A Corte então se voltou para a alegação da Alemanha de que os Estados Unidos, ao aplicar regras de seu direito interno, em particular a doutrina da "revelia processual", haviam violado o artigo 36, parágrafo 2º, da Convenção. Essa disposição exigia que os Estados Unidos "permitissem que fosse dado pleno efeito aos propósitos para os quais os direitos concedidos nos termos do artigo 36 foram destinados". A Corte declarou que, por si só, a regra de inadimplência processual não violava o artigo 36. O problema surgiu, de acordo com a Corte, quando a regra em questão não permitiu que o indivíduo detido contestasse uma condenação e sentença invocando a falha das autoridades nacionais competentes em cumprir suas obrigações nos termos do artigo 36, parágrafo 1º.

A Corte concluiu que, *in casu*, a regra de inadimplência processual teve o efeito de impedir a Alemanha de prestar assistência aos *LaGrands* em tempo hábil, conforme previsto na Convenção. Nessas circunstâncias, a Corte considerou que, no presente caso, a regra mencionada violou o artigo 36, parágrafo 2º.

Com relação à alegada violação pelos Estados Unidos da Ordem da Corte de 3 de março de 1999 indicando medidas provisórias de urgência, a Corte salientou que era a primeira vez que era chamada a determinar os efeitos legais de tais ordens feitas sob o artigo 41 de seu Estatuto - cuja interpretação tinha sido objeto de extensa controvérsia na literatura. Após interpretar o artigo 41, a Corte concluiu que tais ordens tinham efeito vinculante. No presente caso, a Corte concluiu que sua Ordem de 3 de março de 1999 "não era uma mera exortação", mas "criava uma obrigação legal para os Estados Unidos". A Corte passou então a considerar as medidas tomadas pelos Estados Unidos para implementar a Ordem em questão e concluiu que ela não havia sido cumprida.

Com relação ao pedido da Alemanha de obter uma garantia de que os Estados Unidos não repetiriam seus atos ilegais, a Corte tomou nota do fato de que o país havia declarado repetidamente, em todas as fases do processo, que estava implementando um programa vasto e detalhado para garantir o cumprimento, por suas autoridades competentes, do artigo 36 da Convenção e concluiu que tal programa não era adequado como uma resposta para a solicitação feita pela Alemanha. No entanto, a Corte acrescentou que se os Estados Unidos, não obstante esse compromisso, falhassem novamente em sua obrigação de notificação consular em detrimento de cidadãos alemães, um pedido de desculpas não seria suficiente nos casos em que os indivíduos em questão tivessem sido submetidos a detenção prolongada ou condenados e sentenciados a penas severas. No caso de tal condenação e sentença, caberia aos Estados Unidos, por qualquer meio que escolhessem, permitir a revisão e reconsideração da condenação e sentença levando em conta a violação dos direitos estabelecidos na Convenção.

Em nupérrima decisão da CIJ, sedimentou-se um novo *leading case* em virtude do famoso *Jadhav* (Índia vs. Pakistan), julgado aos 17 de julho de 2019. Em 8 de maio de 2017, a Índia apresentou uma petição instaurando um processo contra o Paquistão em relação a uma disputa sobre supostas violações da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 24 de abril de 1963 "na questão da detenção e julgamento de um cidadão indiano, o Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav", que havia sido condenado à morte por um tribunal militar no Paquistão em abril de 2017. A Índia alegou que o Paquistão não a havia informado, sem demora, sobre a prisão e detenção de seu cidadão. Além disso, alegou que o Sr. Jadhav não havia sido informado de seus direitos nos termos do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e que os funcionários consulares da Índia não tiveram acesso ao Sr. Jadhav enquanto ele estava sob custódia, detenção e prisão, e não puderam conversar e se corresponder com ele ou providenciar sua representação legal. Como base para a jurisdição da Corte, a Índia referiu-se em sua petição ao artigo 36, parágrafo 1, do Estatuto da Corte e ao artigo I do Protocolo

Facultativo à Convenção de Viena sobre Relações Consulares relativo à Solução Compulsória de Controvérsias.

No mesmo dia, a Índia também apresentou uma Solicitação para a indicação de medidas provisórias, solicitando que a Corte instrísse o Paquistão a "tomar todas as medidas necessárias para garantir que o Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav não fosse executado" e a "garantir que nenhuma ação seja tomada que possa prejudicar os direitos da República da Índia ou do Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav com relação a qualquer decisão que a Corte possa proferir sobre o mérito do caso". Por meio de uma Ordem datada de 18 de maio de 2017, a Corte Internacional de Justiça ordenou ao Paquistão que "tomasse todas as medidas à sua disposição" para garantir que o Sr. Jadhav não fosse executado até uma decisão final no caso, e que informasse a Corte sobre todas as medidas tomadas na implementação dessa Ordem. Decidiu também que, até que a Corte tivesse proferido sua decisão final, ela permaneceria encarregada das questões que constituíam o objeto da Ordem.

As audiências públicas sobre o mérito do caso foram realizadas de 18 a 21 de fevereiro de 2019. Em sua Sentença de 17 de julho de 2019, a Corte primeiro delineou o histórico da disputa, antes de concluir que tinha jurisdição para receber as reivindicações da Índia com base em supostas violações da Convenção de Viena. Em seguida, a Corte abordou as três objeções à admissibilidade levantadas pelo Paquistão, que se baseavam no suposto abuso de processo, abuso de direito e conduta ilegal da Índia. A Corte concluiu que a petição da Índia era admissível. Quanto ao mérito do caso, a Corte examinou cada uma das três alegações do Paquistão sobre a aplicabilidade da Convenção de Viena. Tendo constatado que nenhum dos argumentos levantados pelo Paquistão poderia ser sustentado, a Corte concluiu que a Convenção de Viena era aplicável ao caso, "independentemente das alegações de que o Sr. Jadhav estava envolvido em atividades de espionagem".

Em seguida, a Corte examinou a alegação da Índia de que o Paquistão havia agido em violação de suas obrigações nos termos do artigo 36 da Convenção de Viena, ao não informar a Índia, sem demora, sobre a detenção do Sr. Jadhav. A Corte observou que o Paquistão não contestou a afirmação da Índia de que o Sr. Jadhav não havia sido informado de seus direitos nos termos do artigo 36, parágrafo 1º (b), da Convenção e, portanto, concluiu que o Paquistão havia violado expressamente sua obrigação nos termos dessa disposição.

Com relação à alegada violação do Paquistão de sua obrigação de informar a Índia, sem demora, sobre a prisão e detenção do Sr. Jadhav, conforme previsto no artigo 36, parágrafo 1º (b), da Convenção de Viena, o Tribunal considerou que, como o Paquistão não informou o Sr. Jadhav sobre seus direitos; o Estado tinha a obrigação de informar o posto consular da Índia

sobre sua prisão e detenção, sendo que essa obrigação também estava implícita nos direitos dos funcionários consulares, de acordo com o artigo 36, parágrafo 1º (c) da Convenção, de visitar o nacional, "conversar e se corresponder com ele e providenciar sua representação legal". A CIJ então apontou que o Paquistão notificou a Índia sobre a prisão e detenção do Sr. Jadhav em 25 de março de 2016, cerca de três semanas após sua prisão; levando em conta as circunstâncias particulares do caso, a Corte considerou que o Paquistão havia, portanto, violado sua obrigação de informar o posto consular "*sem demora*", conforme exigido pelo artigo 36, parágrafo 1º (b), da Convenção de Viena.

A Corte então se voltou para a terceira alegação da Índia, relativa à suposta falha do Paquistão em permitir que os funcionários consulares indianos se comunicassem com o Sr. Jadhav, lembrando, a esse respeito, que "o artigo 36, parágrafo 1º, criava direitos individuais que, em virtude do artigo 1º do Protocolo Facultativo, podem ser invocados neste Tribunal pelo Estado nacional da pessoa detida". Sendo indiscutível que o Paquistão não concedeu a nenhum funcionário consular indiano acesso ao Sr. Jadhav, a Corte entendeu que a suposta falha da Índia em cooperar com o processo de investigação no Paquistão não eximiu o Paquistão de sua obrigação de conceder acesso consular e não justificou a recusa do Paquistão de acesso ao Sr. Jadhav por funcionários consulares da Índia. Além disso, a escolha do Sr. Jadhav de ser representado por um defensor qualificado para representação legal não dispensou o direito dos funcionários consulares de providenciar sua representação legal. A Corte concluiu, portanto, que o Paquistão violou as obrigações que lhe incumbem nos termos do artigo 36, parágrafo 1º (a) e (c), da Convenção de Viena, ao negar aos funcionários consulares da Índia acesso ao Sr. Jadhav, contrariando seu direito de visitá-lo, conversar e se corresponder com ele e providenciar sua representação legal.

Com relação à alegação da Índia de que tinha direito à *restitutio in integrum*, seu pedido para que o Tribunal anulasse a decisão do tribunal militar e impedisse o Paquistão de dar efeito à sentença ou condenação, libertar o Sr. Jadhav e facilitar sua passagem segura para a Índia, o Tribunal considerou que as alegações feitas pela Índia não poderiam ser aceitas. A Corte também considerou, no entanto, que o Paquistão tinha a obrigação de fornecer, por meio de sua própria escolha, uma revisão e reconsideração efetivas da condenação e sentença do Sr. Jadhav, de modo a garantir que fosse dado total peso ao efeito da violação dos direitos estabelecidos no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

1.3.1.1 *O Protocolo Adicional Relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967)*

Como explicitamente assentado na doutrina do DIP, *Tratado, Convenção, Carta, Declaração, Pacto e Protocolo* são instrumentos jurídicos que, a rigor, destinam-se a conceituar um acordo formal – *escrito* – entre sujeitos de Direito internacional, de uso livre e aleatório, independentemente do conteúdo material da concórdia em específico²⁶⁸. Dessarte, um *protocolo* no DIP, como sói ocorrer na prática jurídica internacional, tem a mesma significância normativa e o mesmo *status* jurídico dos Tratados e Convenções em geral.

Considerando que a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951, só se aplicava, originalmente, às pessoas que se tornaram *refugiados* em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, em alusão explícita à segunda guerra mundial, bem como ao fato de que desde a origem da CNUER surgiram gradualmente novas categorias de refugiados e que os refugiados em causa poderiam não ser enquadrados juridicamente no âmbito da Convenção, tornaram-se imperiosas a readequação e a ampliação do suporte fático da CNUER.

Uma vez que é desejável, no bojo da tutela integral da ONU, que todos os refugiados abrangidos na definição da Convenção, independentemente do prazo de 1º de janeiro de 1951, possam usufruir de igual estatuto, foi convencionado no Protocolo Relativo ao Estatuto do Refugiado (doravante PreR), o seguinte:

“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

²⁶⁸ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

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. Os Estados Membros no presente Protocolo comprometem-se a cooperar com o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados ou qualquer outra instituição das Nações Unidas que lhe suceder, no exercício de suas funções e, especialmente, a facilitar seu trabalho de observar a aplicação das disposições do presente Protocolo. §2. A fim de permitir ao Alto Comissariado, ou a toda outra instituição das Nações Unidas que lhe suceder, apresentar relatórios aos órgãos competentes das Nações Unidas, os Estados Membros no presente Protocolo comprometem-se a fornecer-lhe, na forma apropriada, as informações e os dados estatísticos solicitados sobre: a) O estatuto dos refugiados. b) A execução do presente Protocolo. c) As leis, os regulamentos e os decretos que estão ou entrarão em vigor, no que concerne aos refugiados”. (grifo nosso).

Per summa capita, o protocolo adicional à CNUER, de 1967, ampliou deveras o suporte fático para a definição jurídica de refugiado, em termos temporais e geográficos, porquanto o status de refúgio será concedido independentemente da nacionalidade e da localização do requerente, seja em virtude de acontecimentos pretéritos ou mesmo de fundado receio de violação *pro futuro*. O PreR foi assinado na cidade de Nova York, aos 31 de janeiro de 1967, entrando em vigor em 04 de outubro do mesmo ano, consoante os exatos termos do seu art. 8º. A República Federativa do Brasil ratificou-a em 07 de abril de 1972, e promulgou através do Decreto 70.946/72. A República Federal da Alemanha ratificou o PreR aos 05 de novembro de 1969, promulgando-a internamente no mesmo ano (BGBl. 1969 II S. 1294).

1.3.2 *O Refúgio na Carta de Bogotá (1948) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)*

Os principais documentos jurídicos do Direito internacional que forjaram a arquitetura normativa do continente americano são, a saber, a Carta de Bogotá, alcunha irrogada em virtude da cidade onde foi concluída a Carta da Organização dos Estados Americanos (doravante COeA), em 1948, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante

DADH), assinada no mesmo ano, e que, a título ilustrativo, é anterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Ambas, dentre outras questões, indicam expressamente a importância transcendente dos direitos humanos para além do mero vínculo jurídico-político de nacionalidade dos indivíduos que formam os povos americanos, conquanto não instituíssem, especificamente, a proteção jurídica do migrante refugiado, pelo menos não no sentido que hoje se dá a esta importante figura jurídica.

Malgrado possa-se indicar como antecedentes do *Sistema* (administrativo) *Interamericano* os trabalhos realizados no bojo do *Congresso do Panamá*, engendrado pelo revolucionário e libertador *Simón Bolívar*²⁶⁹, ainda no remoto ano de 1826, ocorre que somente no ano de 1889 os Estados americanos, já independentes das metrópoles europeias, decidiram se reunir periodicamente e engendrar um sistema compartilhado e unificado de normas e instituições jurídicas e políticas²⁷⁰. Neste contexto político, realizaram-se inúmeras conferências e reuniões para criar um sistema institucional coeso e cooperativo, mas foi somente a partir da iniciativa do Governo dos Estados Unidos que teve início de fato o processo institucional que se desenvolve continuamente até os presentes dias.

A Primeira Conferência Internacional Americana foi realizada na cidade de Washington, D.C., de outubro de 1889 a abril de 1890, "*com o objetivo de discutir e recomendar para adoção dos respectivos governos um plano de arbitragem para a solução de controvérsias e disputas que possam surgir entre eles, para considerar questões relativas ao melhoramento do intercâmbio comercial e dos meios de comunicação direta entre esses países, e incentivar relações comerciais recíprocas que sejam benéficas para todos e assegurem mercados mais amplos para os produtos de cada um desses países*".

Nesta oportunidade, seminal para o direito internacional das Américas, um número de dezoito Estados americanos participaram formalmente da Conferência, na qual decidiu-se, *inter alia*, a formação de uma "*União Internacional das Repúblicas Americanas para a pronta coleta e distribuição de informações comerciais*," com sede em Washington, que *a posteriori* tornou-se a "União Pan-Americana" e, finalmente, com a expansão das suas funções institucionais e políticas, a *Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos* (doravante OEA).

Concernente às questões estritamente jurídicas, a Conferência indigitada recomendou a adoção de disposições normativas para regulamentar e racionalizar o procedimento extradicional (direito migratório); declarou *expressis verbis* que a conquista territorial não cria

²⁶⁹ Cf., por todos, ARANA, Marie. *Bolívar: O Libertador da América*. São Paulo: Três Estrelas Editora, 2015.

²⁷⁰ OAS. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp>. Acesso aos 09.07.2023.

direitos (evitamento de guerras); e produziu orientações específicas para a redação de um tratado sobre arbitragem que evitasse, a todo custo, o recurso à guerra como meio legítimo de resolver controvérsias entre as nações americanas, o que, *a posteriori*, foi objeto de regulamentação por tratados internacionais específicos. Essa conferência sedimentou as bases do que depois se tornaria o *Sistema Interamericano*: interesses comerciais e econômicos orientados no sentido de auferir maior integração regional, em termos sociais e econômicos; preocupações jurídicas e políticas com o robustecimento dos vínculos entre o Estado e o setor privado numa ambiência pacífica de cooperação e segurança regional; e, alfim, o estabelecimento de instituições especializadas *ad hoc* em diferentes esferas de regulação.

As conferências de Estados americanos foram realizadas em intervalos heterogêneos até serem substituídas gradualmente pelas atuais sessões da *Assembleia Geral da OEA* no decorrer da década de 1970, quando de fato entrou em vigor o *Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos*, adotado na cidade de Buenos Aires/Argentina. Para além de tais conferências, havia *pari passu* reuniões de Ministros das Relações Exteriores e reuniões *ad hoc*, como a *Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz*, ocorrida no ano de 1945 na Cidade do México, para discutir, *inter alia*, atividades conjuntas a serem realizadas pelos Estados americanos no âmbito da Organização das Nações Unidas, que estava, à época, sendo engendrada, e a *Conferência Interamericana para Manutenção da Paz e Segurança no Continente*, realizada na cidade do Rio de Janeiro/Brasil, em 1947, que adotou o *Tratado Interamericano de Assistência Recíproca*, com o término da Segunda Guerra Mundial e início da cognominada Guerra Fria, de modo a assegurar a *autodefesa coletiva legítima* no caso de um ataque de potência alienígena, isto é, de fora do continente americano, bem como decidir ações conjuntas e coordenadas no caso de um conflito entre dois Estados partes do tratado²⁷¹.

Em todo esse período, foram adotados vários acordos que estabeleceram os princípios nucleares do que depois se tornaria a Organização dos Estados Americanos. *Ad exemplum*, em 1923, a Quinta Conferência Internacional Americana (Santiago, Chile) adotou o Tratado para Evitar ou Prevenir Conflitos entre Estados Americanos (*Tratado de Gondra*) e em 1933 a Sétima Conferência Internacional Americana (Montevideú, Uruguai) adotou a Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, que reafirmou o princípio de que "os Estados são juridicamente iguais, desfrutam iguais direitos e possuem capacidade igual para exercê-los",

²⁷¹ Cf., *par excellence*, THOMAS, Ann Van Wynen. *La Organización de Los Estados Americanos*. Madrid: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1968.

reiterou o princípio de que nenhum Estado tem o direito de intervir (*proibição de intervenção*) em assuntos internos ou externos de outro, e destacou a obrigação cogente de todos os Estados americanos no sentido de que "*as divergências de qualquer espécie que entre eles se levantem deverão resolver-se pelos meios pacíficos reconhecidos*".

Nas décadas iniciais do designado *Sistema Interamericano*, também foram adotadas várias convenções de direito internacional privado, notadamente a Convenção de *Direito Internacional Privado*, acolhida na Sexta Conferência Internacional Americana em Havana/Cuba, e seu Anexo: *o Código Bustamante de Direito Internacional Privado*²⁷². Malgrado essa convenção tenha recebido poucas ratificações e, principalmente, não tenha sido adotada pelos países meridionais da América do Sul, que preferiram as disposições dos Tratados de Direito Internacional Privado de Montevideu de 1889 e 1939, foi deveras um passo importante para a codificação e progressivo desenvolvimento do direito internacional privado no contexto americano.

Para além da assim designada *União Pan-Americana*, estabeleceu-se gradualmente um conjunto de instituições para facilitar e engendrar a cooperação em áreas jurídicas e administrativas específicas. No decorrer dos anos, e com vários nomes, as seguintes instituições foram formadas e iniciaram programas importantes, *ad exemplum*: a Organização Pan-Americana da Saúde (1902), que depois se tornou o escritório regional da futura Organização Mundial da Saúde; a Comissão Jurídica Interamericana (1906); o Instituto Interamericano da Criança (1927); a Comissão Interamericana de Mulheres (1928); o Instituto Pan-Americano de Geografia e História (1928); o Instituto Indigenista Interamericano (1940); o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (1942); e a Junta Interamericana de Defesa (1942), que foram seguidas, após o estabelecimento da OEA, pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, Comissão Interamericana de Telecomunicações, Comissão Interamericana de Portos, Centro de Estudos da Justiça das Américas, e outras. Uma Corte Interamericana de Justiça foi proposta em 1923, porém nunca se materializou, embora houvesse um precedente na forma da Corte Centro-Americana de Justiça, que funcionou de 1907 a 1918. Dessarte, estabeleceu-se, em termos estruturais, uma rede de instituições regionais para fortalecer a cooperação entre Estados americanos sob um amplo espectro de temas da agenda regional e continental.

²⁷² No contexto jurídico brasileiro, a Convenção de Direito Internacional Privado, concluída em Havana, foi promulgado pelo Decreto 18.871, aos 13 de agosto de 1929 (Washington Luís).

A Nona Conferência Internacional Americana, que se reuniu em Bogotá/Colômbia, em 1948, com a participação de 21 Estados americanos, adotou a *Carta da Organização dos Estados Americanos*, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas ("Pacto de Bogotá") e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Essa mesma conferência adotou o Acordo Econômico de Bogotá, que buscava promover a cooperação econômica entre os Estados americanos; porém, este nunca entrou em vigor.

Como a própria Carta da OEA, o "Pacto de Bogotá" obriga as Altas Partes Contratantes a resolver as controvérsias entre Estados americanos por meios pacíficos e indica os procedimentos a serem adotados: mediação, investigação e conciliação, bons ofícios, arbitragem e, finalmente, recurso à Corte Internacional de Justiça de Haia, o que significou que algumas controvérsias foram realmente submetidas a essa Corte. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada meses antes da Declaração Universal da ONU, destacava o compromisso da região com a proteção internacional dos direitos humanos e preparou o caminho para a Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José", Costa Rica), que foi adotada em 1969, entrando em vigor apenas no ano de 1978.

A OEA foi o resultado de um longo e complexo processo de negociação multilateral iniciado no ano de 1945. Várias nomenclaturas e denominações foram originalmente aventadas para a nova instituição, *ad exemplum*: "União", "Comunidade Regional" e "Organização". Discutiu-se intensamente o uso dos termos "Estados", "Nações" ou "Repúblicas." A palavra "Repúblicas" não foi escolhida com a finalidade de não excluir outras formas de governo que pudessem existir na região, e "Nações" igualmente foi descartada por ser mais um conceito cultural ou sociológico do que propriamente jurídico. Dessarte, escolheu-se o nome que conhecemos atualmente, *id est*, Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Organização dos Estados Americanos – OEA – realiza seus escopos institucionais por intermédio dos seguintes órgãos: a) *Assembleia Geral*: órgão supremo que decide sobre a ação e a política geral da OEA. Todos os Estados Membros têm o direito de serem representados na Assembleia Geral, onde cada um tem direito a um voto; b) *Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores*: é formado a pedido de um Estado membro para considerar problemas de natureza urgente e de interesse comum, e serve como órgão consultivo para deliberar sobre qualquer ameaça à paz e à segurança do continente, de acordo com as disposições do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, assinado no Rio de Janeiro, em 1947; c) *Conselho Permanente*: que tem competência para deliberar, dentro dos limites da Carta e dos tratados e acordos interamericanos, sobre qualquer assunto que lhe seja submetido pela Assembleia Geral ou pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. Igualmente pode atuar

provisoriamente como um órgão consultivo. O Conselho Permanente é composto por um representante de cada Estado Membro; d) *Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral*: visa promover a cooperação entre os Estados americanos com o objetivo de alcançar seu desenvolvimento integral e, em particular, contribuir para a eliminação da pobreza extrema; e) *Comitê Jurídico Interamericano*: atua como um órgão consultivo da OEA em assuntos jurídicos e promove o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional; f) *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*: principais funções são promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da OEA nesse campo; g) Secretaria Geral: é o órgão central e permanente da OEA, com sede em Washington/EUA; h) *Conferências Especializadas Interamericanas*: tratam de assuntos técnicos especiais e desenvolvem aspectos específicos da cooperação interamericana; i) *Organismos Especializados Interamericanos*: são órgãos multilaterais com funções específicas em assuntos técnicos de interesse comum para os Estados americanos. Atualmente, estão em funcionamento os seguintes órgãos especializados: *Instituto Interamericano da Criança*, *Comissão Interamericana da Mulher*, *Instituto Interamericano da Índia*, *Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura*, a *Organização Pan-Americana da Saúde* e o *Instituto Pan-Americano de Geografia e História*²⁷³.

Estabeleceu-se também a relação da nova organização com o sistema universal (Nações Unidas), criado três anos antes. O Artigo 1º da Carta estipula: "Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional", segundo as disposições do Capítulo VIII (Acordos Regionais) da Carta das Nações Unidas, e como tal participou de atividades relacionadas com a paz e a segurança da região, de modo especial e mais recentemente em vários momentos da história do Haiti, quando as duas organizações realizaram missões conjuntas.

A Carta de 1948 foi modificada, mediante Protocolos de Reforma, em quatro ocasiões específicas: Buenos Aires, 1967; Cartagena das Índias, 1985; Washington, 1992; Manágua, 1993. Nada obstante, o âmago e a razão última de ser da Carta permaneceram os mesmos, em especial a manutenção da paz no continente e a defesa de um catálogo comum de direitos humanos.

Embora não tenham sido previstas na Carta, desde 1994 realizaram-se importantes Cúpulas de Chefes de Estado e de Governo das Américas, que emitiram decisões e

²⁷³ Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4571/2.pdf>>. Acesso aos 16.06.2024.

recomendações, geralmente na forma de uma Declaração e Plano de Ação, sobre objetivos a serem atingidos pelas organizações do Sistema Interamericano, especialmente a OEA. A OEA também atua como secretaria de várias reuniões ministeriais, em particular reuniões de Ministros da Justiça, Ministros do Trabalho, Ministros da Ciência e Tecnologia e Ministros da Educação das Américas.

Em termos específicos, o art. 3º, alínea “1” da OEA enfatiza a transcendência e universalidade dos direitos fundamentais, sem fazer distinção de raça, *nacionalidade*, credo ou sexo; e o art. 45, alínea “a” indica que:

“Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, *nacionalidade*, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica.” (grifo nosso).

Alfim, o seu art. 106 prevê a criação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão IDH) que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos, e servir como órgão consultivo da OEA em tal matéria. Finda por estipular que uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

1.3.2.1 A *Comissão Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Refúgio*

O sistema regional interamericano de direitos humanos originou-se no influxo da agenda internacional da ONU para a tutela internacional dos direitos humanos mediante a adoção da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (doravante DADH), em Bogotá, na Colômbia, em abril de 1948. A DADH foi o primeiro instrumento jurídico internacional de direitos humanos de caráter amplo e geral, que entrou em vigor antes mesmo da DUDH da ONU. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão IDH) foi criada apenas no ano de 1959, e realizou sua primeira sessão no ano de 1960. Desde então, e até o ano de 2024, a Comissão IDH realizou 191 períodos de sessões, algumas delas em sua sede, outras

em diferentes países do continente americano, inclusive por meio de audiências públicas²⁷⁴. A Comissão IDH, consoante o Capítulo VII da CADH, é composta por 7 membros (comissários), com alta autoridade moral, e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos. Os comissários representam todos os países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), e não apenas da CADH, cujo mandato perfaz o período de 4 anos, com possibilidade de uma reeleição²⁷⁵.

De se realçar que a origem da Comissão IDH é uma resolução e não um tratado internacional, na linha da CVDT, em termos de fontes do DIP. Trata-se da Resolução VIII, adotada na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Santiago/Chile, no ano de 1959. No entanto, a Comissão (que tem sede em Washington, D.C., nos Estados Unidos) começou a funcionar no ano posterior, seguindo o estabelecido pelo seu primeiro estatuto, segundo o qual sua função seria promover os direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA, quanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

De acordo com a Carta da OEA, a Comissão IDH é, além de órgão da Organização dos Estados Americanos, também órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), tendo, portanto, funções ambivalentes e multidisciplinares. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), por sua vez, é tão somente órgão da Convenção Americana (vez que diretamente criada pela Convenção). Embora todos os Estados-membros da Convenção Americana sejam obrigatoriamente membros da OEA, a recíproca não é verdadeira, uma vez que nem todos os membros da OEA são partes na Convenção Americana.



(Sede da Organização dos Estados Americanos, Washington/US).

²⁷⁴ Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2024/123.asp>>. Acesso aos 17.06.2024.

²⁷⁵ Cf., por todos, PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; MAZZUOLI, Valério. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A Comissão é composta por sete membros, que devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos. Tais membros são eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da OEA, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados-membros. Cada um desses governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da organização. Porém, quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente. Os membros da Comissão são eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. É vedado fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo país (art. 37).

A Comissão representa todos os Estados-membros da OEA e tem como principal função a de promover a observância e a defesa dos direitos humanos no Continente Americano. No exercício de seu mandato, a Comissão Interamericana tem as seguintes funções e atribuições (art. 41):

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos (podendo, inclusive, realizar inspeções *in loco* nesses Estados);
- e) atender às consultas que, por meio da *Secretaria Geral* da OEA, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos arts. 44 a 51 da Convenção Americana; e
- g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da OEA.

Uma das principais competências da Comissão é, certamente, a de examinar as comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda de entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da OEA (ONGs), atinentes a violações de direitos humanos constantes na Convenção Americana por Estado que dela seja parte (art. 41, alínea “f”). Dessarte, os indivíduos, apesar de não terem acesso direto à Corte, mediante peticionamento individualizado, também podem dar início ao procedimento de processamento internacional do Estado com a apresentação de petição à Comissão, o que, neste caso, tratar-se-ia de um *acesso indireto* à Corte IDH. Nos termos do art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): “*Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações desta Convenção por um Estado-parte*”. Trata-se de uma exceção à chamada cláusula facultativa (que permite que o Estado-parte se manifeste se aceita ou não esse mecanismo), uma vez que a Convenção permite que qualquer pessoa ou grupo de pessoas (sejam elas nacionais ou não) recorram à Comissão Interamericana independentemente de declaração expressa do Estado reconhecendo essa sistemática.

A missão institucional da Comissão como órgão de admissibilidade das petições ou comunicações de particulares (ou de organizações não governamentais) tem sido reconhecida como quase “jurisdicional”, *maxime* pelo fato de poder, no exercício de sua competência, deflagrar o procedimento de “processamento” do Estado por violação de direitos humanos perante a Corte IDH. A dificuldade prática que se tem, porém, diz respeito à efetivação do processamento das denúncias ou queixas perante a Corte Interamericana – Corte IDH –, dada a não submissão à Corte de todos os casos analisados pela Comissão. De fato, das inúmeras queixas recebidas todos os meses e anos pela Comissão, nas quais se alegam violações a direitos humanos de toda índole, pouquíssimas são ao final admitidas e seguem à Corte, em virtude um *pente fino* bastante rigoroso. Basta um olhar panorâmico sobre a jurisprudência da Corte para notar que apenas “grandes temas”, e de repercussão internacional geral, têm sido a ela submetidos pela Comissão, como os relativos a direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais (v.g., casos *Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua*, *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai e Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*), envolvendo anistias dos períodos de ditadura militar na América Latina (casos *Gelman vs. Uruguai* e *Gomes Lund vs. Brasil*), sobre questões de gênero e sexualidade (v.g., casos *Atala Riffo vs. Chile* e *Duque vs. Colômbia*), relativos a massacres

de grande monta (v.g., casos *Massacre de Mapiripan vs. Colômbia* e *Massacres de El Mozote vs. El Salvador* etc.) e atinentes a desaparecimentos forçados (v.g., caso *Rodríguez Vera vs. Colômbia*).

Há, portanto, um direcionamento, por parte da Comissão IDH, dos casos que pretende instaurar perante a Corte Interamericana, no âmbito de um juízo prévio de delibação. Daí as críticas que se têm atualmente destinado à atuação da Comissão IDH, no sentido de saber a quem serve efetivamente o órgão. Casos individuais e pontuais cujo mérito não guarde ampla representatividade têm, portanto, mínima ou quase nenhuma probabilidade de admissão perante a Comissão e de seguir à Corte para julgamento.

Sem embargo, para que uma petição sobre violação da Convenção e dos direitos humanos por ela reconhecidos seja admitida, deve preencher cumulativamente os requisitos previstos no art. 46, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH –, quais sejam:

- a) que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos (regra do prévio esgotamento dos recursos internos);
- b) que seja apresentada dentro do prazo de *seis meses*, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional (ou seja, que não haja *litispendência* ou *coisa julgada* internacionais); e
- d) que, no caso do art. 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Contudo, relativamente aos primeiro e segundo requisitos, deve-se observar o disposto no § 2º do mesmo art. 46 da CADH, segundo o qual as disposições das alíneas a e b supratranscritas não se aplicarão 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.

Assim, é iniludível que, na dimensão praxeológica do sistema interamericano, a regra do prévio esgotamento dos recursos internos tem sido *coerentemente* interpretada *restritivamente*, mitigando-se o seu alcance quando, comprovadamente, a vítima da violação dos direitos humanos não tiver os meios e as condições necessárias para esgotar os recursos judiciários internos antes de deflagrar o procedimento perante a Comissão Interamericana. A Comissão, nos termos dessa disposição convencional, tem então facilitado aos reclamantes a admissibilidade de suas petições ou comunicações quando ao menos um desses fatores se fizerem presentes. Nesse caso, pode o Estado ser inclusive responsabilizado internacionalmente, justamente por não ter provido o indivíduo de meios jurídicos hábeis para reparar o dano que lhe foi causado em decorrência da violação de direitos humanos.

O processo perante a Comissão vem regulado pelos arts. 48 a 51 da CADH. Nos termos precisos do art. 48, § 1º, da Convenção, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados na Convenção Americana, a Comissão procederá da seguinte maneira:

- a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;
- b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;
- c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;
- d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Nessa fase, a petição individual já é registrada como um caso. Se for necessário e

conveniente, a Comissão procederá a uma investigação, para cuja eficaz realização solicitará (e os Estados interessados deverão lhe proporcionar) todas as facilidades necessárias; e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e f) será posta à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos na Convenção (fase conciliatória). Contudo, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade (art. 48, § 2º, da CADH).

Conforme o art. 49 a CADH, caso se tenha chegado a uma solução amistosa (conciliação) de acordo com as disposições do § 1º, alínea f, do art. 48, a Comissão – agora já em direção à fase do primeiro informe ou informe preliminar – redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-partes, e transmitido *a posteriori* para sua publicação, ao Secretário-Geral da OEA. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada em termos conciliatórios. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível. Se não se chegar a uma solução conciliativa, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório (primeiro informe) no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao relatório seu voto em separado. Também se somarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do § 1º, alínea e, do art. 48, da CADH. O relatório será encaminhado imediatamente aos Estados envolvidos, aos quais não será facultado publicá-lo. Ao encaminhar o relatório, a Comissão IDH pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas (art. 50, §§ 1º a 3º)²⁷⁶.

Se dentro do prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão – agora na

²⁷⁶ Disponível em: <https://www.oas.org/en/about/commission_human_rights.asp>. Acesso aos 21.06.2024.

fase do segundo informe – poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua própria opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua deliberação. Esta fase do segundo informe, como se depreende, somente ocorrerá quando “o assunto não houver sido solucionado ou [não houver sido] submetido à decisão da Corte [em geral, pelo fato de o Estado não ser parte na Convenção Americana ou, caso o seja, por não ter ainda reconhecido a competência contenciosa da Corte] pela Comissão ou pelo Estado interessado” (art. 51, § 1º, da CADH). Atente-se que a expressão “não houver sido” também se liga à frase derradeira “submetido à decisão da Corte”, com o que se conclui que somente no caso de não ter sido o caso submetido à decisão da Corte é que a Comissão continua no seu procedimento interno de processamento (não jurisdicional) do Estado, editando o seu segundo informe.

Nessa fase, a Comissão IDH fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão IDH decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou, ou não, as medidas adequadas, e se publicou, ou não, seu relatório (art. 51, §§ 2º a 3º, da CADH).

Frise-se, outrossim, que os Estados que não ratificaram a CADH não ficam desonerados de suas obrigações assumidas nos termos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, podendo acionar normalmente a Comissão Interamericana, que fará recomendações aos governos para o respeito integral dos direitos humanos violados no território do Estado em questão. Isto porque, como já frisado *aliunde*, a Comissão Interamericana, além de órgão da Convenção Americana, também é (originariamente) órgão da OEA. Em caso de não cumprimento do estabelecido pela Comissão IDH, esta poderá acionar a Assembleia Geral da OEA para que tome medidas sancionatórias contra o Estado. Apesar de não constar expressamente, dentre as atribuições da Assembleia Geral (constantes do art. 54 da Carta da OEA), a de impor aos Estados violadores dos direitos humanos sanções internacionais, o certo é que, enquanto órgão político, a ela incumbe zelar pelo cumprimento dos preceitos da Carta da OEA, o que, *in casu*, seria a violação dos direitos humanos. Esse sistema subsidiário da OEA somente estará extinto a partir de quando todos os Estados americanos houverem ratificado a Convenção Americana e aceito *expressis verbis* a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana.

Perceba-se, assim, que existe um desdobramento funcional relativamente às atribuições da Comissão IDH, que pode atuar tanto como órgão da OEA, quanto órgão da Convenção Americana (nesse último caso, na hipótese de os Estados-partes na Convenção já terem aceitado a competência contenciosa da Corte Interamericana). Assim, a Comissão IDH é, a um só tempo,

órgão de “*vocação geral*” do sistema interamericano (quando atua como órgão da OEA) e órgão “processual” desse mesmo sistema (nas funções que lhe são atribuídas pela Convenção). Trata-se do aspecto ambivalente ou bifronte da Comissão ao qual já nos referimos. Não se tem dúvida, entretanto, que o sistema da Convenção Americana é superior ao sistema da OEA. Primeiro, porque abrange número bem maior de direitos do que os mencionados tanto na Carta da OEA como na Declaração Americana; segundo, porque as sentenças da Corte Interamericana são vinculativas aos Estados-partes da Convenção, o que não ocorre com as recomendações emanadas do sistema quase judicial da Carta da OEA²⁷⁷.

Em 1961, a CIDH começou a realizar visitas *in loco* para observar a situação geral dos direitos humanos em um país ou para investigar situações específicas. Desde essa época, a CIDH realizou 69 visitas a 23 Estados membros. Em relação às suas visitas para observar a situação geral dos direitos humanos de um país, a CIDH publicou 44 relatórios especiais de países até o momento.

Em 1965, a CIDH foi expressamente autorizada a examinar reclamações ou petições relativas a casos específicos de violações de direitos humanos. Até 1997, a CIDH recebeu milhares de petições, que resultaram em 12.000 casos que foram processados ou estão sendo processados atualmente. (O procedimento para o processamento de casos individuais está descrito abaixo). Os relatórios finais publicados pela CIDH com relação a esses casos individuais podem ser encontrados nos Relatórios Anuais da Comissão ou de forma independente por país.

A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos ("OEA") cuja missão é promover e proteger os direitos humanos em todo o hemisfério americano. Ela é composta por sete membros independentes que atuam em caráter pessoal. Criada pela OEA em 1959, a Comissão tem sua sede em Washington, D.C. Juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH"), instalada em 1979, a Comissão é uma das instituições do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

O início formal do sistema interamericano protetivo dos direitos humanos foi a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem na Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada em Bogotá em 1948. Naquela ocasião, foi adotada a Carta da OEA, que declara que um dos princípios sobre os quais a Organização é

²⁷⁷ Cf., MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 876.

fundada são os "direitos fundamentais do indivíduo", independentemente do vínculo de nacionalidade da pessoa.

O trabalho da CIDH se baseia em três pilares principais: o sistema de petições individuais; monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros e a atenção dedicada às áreas temáticas prioritárias. Atuando dentro dessa contextura institucional, a Comissão IDH considera que, na medida em que os direitos de todas as pessoas sujeitas à jurisdição dos Estados Membros devem ser protegidos, atenção especial deve ser dedicada às populações, comunidades e grupos que historicamente têm sido alvo de discriminação, no que se vem denominando de “grupos em situação de vulnerabilidade”. Entretanto, o trabalho da Comissão IDH também é informado por outros princípios, entre eles os seguintes: o princípio *pro homine*, segundo o qual uma lei deve ser interpretada da maneira mais vantajosa para o ser humano; a necessidade de acesso à justiça e a inclusão da perspectiva de gênero em todas as atividades da Comissão IDH²⁷⁸.

Ao longo dos anos, a Comissão tem monitorado a situação das pessoas no contexto da mobilidade humana por meio de visitas a países, elaboração de estudos temáticos e relatórios de países, solicitação de informações e realização de audiências e reuniões. Para garantir o reconhecimento das pessoas no contexto da mobilidade humana como sujeitos de direitos e seu efetivo gozo, a CIDH também concentrou parte de suas ações para assegurar que as vítimas de violações de direitos humanos possam ter acesso igualitário à justiça internacional por meio dos mecanismos de casos individuais e medidas cautelares previstos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A CIDH também promoveu o desenvolvimento de jurisprudência e pareceres consultivos em relação aos direitos dessas pessoas.

Em 1996, em resposta à grave situação que as pessoas deslocadas internamente e os trabalhadores migrantes e suas famílias estavam enfrentando em vários países do continente, a Comissão decidiu criar a *Relatoria sobre Pessoas Deslocadas Internamente* e a *Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias*. Embora a criação desses relatores tenha ajudado a dar maior atenção aos direitos humanos dos migrantes e de suas famílias, bem como das pessoas deslocadas internamente, a proteção e a promoção dos direitos humanos de outros grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade no contexto da mobilidade humana não é novidade na agenda da Comissão. O foco em outros grupos vulneráveis no contexto da mobilidade humana foi resultado da migração de centenas de milhares de pessoas que foram

²⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. 2023. Disponível em: <<https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/mandate/what.asp>>. Acesso aos 10.07.2023.

forçadas a fugir ou deixar seus lares em consequência de ditaduras e conflitos armados ocorridos na região durante o século XX.

Em 2012, a fim de responder aos múltiplos desafios da mobilidade humana na região, desde a migração internacional e interna até a migração forçada e voluntária, a Comissão decidiu alterar o mandato da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, renomeando-a como Relatoria sobre os Direitos dos Migrantes. O novo mandato se concentra no respeito e na garantia dos direitos dos migrantes e de suas famílias, dos solicitantes de asilo, dos refugiados, dos apátridas, das vítimas de tráfico humano, dos deslocados internos e de outros grupos vulneráveis de pessoas no contexto da mobilidade humana.

Com efeito, também no ano de 2014, a pedido de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu um parecer sobre o padrão protetivo mínimo das crianças refugiadas nos Estados de origem, de trânsito e nos de destino. Foi asseverada, nesta oportunidade, que não obstante os Estados possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos pelas mesmas devem respeitar os direitos humanos das pessoas migrantes, ainda mais quando se trate de crianças, onde deve prevalecer inelutavelmente a proteção integral de seus direitos. Também foi consignado o princípio da não-devolução *non-refoulement*, conceituando-o como um princípio que permite dotar de eficácia o direito de buscar e receber asilo, mas também como um direito autônomo estabelecido na Convenção e uma obrigação derivada da proibição da tortura e outras normas de direitos humanos e, em particular, da proteção da infância.

O tema do direito migratório se entrelaça igualmente com o direito fundamental de locomoção, ou seja, com o direito constitucional de ir, vir e permanecer, constituindo-se numa figura central na contextura das liberdades humanas fundamentais, de tal modo que é objeto de asseguaração desde a fase inaugural do constitucionalismo²⁷⁹. Neste ponto, remanesce expresso na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), designadamente em seu art. 26, que o Estado membro dará aos refugiados que se encontrem em seu território o direito de nele escolher o local de sua residência e de nele circular, livremente, com as reservas instituídas pela regulamentação aplicável aos estrangeiros em geral nas mesmas circunstâncias.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie: Liberdade de Locomoção, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 245.

1.3.3 O princípio da não-devolução (*non-refoulement*)

A ideia fulcral de que um Estado não deve obstaculizar, ou melhor: devolver *compulsoriamente* pessoas a outros Estados, ou simplesmente impedir a entrada de migrantes em território nacional, de maneira arbitrária e incondicionada, é, a rigor, muito recente na contextura do Direito Internacional Público. Num passado não muito remoto, eram comuns acordos formais entre Estados para a entrega recíproca dos assim chamados subversivos, dissidentes político e dos cognominados “traidores da pátria”, avalizando em caráter geral a perseguição estatal por motivos políticos, ou mesmo por meros interesses internos econômicos ou sociais. Este panorama pernicioso só foi alterado na primeira metade do século XIX, quando o conceito de *refúgio* e o princípio da *não extradição*, ou melhor: não devolução de perseguidos políticos, começaram a se concretizar normativamente, no sentido de uma proteção que o Estado poderia, e até deveria, conceder em caráter imperativo²⁸⁰.

Nesse contexto histórico, esse princípio de *não-extradição* refletia um sentimento popular de que aqueles que fugiam do seu próprio país e, muitas vezes, de governos despóticos, mereciam proteção jurídica potencializada em face da situação de extrema vulnerabilidade, e que dialoga inclusive com a noção de direitos fundamentais de defesa - *Abwehrrechte*. O princípio do *non-refoulement* se baseia no convencimento da comunidade internacional de Estados de que nenhuma *pessoa* deve ser devolvida para um Estado onde haja uma ameaça de violação a seus direitos humanos fundamentais, e que resulta dos princípios elementares da humanidade no Direito internacional público e um dever correlativo de proteção da dignidade humana (art. 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça)²⁸¹. O início do século XX foi marcado indelevelmente por ondas de deslocamentos em massa, dimanantes de massacres encarniçados contra minorias judias e cristãs na Rússia e no Império Otomano, bem como por convulsões políticas na América do Sul e na Europa. Porém, apenas após a Primeira Conflagração Mundial (1914-1918), a prática internacional começou a aceitar a noção de *não retorno*, i.e., de um direito humano na esfera internacional do indivíduo de não ser devolvido compulsoriamente ao Estado de origem por *questões humanitárias*²⁸².

²⁸⁰ Cf., por todos, RAMOS, André de Carvalho. *Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Expressa, 2021. p. 12.

²⁸¹ HOFMANN, Bianca. Grundlagen und Auswirkungen des Völkerrechtlichen Refoulement-Verbots, in: *Studien zu Grund- und Menschenrechten*, Heft 3, 1999.

²⁸² Cf., *par excellence*, De PAULA, Bruna Vieira. O Princípio do *Non-Refoulement*, sua Natureza *Jus Cogens* e a Proteção Internacional dos Refugiados. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf>>. Acesso aos 12.09.2023.

Ab initio, mais precisamente no ano de 1928, foi adotado o *Ajuste Relativo ao Estatuto Jurídico dos Refugiados Russos e Armênios*, cujo artigo 7º pode ser considerado iniludivelmente um embrião do princípio internacional do *non-refoulement* em instrumentos jurídicos internacionais, cuja previsão já havia sido objeto de recomendações da Assembleia Geral da vetusta Liga das Nações (1919). Em 1933, foi adotada a *Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados*, a primeira convenção internacional a estabelecer o princípio do *non-refoulement*, mais precisamente no seu artigo 3º²⁸³.

Além disso, no ano de 1936, foi adotado o *Ajuste Provisório Relativo ao Estatuto dos Refugiados Provenientes da Alemanha* e, em 1938, *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados Provenientes da Alemanha*, ambos contendo limitações à extradição e ao retorno compulsório (*non-refoulement*). Dessarte, durante o período entre guerras, a necessidade de princípios de proteção jurídica para os refugiados começou a emergir gradualmente. Contudo, as ramificações limitadas dos instrumentos existentes, que, em sua grande maioria, se referiam a grupos específicos de refugiados, acabaram impedindo a consolidação de um princípio do *non-refoulement* formal e de amplo alcance em matéria de direitos humanos.

Dessa forma, as palavras “*em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada*”, presentes na definição do *non-refoulement* estabelecida pelo at. 33 da Convenção de 1951 – CNUER –, são interpretadas a fim de abranger circunstâncias que a pessoa que busca proteção (a) tem um temor fundado de ser perseguida ou (b) corre um perigo real de ser submetida à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Uma interpretação mais abrangente do princípio do *non-refoulement* também se justifica em outras situações análogas, como de violação generalizada de direitos humanos.

A Assembleia Geral das Nações Unidas estendeu a competência do ACNUR, nos últimos cinquenta anos, a fim de incluir pessoas que fogem de situações de violência mais generalizada que ameaçam a vida e a liberdade e que, nem sempre, são geradas por perseguição, como os conflitos armados. Além disso, outros instrumentos internacionais adotados após a Convenção de 1951 estabelecem abordagens como essa ou levam em consideração ameaças a vida, integridade física ou liberdade de uma forma mais abrangente e genérica. Destarte, essas outras situações em que o princípio do *non-refoulement* é relevante também devem ser

²⁸³ A Convenção Relativa ao Estatuto Internacional, de 28 de outubro de 1933, era um instrumento jurídico da Liga das Nações, e se ocupava de regular as deportações, as emissões dos certificados *Nansen* e dos refugiados através da institucionalização de comitês específicos. Ela foi a precursora da atual Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CNUER), vinculada à ONU. Cf., JAEGER, Gilbert. On The History of The International Protection of Refugees, in: *International Review of The Red Cross*, n. 83 (843), pp. 727-737.

consideradas. Independente de diferenças na formulação, o caráter e o objeto do princípio do *non-refoulement*, em um contexto de direitos humanos e de refugiados, é rigorosamente o mesmo.

Tal princípio, também chamado de *não-rechaço*, consiste essencialmente na vedação estrita da devolução compulsória do refugiado ou solicitante de refúgio – *refugee seeker* – para o Estado do qual tenha o *fundado* temor de ser alvo de perseguição odiosa e ilegítima. Esse princípio jurídico e *ético* encontra-se inserido expressamente no artigo 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, bem como em diversos outros diplomas internacionais, já ratificados pelo Brasil. Em fato, o artigo 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que “*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 em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas*”.

Cumpra, nesse momento, explicitar a aplicabilidade desse princípio. Em primeiro lugar, cabe aos agentes estatais e seus delegatários nas zonas de fronteira impedir o *refoulement*, i.e., a devolução ou o rechaço do estrangeiro solicitante de refúgio, ainda que não haja expressamente tal solicitação, mas que, pelo contexto, se depreenda razoavelmente de que se trata de situação de refúgio. Mesmo que o solicitante ingresse no país *ilegalmente*, não cabe a deportação imediata, porquanto o artigo 31 da Convenção de 1951 impede a aplicação de qualquer penalidade derivada da entrada irregular – *não-criminalização do migrante*. O artigo 8º da Lei n. 9.474/97, dentre nós, também é expresso em estabelecer que o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

O caso *Tapia Paez vs. Suécia* é deveras emblemático. Este *decisum* envolveu um nacional peruano membro ativo do grupo militante Sendero Luminoso, que foi excluído da concessão de refúgio pelas autoridades suecas sob o art. 1º, “f” da Convenção para os Refugiados de 1951, uma vez que ele havia sido armado e se engajado em crimes durante as suas atividades políticas no Peru. Contudo, o Comitê considerou que devido às suas atividades militantes no país de origem, o Sr. *Tapia Paez* estava sob a proteção do art. 3º da Convenção contra a Tortura, por haver motivos substanciais para acreditar que ele seria torturado se retornasse ao Peru. Ao chegar a essa conclusão, o Comitê afirmou que “*the nature of the*

activities in which the person concerned engaged cannot be a material consideration when making a determination under article 3° of the Convention”²⁸⁴.

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), criado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 14 de dezembro de 1950, entende-se como refugiado àquelas pessoas que estão fora de seu país natal devido a fundados temores de perseguição, relacionados a conflitos armados, questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, como também devido a violação generalizada de direitos humanos.

Essa conceituação é importante pois muitas vezes a situação de refúgio se confunde com as de migrações. Contudo, essas duas situações não se confundem, visto que as circunstâncias motivacionais são distintas. Enquanto os refugiados precisam de ajuda por motivos de guerra ou perseguição em seus países de origem, os migrantes geralmente saem de seu país de origem por vontade própria, em busca de melhores condições de vida.

Por isso, o Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas de 1951 e seu Protocolo de 1967 determinam que o “*status*” de refugiado deverá ser concedido àquelas pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temor de perseguição, relacionado a conflitos armados, questões de raça, religião, nacionalidade, grupos sociais ou opinião política, ou, ainda, devido à violação generalizada de direitos humanos (ACNUR, 1951).

No intuito de fortalecer a tutela dos refugiados foi criado o chamado “*Princípio do Non-Refoulement*”, como indicado supra. Esse princípio do direito internacional público exsurge no período posterior à Segunda Guerra Mundial, configurando-se como princípio básico e pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados, consagrado expressamente no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Mostra-se como princípio básico e pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados, e contém na sua essência, a concepção de que o Estado não deve obrigar uma pessoa a retornar a um território onde possa estar exposta à perseguição. Essa obrigação estabelecida pelo princípio possui qualificação de norma peremptória de direito internacional, ou seja, é uma norma *jus cogens*.

Destaca-se que os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 estabelece a qualificação *jus cogens* das normas, razão pela qual o Princípio do *Non-Refoulement* não se restringe apenas às violações de tratados, visto que possui aplicação geral. Desse modo, a Comissão Nacional para os Refugiados, bem como todas as demais instituições

²⁸⁴ Tradução livre: “a natureza das atividades nas quais a pessoa em questão se envolveu não pode ser uma consideração material ao fazer uma determinação nos termos do artigo 3° da Convenção”.

protetoras dos direitos ao refúgio, à luz do princípio do *non-refoulement*, deve assegurar os direitos ao refugiado, ainda que este ainda não tenha solicitado o reconhecimento do status de refugiados.

Outrossim, é necessário observar todas as normativas universais de proteção aos fluxos de refugiados, bem como àquelas elaboradas em âmbito regional e doméstico, com intuito de garantir a intangibilidade dos princípios basilares, no asseguramento de uma mobilidade humana segura e legal no que tange os refugiados.

Em termos de definição jurídico-dogmática do princípio do *non-refoulement*, malgrado sua configuração na contextura do direito estrangeiro e internacional forjado a partir da sedimentação do costume, o princípio da não-devolução, ou *non-refoulement*, pode ser conceituado juridicamente como:

“um instrumento próprio do Direito Internacional Público que vincula os Estados, os sujeitos e as Organizações Internacionais a acolherem, de forma adequada e digna, migrantes e apátridas, mesmo que indocumentados, nos territórios de destino ou de transição, ainda que em área marítima ou internacional, oportunizando-os juridicamente o acesso às instâncias administrativas e judiciais para a análise, a posteriori, da sua condição jurídica de migrante refugiado, como autêntica norma imperativa de direito internacional geral”.

1.3.4 A Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes (2016)

O ano de 2016 pode ser caracterizado como um marco disruptivo para o Direito Internacional Migratório defronte a benfazeja Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes (doravante DNYRM²⁸⁵), promulgada em 19 de setembro daquele ano pela Assembleia Geral da Nações Unidas. O âmago da DNYRM radica na proteção integral dos migrantes, dentre os quais também os refugiados, no sentido de equiparar, tanto quanto possível, o *status* jurídico do estrangeiro e do apátrida, ainda que indocumentado, nas jurisdições dos países signatários.

A *ratio essendi* da Declaração da ONU radica na constatação, impressa no introito do documento, de uma mobilidade humana jamais vista dantes, porquanto, no ano de 2015, um

²⁸⁵ Todos os países membros da ONU (193 Estados) assinaram a DNYRM, incluindo o Brasil e a Alemanha.

contingente inaudito de pessoas vivia em países distintos do seu lugar de nascimento. Os migrantes estavam presentes em todos os países do mundo. A maioria deles se movem sem quaisquer incidentes. Em 2015, o número de migrantes no mundo ultrapassou a cifra de 244 milhões, crescendo num patamar mais elevado que o crescimento populacional geral. Entretanto, já havia 65 milhões de pessoas forçadamente deslocadas, 21 milhões de refugiados, 3 milhões de solicitantes de asilo e mais de 40 milhões de deslocados internos.

Numa ambiência inextricável com a elaboração da assim designada Agenda 2030 da ONU, a DNYRM intenta, dentre outras questões, a configuração jurídica de uma *cidadania global*, independente do *status*, seja migrante voluntário, seja refugiado em situação de vulnerabilidade. Sem embargo, a própria DNYRM afirma *ad litteram*: “*we reaffirm and will fully protect the human rights of all refugees and migrants, regardless of status; all are rights holders*”.

Consoante os dados estatísticos abaixo indicados, extraídos do último relatório da Organização Internacional para Migração (doravante IOM), os índices atuais (2022) dos fluxos migratórios no mundo recrudesceram significativamente, pondo em xeque as políticas segregadas dos Estados defronte um problema global e intersectorial. Atualmente, o número estimado de migrantes internacionais é de 281 milhões, aproximadamente 3,6% da população mundial. Destes, 48% são mulheres e 14,6%, crianças. Há mister de enfatizar, contudo, que grande parte do contingente migratório é formado por *trabalhadores migrantes*, i.e., pessoas que saem de seu país de origem para buscar novas oportunidades de emprego e trabalho, com o escopo primacial de melhoria das condições econômicas e materiais de vida. *Ipsa facto*, constata-se que há hoje um número de 169 milhões de migrantes laborais, cuja atividade laboral nos países de destino geraram, apenas no ano de 2022, USD 702 bilhões em receitas financeiras que foram enviadas aos países de origem. Alfim, de se realçar que hodiernamente o número de refugiados no mundo é de 26,4 milhões de pessoas, enquanto o contingente de deslocados internos chega a 55 milhões (Tabela abaixo)²⁸⁶.

²⁸⁶MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 10.

	2000	2022
Estimated number of international migrants	173 million	281 million
Estimated proportion of world population who are migrants	2.8%	3.6%
Estimated proportion of female international migrants	49.4%	48.0%
Estimated proportion of international migrants who are children	16.0%	14.6%
Region with the highest proportion of international migrants	Oceania	Oceania
Country with the highest proportion of international migrants	United Arab Emirates	United Arab Emirates
Number of migrant workers	–	169 million
Global international remittances (USD)	128 billion	702 billion
Number of refugees	14 million	26.4 million
Number of internally displaced persons	21 million	55 million

Como sói ocorrer com a maioria das Declarações de Direitos Humanos na órbita normativa internacional, inclusive com a DUDH, a aplicação e eficácia concreta das normas de proteção demandam um certo tempo de maturação e apreensão jurídica e política dos Estados signatários, máxime quando, como é o caso, se trate de declarações enunciativas próprias do que se designa como *Soft Law*. Vale deveras enfatizar que a DNYRM se centrou na elisão *in totum* da xenofobia e do racismo concernentes aos migrantes e refugiados, mediante políticas preventivas tendentes a aluir um arquétipo estereotipado e “demonizado” de refugiado, arraigado na discriminação e na intolerância de todo jaez. A própria DNYRM expressa, nos parágrafos 13 e 14, o recrudescimento acerbamente verificado da xenofobia e do racismo, bem como, por um lado positivo, a significativa contribuição no processo de aculturação de diversos povos, sobretudo para a coesão social, *ipsis litteris*:

“All human beings are born free and equal in dignity and rights. Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. We recall that our obligations under international law prohibit discrimination of any kind on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Yet in many parts of the world we are witnessing, with great concern, increasingly **xenophobic and racist** responses to refugees and migrants.

We strongly condemn acts and manifestations of **racism, racial discrimination, xenophobia and**

related intolerance against refugees and migrants, and the stereotypes often applied to them, including on the basis of religion or belief. **Diversity enriches every society and contributes to social cohesion.** Demonizing refugees or migrants offends profoundly against the values of dignity and equality for every human being, to which we have committed ourselves. Gathered today at the United Nations, the birthplace and custodian of these universal values, we deplore all manifestations of xenophobia, racial discrimination and intolerance. We will take a range of steps to counter such attitudes and behaviour, in particular with regard to hate crimes, hate speech and racial violence. **We welcome the global campaign proposed by the Secretary-General to counter xenophobia and we will implement it in cooperation with the United Nations and all relevant stakeholders, in accordance with international law.** The campaign will emphasize, inter alia, direct personal contact between host communities and refugees and migrants and will highlight the positive contributions made by the latter, as well as our common humanity”²⁸⁷. (grifo nosso).

²⁸⁷ Tradução livre do inglês: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos têm o direito de serem reconhecidos em todos os lugares como pessoas perante a lei. Lembramos que nossas obrigações de acordo com o direito internacional proíbem qualquer tipo de discriminação com base em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outra condição. No entanto, em muitas partes do mundo, estamos testemunhando, com grande preocupação, respostas cada vez mais xenofobas e racistas aos refugiados e migrantes. Condenamos veementemente os atos e as manifestações de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata contra refugiados e migrantes, bem como os estereótipos frequentemente aplicados a eles, inclusive com base em religião ou crença. A diversidade enriquece toda sociedade e contribui para a coesão social. A demonização de refugiados ou migrantes ofende profundamente os valores de dignidade e igualdade para todos os seres humanos, com os quais nos comprometemos. Reunidos hoje nas Nações Unidas, local de nascimento e guardião desses valores universais, deploramos todas as manifestações de xenofobia, discriminação racial e intolerância. Tomaremos uma série de medidas para combater tais atitudes e comportamentos, especialmente com relação a crimes de ódio, discurso de ódio e violência racial. Saudamos a campanha global proposta pelo Secretário-Geral para combater a xenofobia e a implementaremos em cooperação com as Nações Unidas e todas as partes interessadas relevantes, de acordo com o direito internacional. A campanha enfatizará, entre outras coisas, o contato pessoal direto entre as comunidades anfitriãs e os refugiados e migrantes, e destacará as contribuições positivas feitas por esses últimos, bem como nossa humanidade comum”.

1.3.4.1 *O Pacto Global para Migração (GCM)*

O benfazejo *Pacto Global para Migração* (doravante GCM) é o primeiro acordo conjuntamente elaborado por um número significativo de Estados, capitaneado sob os auspícios das Nações Unidas (ONU), para conglobar todas as dimensões e facetas da migração internacional de forma holística e transversal. Hodiernamente, há 281 milhões de migrantes internacionais em termos globais morando fora de seu país de origem. Muito provavelmente, este contingente aumentará por vários motivos, como, por exemplo, em virtude do crescimento populacional, do aumento da conectividade (on-line), do comércio e da atividade econômica em geral, da crescente desigualdade social e econômica, dos desequilíbrios demográficos e, não menos importante, das mudanças climáticas.

Consoante as diretivas normativas da GCM, o processo migratório oferece deveras ingentes oportunidades, chances e benefícios concretos para os migrantes, para as comunidades de destino e, inclusive, para as comunidades de origem. Nada obstante, quando o processo migratório não obtém regulamentação consentânea aos *standards* protetivos dos direitos humanos, pode exsurgir desafios significativos e de difícil superação. Esses reptos incluem, *inter alia*, a sobrecarga das infraestruturas sociais, em especial em termos de acesso a serviços básicos de saúde, transporte e moradia, com a chegada abrupta e inesperada de um grande contingente de pessoas e a morte de migrantes em viagens arriscadas. Em setembro de 2016, a Assembleia Geral da ONU decidiu, na esteira da adoção da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, desenvolver um *pacto global* para uma migração segura, ordenada e regular.

O processo para desenvolver esse pacto global começou em abril de 2017. As páginas desta seção detalham 18 meses de consulta e negociação e fornecem a documentação relevante para cada um dos eventos. Em 13 de julho de 2018, os Estados Membros da ONU finalizaram o texto do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (Texto disponível em todos os idiomas oficiais).

A Conferência Intergovernamental para a Adoção do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular será realizada de 10 a 11 de dezembro em Marrakech, Marrocos.

O Pacto Global para Migração é o primeiro acordo global da ONU sobre uma abordagem comum à migração internacional em todas as suas dimensões. O pacto global não é juridicamente vinculativo. Ele se baseia em valores de soberania do Estado, compartilhamento de responsabilidades, não discriminação e direitos humanos, e reconhece que é necessária uma abordagem cooperativa para otimizar os benefícios gerais da migração e, ao mesmo tempo,

enfrentar seus riscos e desafios para indivíduos e comunidades em países de origem, trânsito e destino

O pacto global inclui 23 objetivos para gerenciar melhor a migração em nível local, nacional, regional e global. O pacto: visa mitigar os fatores adversos e estruturais que impedem as pessoas de construir e manter meios de subsistência sustentáveis em seus países de origem; pretende reduzir os riscos e as vulnerabilidades que os migrantes enfrentam em diferentes estágios da migração, respeitando, protegendo e cumprindo seus direitos humanos e oferecendo-lhes cuidados e assistência; procura abordar as preocupações legítimas dos Estados e das comunidades, reconhecendo que as sociedades estão passando por mudanças demográficas, econômicas, sociais e ambientais em diferentes escalas que podem ter implicações e resultar da migração; esforça-se para criar condições favoráveis que permitam a todos os migrantes enriquecer nossas sociedades por meio de suas capacidades humanas, econômicas e sociais e, assim, facilitar suas contribuições para o desenvolvimento sustentável nos níveis local, nacional, regional e global. A lista dos 23 objetivos pode ser encontrada no parágrafo 16 do GCM.

(a) People-centred. The Global Compact carries a strong human dimension, inherent to the migration experience itself. It promotes the well-being of migrants and the members of communities in countries of origin, transit and destination. As a result, the Global Compact places individuals at its core; (b) International cooperation. The Global Compact is a non-legally binding cooperative framework that recognizes that no State can address migration on its own because of the inherently transnational nature of the phenomenon. It requires international, regional and bilateral cooperation and dialogue. Its authority rests on its consensual nature, credibility, collective ownership, joint implementation, follow-up and review; (c) National sovereignty. The Global Compact reaffirms the sovereign right of States to determine their national migration policy and their prerogative to govern migration within their jurisdiction, in conformity with international law. Within their sovereign jurisdiction, States may distinguish between regular and irregular migration status, including as they determine their legislative and policy measures for the implementation of the Global Compact, taking into account different national realities, policies, priorities and requirements for entry, residence and work, in accordance with

international law; (d) Rule of law and due process. The Global Compact recognizes that respect for the rule of law, due process and access to justice are fundamental to all aspects of migration governance. This means that the State, public and private institutions and entities, as well as persons themselves, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and are consistent with international law; (e) Sustainable development. The Global Compact is rooted in the 2030 Agenda for Sustainable Development, and builds upon its recognition that migration is a multidimensional reality of major relevance for the sustainable development of countries of origin, transit and destination, which requires coherent and comprehensive responses. Migration contributes to positive development outcomes and to realizing the goals of the 2030 Agenda for Sustainable Development, especially when it is properly managed. The Global Compact aims to leverage the potential of migration for the achievement of all Sustainable Development Goals, as well as the impact this achievement will have on migration in the future; (f) Human rights. The Global Compact is based on international human rights law and upholds the principles of non-regression and non-discrimination. By implementing the Global Compact, we ensure effective respect for and protection and fulfilment of the human rights of all migrants, regardless of their migration status, across all stages of the migration cycle. We also reaffirm the commitment to eliminate all forms of discrimination, including racism, xenophobia and intolerance, against migrants and their families; (g) Gender-responsive. The Global Compact ensures that the human rights of women, men, girls and boys are respected at all stages of migration, that their specific needs are properly understood and addressed and that they are empowered as agents of change. It mainstreams a gender perspective and promotes gender equality and the empowerment of all women and girls, recognizing their independence, agency and leadership in order to move away from addressing migrant women primarily through a lens of victimhood; (h) Child-sensitive. The Global Compact promotes existing international legal obligations in relation to the rights of the child, and upholds the principle of the best interests of the child at all times, as a

primary consideration in all situations concerning children in the context of international migration, including unaccompanied and separated children; (i) Whole-of-government approach. The Global Compact considers that migration is a multidimensional reality that cannot be addressed by one government policy sector alone. To develop and implement effective migration policies and practices, a whole-of-government approach is needed to ensure horizontal and vertical policy coherence across all sectors and levels of government; (j) Whole-of-society approach. The Global Compact promotes broad multistakeholder partnerships to address migration in all its dimensions by including migrants, diasporas, local communities, civil society, academia, the private sector, parliamentarians, trade unions, national human rights institutions, the media and other relevant stakeholders in migration governance²⁸⁸.

²⁸⁸ Tradução livre do inglês: “a) Centrado nas pessoas. O Pacto Global tem uma forte dimensão humana, inerente à própria experiência de migração. Ele promove o bem-estar dos migrantes e dos membros das comunidades nos países de origem, trânsito e destino. Como resultado, o Pacto Global coloca os indivíduos em seu centro; b) Cooperação internacional. O Pacto Global é uma estrutura de cooperação sem vínculo legal que reconhece que nenhum Estado pode lidar com a migração sozinho devido à natureza inerentemente transnacional do fenômeno. Ele exige cooperação e diálogo internacional, regional e bilateral. Sua autoridade se baseia em sua natureza consensual, credibilidade, propriedade coletiva, implementação conjunta, acompanhamento e revisão; c) Soberania nacional. O Pacto Global reafirma o direito soberano dos Estados de determinar sua política nacional de migração e sua prerrogativa de governar a migração dentro de sua jurisdição, em conformidade com o direito internacional. Dentro de sua jurisdição soberana, os Estados podem distinguir entre *status* de migração regular e irregular, inclusive quando determinam suas medidas legislativas e políticas para a implementação do Pacto Global, levando em consideração as diferentes realidades, políticas, prioridades e requisitos nacionais para entrada, residência e trabalho, de acordo com o direito internacional; d) Estado de direito e devido processo legal. O Pacto Global reconhece que o respeito ao estado de direito, o devido processo legal e o acesso à justiça são fundamentais para todos os aspectos da governança da migração. Isso significa que o Estado, as instituições e entidades públicas e privadas, bem como as próprias pessoas, são responsáveis por leis que são promulgadas publicamente, aplicadas de forma igualitária e julgadas de forma independente, e que são consistentes com o direito internacional; e) Desenvolvimento sustentável. O Pacto Global está enraizado na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e se baseia em seu reconhecimento de que a migração é uma realidade multidimensional de grande relevância para o desenvolvimento sustentável dos países de origem, trânsito e destino, o que exige respostas coerentes e abrangentes. A migração contribui para resultados positivos de desenvolvimento e para a realização das metas da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, especialmente quando é gerenciada adequadamente. O Pacto Global tem como objetivo alavancar o potencial da migração para a realização de todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, bem como o impacto que essa realização terá sobre a migração no futuro; f) Direitos humanos. O Pacto Global baseia-se na legislação internacional de direitos humanos e defende os princípios de não regressão e não discriminação. Ao implementar o Pacto Global, garantimos o respeito efetivo, a proteção e o cumprimento dos direitos humanos de todos os migrantes, independentemente de sua situação migratória, em todos os estágios do ciclo migratório. Também reafirmamos o compromisso de eliminar todas as formas de discriminação, inclusive o racismo, a xenofobia e a intolerância, contra os migrantes

1.3.4.2 O Fechamento de Fronteiras Nacionais em Razão da Pandemia (COVID-19)

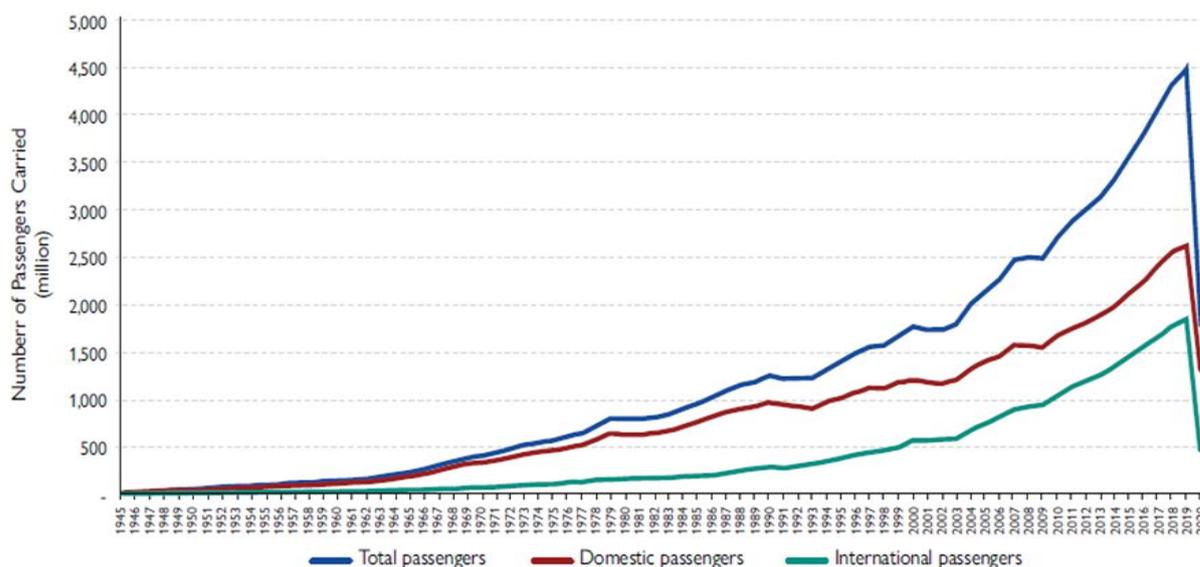
A eclosão da pandemia da COVID-19, doença, mundialmente disseminada, oriunda do coronavírus, ainda no início de 2020, alterou substancialmente, e de modo abrupto, a estrutura das relações sociais e econômicas, o que se deu nos mais diversos domínios, como é o caso da restrição de liberdades fundamentais, máxime de locomoção, do mundo do trabalho, da atividade econômica em geral, sistemas de saúde, público e privado, educação, orçamento público, dentre outros. Assim como se deu em outros Países, o Poder Judiciário brasileiro (sobretudo o STF) foi afetado diretamente por essa nova realidade, especialmente pelo incremento substantivo de demandas judiciais envolvendo, direta ou indiretamente, o tema da saúde. A isso, basta um breve olhar para o painel de monitoramento apenas dos processos que tramitaram no STF envolvendo a COVID-19, que totaliza até o momento 10.896 processos e 14.865 decisões²⁸⁹.

Adstrito a esta dimensão do direito à saúde, pública e privada, houve um impacto ingente na liberdade de locomoção, dentro e fora das fronteiras nacional, em escala global, seja por meio terrestre, marítimo e aéreo. Os países de todos os continentes adotaram um espectro amplo e diversificado de medidas profiláticas e repressivas para a contenção, imediata e a longo prazo, da disseminação do vírus, escudados primacialmente pelas diretrizes da Organização Mundial da Saúde (doravante OMS). À maneira de contextualização, o gráfico infra, malgrado cingido à locomoção aérea, certifica, em termos estatísticos, a redução abrupta e colossal das viagens

e suas famílias; g) Sensível ao gênero. O Pacto Global garante que os direitos humanos de mulheres, homens, meninas e meninos sejam respeitados em todos os estágios da migração, que suas necessidades específicas sejam devidamente compreendidas e atendidas e que eles sejam capacitados como agentes de mudança. O Pacto Global tem como base uma perspectiva de gênero e promove a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, reconhecendo sua independência, agência e liderança, a fim de evitar que as mulheres migrantes sejam abordadas principalmente pela ótica da vitimização; h) Sensível às crianças. O Pacto Global promove as obrigações legais internacionais existentes em relação aos direitos da criança e defende o princípio do melhor interesse da criança em todos os momentos, como uma consideração primária em todas as situações relativas a crianças no contexto da migração internacional, inclusive crianças desacompanhadas e separadas; i) Abordagem de todo o governo. O Pacto Global considera que a migração é uma realidade multidimensional que não pode ser tratada por apenas um setor de políticas governamentais. Para desenvolver e implementar políticas e práticas de migração eficazes, é necessária uma abordagem de todo o governo para garantir a coerência horizontal e vertical das políticas em todos os setores e níveis de governo; j) Abordagem de toda a sociedade. O Pacto Global promove amplas parcerias multissetoriais para abordar a migração em todas as suas dimensões, incluindo migrantes, diásporas, comunidades locais, sociedade civil, academia, setor privado, parlamentares, sindicatos, instituições nacionais de direitos humanos, a mídia e outras partes interessadas relevantes na governança da migração”.

²⁸⁹ https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em 16.01.2023.

de avião, comparativamente aos anos predecessores²⁹⁰. Tão-somente no ano 2020, de quase 2 bilhões de passageiros em voos internacionais, o índice diminuiu crassamente para menos de 500 milhões.



Source: ICAO, 2021.

Conquanto a decisão política e jurídica de fechamento das fronteiras nacionais esteja jungida a aspectos complexos e de interesses monolíticos de cada Estado individualmente considerado, inclusive interesses de jaez econômico, a questão fulcral política e filosófica que se antepõe é a de se saber, na esteira da perspicácia do jusfilósofo tedesco, *Ernst Tugendhat*, recentemente falecido em Freiburg, se os Estados teriam o direito de se “encapsularem” se estamos falando de direitos humanos universais, como o direito à livre circulação, dentro de um contexto de interdependência econômica global²⁹¹.

Provisoriamente, excogitou-se o fechamento completo das fronteiras nacionais entre os países, à maneira de conter a disseminação do vírus da COVID-19, bem como, igualmente, solver ou, pelo menos, minimizar a crise global migratória. No Brasil, v.g., no bojo da Ação Cível Originária (ACO) n. 3121, min. rel. Rosa Weber, julgada pelo Tribunal pleno do STF aos 13.10.2020, o Estado de Roraima formulou pedido para o fechamento das fronteiras com a

²⁹⁰ Cf., MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 160.

²⁹¹ Cf., TUGENDHAT, Ernst. Die Kontroverse um die Menschenrechte, in: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. STW: Frankfurt am Main, 1998. p. 60.

Venezuela em face do massivo fluxo migratório de venezuelanos, que estaria inviabilizando os serviços públicos da região, em termos logísticos e orçamentários.

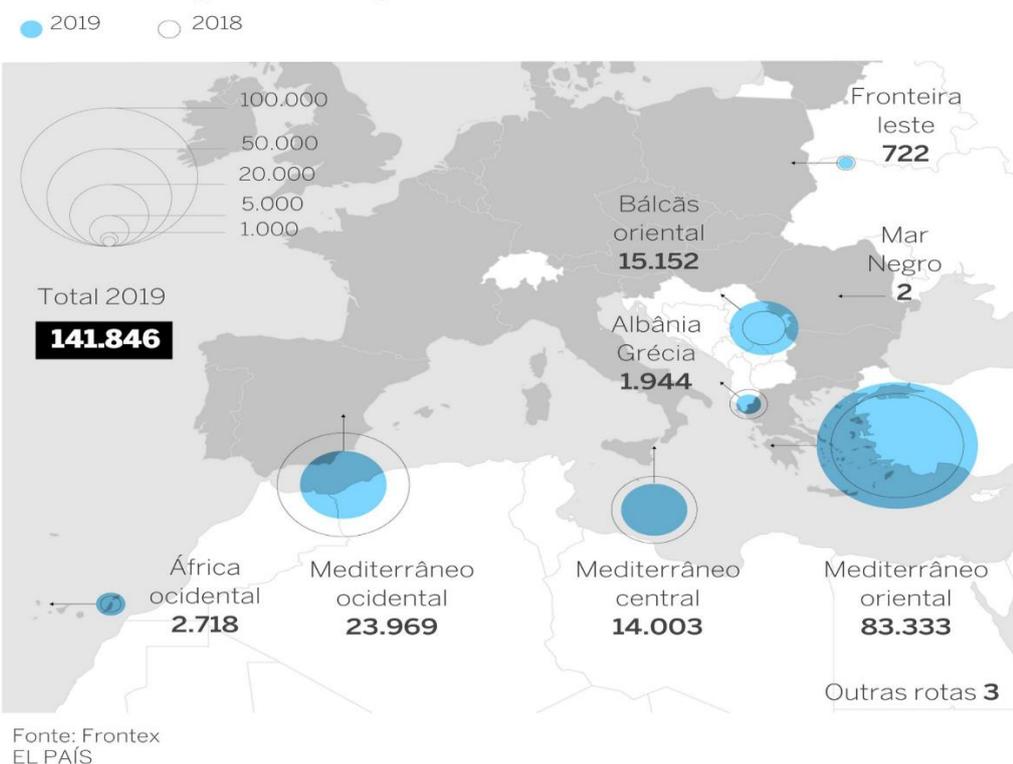
O STF rejeitou o pedido de fechamento temporário das fronteiras entre o Brasil e a Venezuela, em virtude da violação flagrante aos patamares mínimos protetivos dos direitos humanos, previstos na legislação nacional migratória, na Constituição brasileira e nos Tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, incluindo o Acordo bilateral entre Brasil e Venezuela para a cooperação sanitária fronteiriça. De acordo com trecho extraído do voto da Relatora, “no marco do Estado democrático de direito, as opções disponíveis à solução de crises restringem-se àquelas compatíveis com os padrões constitucionais e internacionais de garantia da prevalência dos direitos humanos fundamentais. Pretensão que contraria o disposto nos arts. 4º, II e IX, e 5º, LIV, da Constituição da República, no art. 45, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017 e no artigo XVIII do Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela”.

Na Alemanha, outrossim, a política migratória, malgrado controversa, tem sido de acolhimento e abertura, máxime para os refugiados. Não houve, até o momento, uma política avessa de fechamento das fronteiras, ou mesmo de restrição a limites mais angustos das linhas divisórias fronteiriças entre os países vizinhos. Para os professores da Universidade de Munique (LMU), Ulrich Becker e Jens Kersten, o fechamento das fronteiras deve ser *de pronto* descartado, *in verbis*:

“Um fechamento das fronteiras da Alemanha não deve ser levado em consideração nem em termos fáticos nem jurídicos, caso entendamos com isso um completo isolamento. Pelo contrário, nos tempos atuais torna-se imperioso a reafirmação da validade do art. 1, I, do Código Fronteiriço de Schengen (VO [EG] nº 562/2006): não deve haver nenhum controle de fronteiras concernentes a pessoas que cruzem as fronteiras internas dos Estados-membros da União Europeia. No entanto, isso só dará certo se as fronteiras externas do espaço *Schengen* forem protegidas”²⁹².

²⁹² BECKER, Ulrich; KERSTEN, Jens. Democracia como Forma Otimista de Estado – 10 Perguntas sobre a Crise dos Refugiados, in: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, vol. 48, n. 151, dezembro, 2021. p. 401.

Entrada irregular de imigrantes na UE



A problemática envolvendo o fechamento das fronteiras na Europa encontra seu maior obstáculo no assim chamado Acordo de Schengen (doravante AdS). A criação do designado *Espaço Schengen* começou em 1985²⁹³, quando cinco países assinaram o Acordo de Schengen, que determinou a supressão gradual dos controles nas fronteiras comuns. Destarte, para além dos benefícios de controle fronteiriços dimanantes da União Europeia (EU), o espaço Schengen concede ao cidadão europeu ampla e quase irrestrita liberdade de locomoção no velho continente, máxime no que tange ao controle alfandegário e fronteiriço.

O Acordo foi complementado, em 1990, pela Convenção de Aplicação do Acordo de *Schengen*, que estabeleceu os termos da supressão definitiva dos controles nas fronteiras internas, bem como uma série de medidas complementares necessárias. A Convenção veio reforçar os controles nas fronteiras *externas*, definir procedimentos para a emissão de vistos uniformes, criar o Sistema de Informação Schengen (SIS), intensificar a cooperação policial nas fronteiras internas e melhorar a luta contra o tráfico de drogas.

²⁹³ Na data do dia 14 de junho de 1985, foi assinado o cognominado *Acordo de Schengen* por Wim van Eekelen (Holanda), Robert Goebbels (Luxemburgo), Catherine Lalumière (França), Waldemar Schreckenberger (Alemanha) e Paul Keersmaeker (Bélgica).

A título ilustrativo, o AdS deve o seu nome a uma pequena aldeia do sul de Luxemburgo, situada no local onde este país faz fronteira com a França e a Alemanha. Tendo começado por ser uma iniciativa intergovernamental, a cooperação Schengen encontra-se atualmente integrada na legislação e nas normas da União Europeia.

Atualmente, o Espaço Schengen abrange 26 países europeus (22 dos quais são Estados-Membros da União Europeia): Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Grécia, Espanha, França, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Países Baixos, Áustria, Polónia, Portugal, Eslovénia, Eslováquia, Finlândia e Suécia, assim como a Islândia, o Listenstaine, a Noruega e a Suíça.

Fazer parte do espaço sem controlos nas fronteiras internas significa que estes países: i) não efetuam controlos nas suas fronteiras internas (ou seja, nas fronteiras entre dois Estados *Schengen*); ii) efetuam controlos harmonizados, com base em critérios claramente definidos, nas suas fronteiras externas (ou seja, nas fronteiras entre um Estado *Schengen* e um Estado não *Schengen*). Consequentemente, tanto os cidadãos da União Europeia (UE) como os nacionais de países terceiros podem viajar livremente dentro do Espaço *Schengen*, só sendo objeto de controle quando atravessarem as suas fronteiras externas.

A Bulgária, a Croácia, Chipre, a Irlanda, a Roménia e o Reino Unido (este último não é mais membro da União Europeia desde o chamado *Brexit*) são os Estados-Membros da União Europeia que não fazem, ou ainda não fazem, parte do Espaço *Schengen*. Isto significa que um voo proveniente de um desses Estados com destino a um Estado Schengen é considerado um voo externo e está sujeito a controlos fronteiriços.

No entanto, os cidadãos da UE têm o direito de livre circulação quando viajam na União, independentemente de o país fazer ou não parte de Schengen. Quando chegam a um Estado da União Europeia não pertencente ao Espaço Schengen, os cidadãos da UE, em princípio, só são sujeitos a controlos mínimos para a verificação da sua identidade, com base nos documentos de viagem (passaporte ou bilhete de identidade)²⁹⁴.

294

https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files_en?file=2020-09/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf. Acesso aos 11.08.2023.

1.4 Direito de Refúgio na Corte Internacional de Justiça (ICJ)

Ao lado dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a saber o europeu, o interamericano e o africano, existe um sistema universal (global), lastreado pelo sistema da ONU e pela Corte Internacional de Justiça com sede em Haia, principal órgão jurídico das Nações Unidas. Consoante a doutrina iterativa e dominante do direito internacional, o novo movimento internacionalista dos direitos humanos exsurgiu já no transcorrer da segunda grande guerra mundial, que erodiu o conceito tradicional e extensivo de soberania nacional que dominou as relações internacionais por três séculos. O ponto crucial para essa “viragem copernicana” foi a institucionalização dos Tribunais Penais Internacionais “*Ad Hoc*” de Nuremberg e de Tóquio, que, em termos de inovação, inauguraram o processo de tipificação e judicialização internacional dos direitos humanos na esfera penal. Tal processo foi incorporado e institucionalizado no plano internacional, dando origem a outros processos de judicialização internacional dos direitos humanos, como dão conta os exemplos dos Tribunais para a ex-Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994). Em 01 de julho de 2002, entrou em vigor o Estatuto de Roma, que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional (TPI), órgão jurisdicional de atuação global, competente para o julgamento de casos envolvendo a responsabilização de Estados e indivíduos.

No campo específico do direito internacional migratório, a Organização das Nações Unidas (ONU) dispõe, na sua estrutura de execução administrativa, da designada – Organização Internacional para Migração (IOM) – que, dentre outras atribuições, publica regularmente relatórios sobre o estado do processo migratório mundial. No último relatório, publicado em 2021, o panorama das migrações no mundo havia alterado substancialmente. Em termos de indicadores, o número de migrantes internacionais alcançou a marca de 281 milhões de pessoas, correspondendo a 3,6% da população mundial.

A maioria, nada obstante, são de migrantes voluntários, que, deliberadamente, deixam seu país por motivos ligados à profissão (novos negócios) ou ao turismo. Neste aspecto, o contingente de refugiados internacionais no ano de 2016 era de 22,5 milhões de pessoas, uma diminuta cesura face ao número global de migrantes. Tais números demonstram, sem embargo, que o discurso ora dominante na seara política, em especial na Europa e nos Estados Unidos, não coincide com o panorama real da problemática, de modo que, a rigor, o maior contingente populacional migratório hodierno se refere à migração voluntária e interna. No aspecto estritamente econômico, e conforme as informações do Banco Mundial, os migrantes

internacionais enviaram 429 bilhões de dólares a países de renda média e baixa no ano de 2016, o que corrobora a importância da migração na dinamização da economia em escala global.

A instância judicial competente para o processo e julgamento de casos envolvendo o direito internacional migratório, com base nos atos e acordos internacionais da ONU e levados a Corte pelos Estados, é designadamente a Corte Internacional de Justiça (CIJ), com sede em Haia, na Holanda (Palácio da Paz). Constatação irrefragável é a incidência do aumento progressivo de casos levados à Corte nas últimas décadas, o que testifica a importância destinada à solução jurisdicional dos litígios interestatais.

1.4.1 *Competência Institucional e Jurisdicional*

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judicial das Nações Unidas. Ela foi estabelecida pela Carta das Nações Unidas em junho de 1945 e iniciou suas atividades em abril de 1946.

A Corte é composta por 15 juízes eleitos para um mandato de nove anos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. A sede da Corte fica no Palácio da Paz, em Haia (Holanda). O Tribunal tem uma função dupla: primeiro, resolver, de acordo com o direito internacional, por meio de sentenças com força vinculante e sem apelação para as partes envolvidas, disputas legais submetidas a ele pelos Estados; e, segundo emitir pareceres consultivos sobre questões legais encaminhadas a ele por órgãos devidamente autorizados das Nações Unidas.



(Sede da Corte Internacional de Justiça na Haia/Holanda)

A jurisdição da Corte em procedimentos judiciais contenciosos baseia-se, a rigor, no consentimento estrito e expresso dos Estados aos quais a Corte está permanentemente aberta. A forma pela qual esse consentimento é expresso determina a maneira pela qual um caso pode ser levado à Corte. Em termos de acordo especial, o artigo 36, parágrafo 1º, do Estatuto da Corte estabelece que a jurisdição da mesma compreende todos os casos que as partes lhe submeterem.

Esses casos normalmente chegam ao Tribunal por meio de notificação ao Registro de um acordo conhecido como acordo especial, celebrado pelas partes especialmente para esse fim². O objeto da disputa e as partes devem ser indicados (Estatuto, art. 40, parágrafo 1; Regras, art. 39).

Nas questões previstas em tratados e convenções, o artigo 36, parágrafo 1, do Estatuto também estabelece que a jurisdição do Tribunal abrange todas as questões especialmente previstas em tratados e convenções em vigor. Tais questões são normalmente levadas à Corte por meio de uma petição escrita instaurando um processo; trata-se de um documento unilateral que deve indicar o objeto da controvérsia e as partes (Estatuto, art. 40, parágrafo 1) e, na medida do possível, especificar a disposição na qual o requerente fundamenta a competência da Corte (Regulamento, art. 38).

1.4.2 *Jurisprudência*

Na nupérrima decisão em caráter cautelar (*Armenia vs. Azerbaijan*), de 22 de fevereiro de 2023, a CIJ impôs à República do Azerbaijão a adoção de todas as medidas factíveis para a instituição de um corredor humanitário de escape seguro da população étnica armenia localizada em Nagorno-Karabakh, um enclave montanhoso reconhecido internacionalmente como território do Azerbaijão. No *decisum* infra reproduzido, a CIJ *ad cautelam* impôs uma série de deveres de proteção ao contingente populacional identificado com a Armênia, na condição de minorias étnicas em um Estado estrangeiro, escudada na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, *ipsis verbis*:

“LA HAYE, le 22 février 2023. La Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l’Organisation des Nations Unies, a rendu ce jour son ordonnance sur la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République d’Arménie en l’affaire relative à l’Application de la convention internationale sur

l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan). Dans son ordonnance, qui a un caractère obligatoire, la Cour indique la mesure conservatoire suivante : Par treize voix contre deux, La République d'Azerbaïdjan doit, dans l'attente de la décision finale en l'affaire et conformément aux obligations qui lui incombent au titre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, prendre toutes les mesures dont elle dispose afin d'assurer la circulation sans entrave des personnes, des véhicules et des marchandises le long du corridor de Latchine dans les deux sens. POUR : Mme Donoghue, présidente ; M. Gevorgian, vice-président ; MM. Tomka, Abraham, Bennouna, Mme Xue, MM. Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Mme Charlesworth, M. Brant, juges ; M. Daudet, juge ad hoc ; CONTRE : M. Yusuf, juge ; M. Keith, juge ad hoc.”²⁹⁵

A conflagração entre estas duas antigas repúblicas soviéticas foi encerrada por um cessar-fogo intermediado pela Rússia. Porém, escaramuças exurgiram gradualmente desde então, apesar da presença de forças militares de paz russas. No último conflito, o governo de Yerevan relatou que várias cidades da Armênia tinham sido atacadas. O Azerbaijão, contudo, disse que estava respondendo às provocações da Armênia. O momento é significativo porque, no passado, a Rússia foi o mediador mais influente entre a Armênia e o Azerbaijão. Embora o Kremlin tenha dito nesta terça-feira (13) que o presidente Vladimir Putin está fazendo todos os esforços para conter o derramamento de sangue no sul do Cáucaso, a guerra na Ucrânia minou o status de Moscou como garantidor da paz na região. Isso pode ter encorajado o Azerbaijão a buscar mais reivindicações. O Azerbaijão e a Armênia também discordam categoricamente sobre como deve ser um acordo de paz abrangente. Enquanto Baku quer dissolver *Nagorno-*

²⁹⁵ Tradução livre do francês: “HAIA, 22 de fevereiro de 2023. A Corte Internacional de Justiça, o principal órgão judicial das Nações Unidas, emitiu hoje sua decisão sobre o pedido de indicação de medidas provisórias apresentado pela República da Armênia no caso relativo à aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Armênia v. Azerbaijão). Em sua ordem, que é vinculante, a Corte indica a seguinte medida provisória: Por treze votos a dois, a República do Azerbaijão deve, enquanto aguarda a decisão final no caso e de acordo com suas obrigações sob a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, tomar todas as medidas ao seu alcance para garantir o movimento desimpedido de pessoas, veículos e mercadorias ao longo do corredor *Latchine* em ambas as direções. A FAVOR: Sra. Donoghue, presidente; Sr. Gevorgian, vice-presidente; Srs. Tomka, Abraham, Bennouna, Sra. Xue, Srs. Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Sra. Charlesworth, Sr. Brant, juízes; Sr. Daudet, juiz ad hoc; CONTRA: Sr. Yusuf, juiz; Sr. Keith, juiz ad hoc”.

Karabakh como uma entidade política e impedir Yerevan de desempenhar um papel lá, as autoridades armênias se comprometeram a garantir os direitos dos armênios locais. Um conflito de pleno direito entre a Armênia e o Azerbaijão corre o risco de arrastar as grandes potências regionais, Rússia e Turquia, e desestabilizar o sul do Cáucaso, um importante corredor para oleodutos que transportam petróleo e gás, em um momento em que a guerra na Ucrânia já está interrompendo o fornecimento de energia²⁹⁶.

Em 2004, o Estado do México requereu a revisão/anulação de uma série de sentenças condenatórias à pena capital prolatadas nos Estados Unidos contra 54 mexicanos no caso *Avena and Other Mexican Nationals*, (México v. United States of America). Tratou-se, *in casu*, da não-aplicação pelos Estados Americanos dos arts. 5º e 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que prescrevem a notificação consular para ciência e auxílio jurídico dos seus nacionais processados no estrangeiro. Desta forma, vários Estados Americanos foram condenados pela Corte Internacional de Justiça a reverem as sentenças condenatórias, nas quais a representação diplomática mexicana não havia sido notificada da instauração do processo.

1.5 A Organização Internacional para Migração (IOM-UN)

No ano de 2021, a IOM comemorou seu septuagésimo aniversário. Fundada como Comitê Intergovernamental Provisório para o Movimento de Migrantes da Europa (PICMME) por 16 Estados em 1951, após a Segunda Guerra Mundial, a IOM se tornou uma organização global com, atualmente, 174 Estados Membros, um orçamento de US\$ 2,5 bilhões e 17.761 funcionários operando em 523 locais²⁹⁷.

A Organização Internacional para as Migrações (OIM), ou como era conhecida inicialmente, o Comitê Intergovernamental Provisório para o Movimento de Migrantes da Europa (PICMME), nasceu em 1951 do caos e do deslocamento da Europa Ocidental após a Segunda Guerra Mundial. Com a missão de ajudar os governos europeus a identificarem os países de reassentamento para os cerca de 11 milhões de pessoas desalojadas pela guerra, ele providenciou o transporte de quase um milhão de migrantes durante a década de 1950.

²⁹⁶ <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/entenda-novo-confronto-entre-azerbaijao-e-armenia-e-por-que-isso-importa/>. Acesso aos 26.07.2023.

²⁹⁷ Cf., Abridged Annual Report for 2021. International Organization for Migration (IOM), in: *C/113/4/Rev.1*, Geneva, 2021. p. 1.

Uma sucessão de mudanças de nome, de PICMME para Comitê Intergovernamental para Migração Europeia (ICEM)²⁹⁸ em 1952, para Comitê Intergovernamental para Migração (ICM) em 1980 e para Organização Internacional para Migração (OIM) em 1989, reflete a transição da organização ao longo de meio século de agência de logística para agência de migração.

Embora a história da OIM acompanhe os desastres naturais e provocados pelo homem do último meio século - Hungria 1956, Tchecoslováquia 1968, Chile 1973, os *boat people* vietnamitas 1975, Kuwait 1990, Kosovo e Timor 1999, e o tsunami asiático e o terremoto no Paquistão de 2004/2005 - seu credo de que a migração humana e ordenada beneficia os migrantes e a sociedade tem ganhado aceitação internacional constantemente.

Desde suas origens como uma agência de logística operacional, ela ampliou seu escopo para se tornar a principal agência internacional que trabalha com governos e com a sociedade civil para promover a compreensão das questões de migração, incentivar o desenvolvimento social e econômico através da migração e defender a dignidade humana e o bem-estar dos migrantes. O escopo mais amplo das atividades foi acompanhado pela rápida expansão de uma agência relativamente pequena para uma agência com um orçamento operacional anual estimado em US\$ 1,3 bilhão e mais de 18.000 funcionários trabalhando em mais de 150 países em todo o mundo. Atualmente, a OIM tem 174 Estados Membros e mais 8 Estados com status de Observador, conforme tabela infra²⁹⁹:

²⁹⁸ A título de ilustração, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se pronunciou sobre a imunidade jurisdicional do Comitê Intergovernamental para Migração Europeia (ICEM) em relação a reclamações trabalhistas ajuizadas por seus funcionários no Brasil. RE 81901/RJ, rel. min. Soares Muñoz, j. 29.11.1978. Ementa - Jurisdição. Imunidade concedida pelo Governo Brasileiro ao Comitê Intergovernamental para Migrações Europeias (CIME). Impossibilidade dessa entidade responder por reclamação trabalhista. Recurso extraordinário não conhecido. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

²⁹⁹ MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 9.

	1951	2016	2021
Number of Member States	23*	166	174
Number of Observer States	–	6	8
Number of field locations worldwide	18**	408	450**
Number of staff (excluding consultants)	352**	10 184	16 257**
Number of nationalities represented in staff	19**	163	172**
Breakdown between female (♀) and male (♂) staff	–	4 764 ♀ and 5 420 ♂ (47% ♀ and 53% ♂)	7 640 ♀ and 8 614 ♂** (47% ♀ and 53% ♂)**
Total combined revenue for the year (i.e. assessed and voluntary contributions)	USD 26.1 million**	USD 1 615.6 million	USD 2 182.7 million**

Note: – means data for that year are not available.

* This corresponds to the number of participating States prior to the entry into force of the Constitution on 30 April 1954.

** Figures in the 1951 column marked with a double asterisk are based on the year 1952. Figures in the 2021 column marked with a double asterisk are as of 31 December 2020.

Sources: Progress Report of the Director General covering the period 1 June 1952 to 31 August 1952, PIC/70, 18 September 1952; Financial Statements, including report of the external auditors, covering the period 1 February to 31 December 1952, MC/8, 27 March 1953; Financial Report for the Year Ended 31 December 2016, C/108/3, 18 May 2017; IOM Snapshot 2021; Observer States, as of April 2021; Financial Report for the Year Ended 31 December 2020, C/112/3, 31 May 2021; and Annual Report for 2020, C/112/INF/1, 25 June 2021.

Como "A Agência de Migração", a IOM tornou-se o ponto de referência no acalorado debate global sobre as implicações sociais, econômicas e políticas da migração no século XXI. Fundada em 1951, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) é a principal organização intergovernamental no campo da migração, e está estruturalmente comprometida com o princípio de que a migração humana ordenada beneficia deveras os migrantes e a sociedade como um todo. A IOM faz parte do sistema das Nações Unidas, como uma organização integrada e relacionada com outras instâncias de tutela internacional da migração.

A IOM apoia os migrantes em todo o mundo, desenvolvendo respostas eficazes à dinâmica mutável da migração e, como tal, é uma fonte importante de consultoria sobre políticas e práticas de migração. A organização trabalha em situações de emergência estrita, desenvolvendo a resiliência de todas as pessoas que se deslocam, especialmente aquelas em situações de *vulnerabilidade*, além de desenvolver a capacidade dos governos de gerenciar todas as formas e impactos da mobilidade, em especial através da sua *expertise* no auxílio administrativo e de influência na formulação de políticas públicas.

A Organização é guiada pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, incluindo a defesa dos direitos humanos para todos, independentemente da nacionalidade. O respeito aos direitos, à dignidade e ao bem-estar dos migrantes continua sendo primordial e o foco insofismável da atuação institucional da IOM.

O trabalho da organização é orientado por várias estruturas básicas. A estratégia de 12 pontos, adotada pelo Conselho da IOM em 2007, delinea os objetivos principais da Organização e fornece uma descrição eficaz do escopo do trabalho da OIM. Em 2015, os Estados Membros da OIM endossaram a Estrutura de Governança da Migração (MiGOF), que estabelece objetivos e princípios abrangentes que, se cumpridos e promulgados, formam a base para uma abordagem eficaz da governança da migração.

Em 2019, a pedido do Diretor Geral, foi elaborada uma Visão Estratégica de cinco anos para apoiar o planejamento estratégico geral e a direção da OIM. Esse documento representa a reflexão da Organização sobre suas necessidades e prioridades, com base em uma avaliação do cenário que a próxima década de mobilidade trará e como a OIM, como organização, precisa se desenvolver durante o período de cinco anos - de 2019 a 2023 - para atender às responsabilidades novas e emergentes.

O principal objetivo da OIM é facilitar o gerenciamento ordenado e humano da migração internacional. Com base em seu conhecimento e experiência, respeitando os mandatos de outras organizações internacionais e coordenando-os com elas, a OIM desempenha um papel de liderança *par excellence*, com foco no gerenciamento da migração internacional. A Organização aborda o fenômeno migratório de uma perspectiva integral e holística, incluindo vínculos com o desenvolvimento sustentável (Agenda 2030 da ONU), a fim de maximizar seus benefícios e minimizar seus efeitos negativos.

Aos 09 de novembro de 2007, a nonagésima quarta sessão da IOM adotou a resolução MC/INF/287, que, dentre outras questões, dispôs da estratégia de 12 pontos, engendrando os principais desafios e objetivos a serem alcançados pela instituição, em comunhão de esforços com todos os Estados membros, *in verbis*:

1. Fornecer serviços seguros, confiáveis, flexíveis e econômicos para pessoas que precisam de assistência à migração internacional.
2. Aprimorar o gerenciamento humano e ordenado da migração e o respeito efetivo pelos direitos humanos dos migrantes, de acordo com a legislação internacional.
3. Oferecer consultoria especializada, pesquisa, cooperação técnica e assistência operacional a Estados, organizações intergovernamentais e não governamentais e outras partes interessadas, para desenvolver as capacidades

nacionais e facilitar a cooperação internacional, regional e bilateral cooperação internacional, regional e bilateral em questões de migração.

4. Contribuir para o desenvolvimento econômico e social dos Estados por meio de pesquisa, diálogo, elaboração e implementação de programas relacionados à migração com o objetivo de maximizar os benefícios da migração.
5. Apoiar os Estados, os migrantes e as comunidades no enfrentamento dos desafios da migração irregulares, inclusive por meio de pesquisa e análise das causas básicas, compartilhamento de informações e disseminação de práticas recomendadas, além de facilitar soluções voltadas para o desenvolvimento.
6. Ser o principal ponto de referência para informações sobre migração, pesquisa, práticas recomendadas, coleta de dados coleta, compatibilidade e compartilhamento de dados.
7. Promover, facilitar e apoiar o debate e o diálogo regional e global sobre migração, inclusive por meio do Diálogo Internacional sobre Migração, de modo a avançar na compreensão das oportunidades e dos desafios que ela apresenta, a identificação e o desenvolvimento de políticas eficazes para enfrentar esses desafios e identificar abordagens e medidas abrangentes abordagens e medidas abrangentes para o avanço da cooperação internacional.
8. Ajudar os Estados a facilitar a integração dos migrantes em seu novo ambiente e a envolver as diásporas, inclusive como parceiros de desenvolvimento.
9. Participar de respostas humanitárias coordenadas no contexto de acordos entre agências nesse campo e prestar serviços de migração em outras emergências ou pós-crise, conforme apropriado e de acordo com as necessidades dos indivíduos, contribuindo assim para sua proteção contribuindo, assim, para sua proteção.
10. Realizar programas que facilitem o retorno voluntário e a reintegração de refugiados, pessoas refugiados, pessoas deslocadas, migrantes e outros indivíduos que necessitem

de serviços de migração serviços de migração internacional, em cooperação com outras organizações internacionais relevantes, conforme internacionais relevantes, conforme apropriado, e levando em conta as necessidades e preocupações das comunidades locais.

11. Ajudar os Estados no desenvolvimento e fornecimento de programas, estudos e técnicos sobre o combate ao contrabando de migrantes e ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, de maneira consistente com o direito internacional.
12. Apoiar os esforços dos Estados na área de migração de mão de obra, em especial os movimentos de curto prazo, e outros tipos de migração circular.

1.5.1 *Relatórios sobre a Condição Migratória, em especial sobre Refugiados*

O principal relatório sobre migrações, incluindo estatísticas e análises em termos globais, é elaborado periodicamente pela IOM da ONU, cuja direção-geral é atualmente exercida por *António Vitorino*. Inicialmente, os relatórios são publicados consoante as diretrizes metodológicas da IOM, partindo dos dados estatísticos globais, geopolítica e transformações ambientais, até sua segmentação nas áreas concernentes aos refugiados, migrantes laborais, aspectos econômicos, de gênero e etários, bem como estabelecendo interfaces com a mudança climática e as implicações trazidas pela inteligência artificial. Até o presente momento, foram publicados 11 relatórios, sendo que o primeiro surgiu no ano 2000. O último, publicado em 2021, foi o primeiro disponibilizado nas 6 línguas oficiais da ONU, a saber, o árabe, o chinês, o inglês, o russo, o francês e o espanhol. Em regra, os relatórios são publicados a cada dois anos, com ampla divulgação entre os países membros da IOM.

O aumento e o crescimento da desinformação sobre migração fizeram com que o Relatório Mundial sobre Migração se tornasse uma fonte fundamental para verificadores de fatos em todo o mundo, ajudando a refutar notícias falsas sobre migração em uma ampla variedade de lugares. Para auxiliar os verificadores de fatos, desenvolvemos um kit de ferramentas simples para ajudar a derrubar os principais mitos sobre migração. Também estamos trabalhando com parceiros no desenvolvimento de um kit de ferramentas para

funcionários de políticas digitais para ajudá-los a utilizar seu conteúdo em uma ampla gama de configurações relacionadas a políticas.

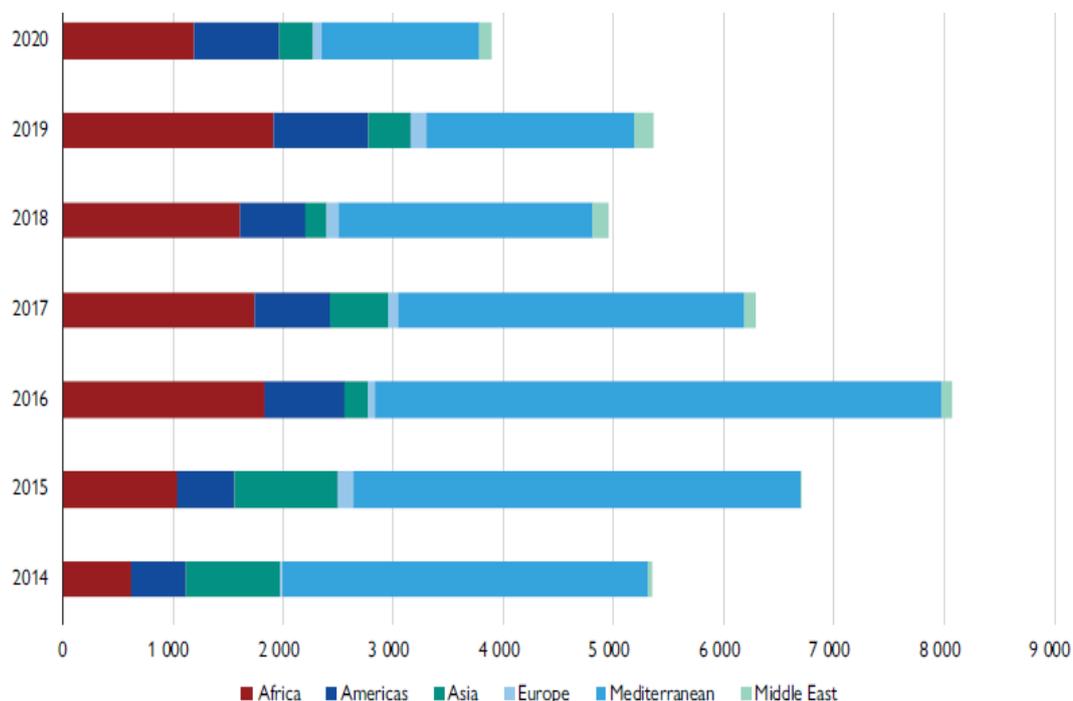
1.5.1.1 *Refugiados no Mundo*

Quando os regimes de mobilidade não são impedidos por pandemias globais, a grande maioria das pessoas migra internacionalmente por motivos relacionados a trabalho, família e estudo, envolvendo processos de migração que ocorrem em grande parte sem que isso represente um desafio fundamental para os migrantes ou para os países nos quais eles entram. Em contrapartida, outras pessoas deixam seus lares e países por uma série de motivos convincentes e, às vezes, trágicos, como conflitos, perseguições e desastres. Embora aqueles que foram deslocados, como refugiados e pessoas deslocadas internamente (IDPs), compreendam uma porcentagem relativamente pequena de todos os migrantes, eles geralmente são os que mais precisam de assistência e apoio.

Alguns corredores de migração apresentam muito mais desafios do que outros, tanto para os migrantes quanto para as autoridades. As viagens dos migrantes podem, às vezes, ser caracterizadas por resultados inseguros e até mesmo mortais, geralmente relacionados a uma série de fatores sociais, políticos, econômicos e ambientais que podem afetar profundamente a maneira como as pessoas empreendem suas viagens, fatores sociais, políticos, econômicos, ambientais e políticos que podem impactar profundamente a maneira como as pessoas empreendem a migração. Na esteira dos trágicos eventos de outubro de 2013, em que mais de 360 pessoas morreram no naufrágio de dois barcos perto da ilha italiana de Lampedusa, a IOM começou a coletar e compilar informações sobre migrantes que morrem ou desaparecem em rotas migratórias em todo o mundo como parte de seu Projeto Migrantes Desaparecidos. As fontes de dados incluem registros oficiais de guardas costeiras e médicos legistas, histórias da mídia, relatórios de organizações não governamentais e agências das Nações Unidas, além de entrevistas com migrantes.

Em seis anos de coleta de dados, 2020 registrou o menor total (cerca de 3.900), em comparação com o anterior quase 5.400 registrados em 2019. A diminuição de mortes entre 2019 e 2020 reflete, *ex parte*, as restrições de mobilidade impostas por causa da pandemia de COVID-19. É provável que 2021 também registre um número reduzido de mortes em geral, com a continuação das restrições de viagem em todo o mundo. No total, entre 2014 e 2020, o Mar Mediterrâneo registrou o maior número de mortes, ceifando a vida de mais de 21.200

peças. Em 2020, o Mediterrâneo continuou a ser o local com o maior número conhecido de mortes durante a migração, registrando mais de 1.460 fatalidades. Seguindo a tendência observada nos seis anos anteriores, houve uma proporção maior de mortes na "rota do Mediterrâneo Central"³⁰⁰.

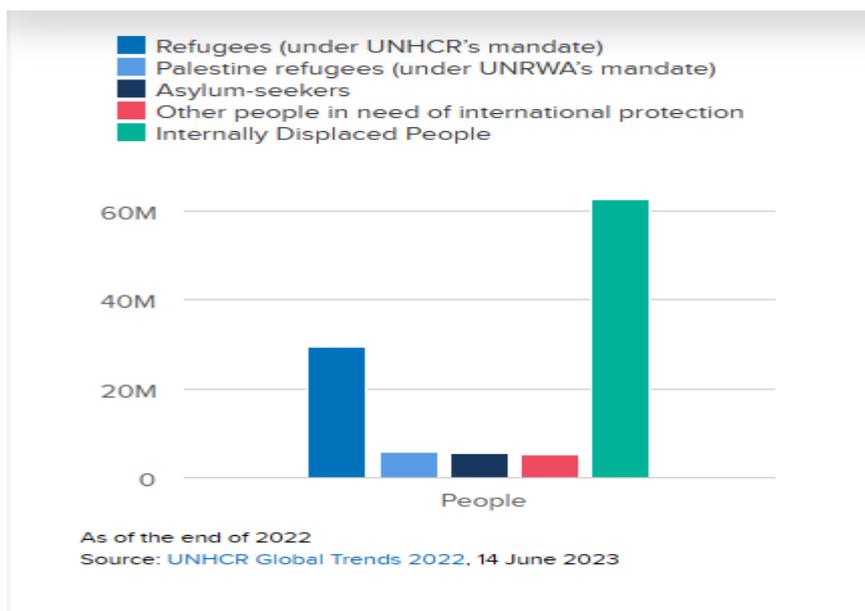


Source: IOM, n.d. (accessed 20 September 2021).

Note: Data include recorded deaths as well as those reported as missing. See the Missing Migrants Project webpage for details of methodology and geographic regions (<https://missingmigrants.iom.int>).

Em termos globais, são quase 110 milhões de seres humanos no mundo forçados a deixar o seu local de residência em face de perseguições de jaez político, religioso e social, desastres naturais e conflitos armados, dentre os quais a esmagadora maioria são de deslocados internos, isto é, não se enquadram na categoria jurídico-dogmática de *refugiados*, consoante o gráfico infra:

³⁰⁰ Cf., MCAULIFFE, M., A. TRIANDEFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 31.



Em termos estatísticos, consoante o relatório mundial sobre migrações (doravante WMR), o número total de refugiados no mundo perfaz a cifra de 26,4 milhões de pessoas, sendo que, deste contingente, 20,7 milhões de refugiados estão sob o mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (doravante ACNUR), e 5,7 milhões de refugiados sob o mandato da Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (doravante UNRWA)³⁰¹. Infere-se da contextura estatística supra que, malgrado a intensa propagação midiática depreciativa e hipostasiada sobre os “fluxos” massivos de refugiados, o número total de refugiados defronte à população global representa *grosso modo* 0,3%. Nada obstante, há mister de enfatizar que, conquanto o contingente populacional de refugiados seja diminuto em escala global, tensões e crises pontuais envolvendo a chegada abrupta de centenas de milhares de refugiados ao mesmo tempo, e numa localidade específica e determinada, pode gerar efeitos sociais nefandos e imprevisíveis, porém não constitui deveras uma ameaça à ordem institucional internacional, nem tão pouco uma ameaça estrutural econômica, máxime no que diz respeito aos principais Estados de destino, como os Estados Unidos, a Alemanha, França, Itália, Reino Unido, Arábia Saudita, Canada, Emirados Árabes Unidos, *et cetera*.

³⁰¹ MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. p. 45. Cf., igualmente, <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>. Acesso aos 25.07.2023.

1.5.1.2 *Perfil Migratório e Principais Regiões de Destino*

O número estimado de migrantes internacionais aumentou nos últimos 50 anos. Em 2020, quase 281 milhões de pessoas viviam em um país diferente de seu país de nascimento, ou cerca de 128 milhões a mais do que 30 anos antes, em 1990 (153 milhões), e mais de três vezes o número estimado em 1970 (84 milhões). A proporção de migrantes internacionais em relação ao total da população global também aumentou, mas de forma gradual. A grande maioria das pessoas vive no país em que nasceu. O impacto da COVID-19 sobre a população global de migrantes internacionais é um pouco difícil de avaliar, uma das razões para isso é que os últimos dados disponíveis são de meados de 2020,7 bastante no início da pandemia. Dessarte, estima-se que a COVID-19 pode ter reduzido o crescimento no estoque de migrantes internacionais em cerca de dois milhões. Em outras palavras, se não tivesse havido a COVID-19, o número de migrantes internacionais em 2020 provavelmente teria sido de cerca de 283 milhões.

Quando as populações de migrantes internacionais são examinadas por região das Nações Unidas, a Europa é atualmente o maior destino dos migrantes internacionais, com 87 milhões de migrantes (30,9% da população migrante internacional), seguida de perto pelos 86 milhões de migrantes internacionais que vivem na Ásia (30,5%).⁹ A América do Norte é o destino de 59 milhões de migrantes internacionais (20,9%). A América do Norte é o destino de 59 milhões de migrantes internacionais (20,9%), seguida pela África, com 25 milhões de migrantes (9%). Nos últimos 15 anos, o número de migrantes internacionais na América Latina e no Caribe mais que dobrou, passando de cerca de 7 milhões para 15 milhões, tornando-a a região com a maior taxa de crescimento de migrantes internacionais e o destino de 5,3% de todos os migrantes internacionais. Cerca de 9 milhões de migrantes internacionais vivem na Oceania, ou cerca de 3,3% de todos os migrantes. O crescimento de migrantes internacionais que vivem em cada região entre 2005 e 2020.

A Oceania tem a maior parcela de migrantes internacionais como proporção da população total, com 22% da população nascida em outro país. A América do Norte tem a segunda maior parcela de migrantes internacionais de migrantes internacionais, com 15,9%, seguida pela Europa, com 11,6%. A América Latina e o Caribe, a África e a Ásia têm participação de migrantes internacionais de 2,3%, 1,9% e 1,8%, respectivamente.

Como tem sido o caso nos últimos 50 anos, os Estados Unidos da América continuam sendo o principal destino dos migrantes, com mais de 51 milhões de migrantes internacionais.

A Alemanha se tornou o segundo destino mais importante, com quase 16 milhões de migrantes internacionais, enquanto a Arábia Saudita é o terceiro maior país de destino de migrantes internacionais, com 13 milhões. A Federação Russa e o Reino Unido completam os cinco principais países de destino, com cerca de 12 milhões e 9 milhões de migrantes internacionais, respectivamente.

A maioria dos migrantes internacionais (cerca de 78%) estava em idade ativa (entre 15 e 64 anos de idade). Desde 1990, a parcela de migrantes internacionais com 19 anos ou menos caiu de 18,9% para 14,6%, enquanto os migrantes internacionais com mais de 64 anos permaneceram estáveis em cerca de 12,2%. Atualmente, há um número maior de homens do que de mulheres migrantes internacionais em todo o mundo, e essa diferença aumentou nos últimos 20 anos. Em 2000, a divisão entre homens e mulheres era de 50,6% a 49,4% (ou 88 milhões de migrantes do sexo masculino e 86 milhões do sexo feminino). e 86 milhões de mulheres migrantes). Em 2020, a divisão é de 51,9 a 48,0 por cento, com 146 milhões de migrantes do sexo masculino e 135 milhões de mulheres migrantes. A parcela de mulheres migrantes vem diminuindo desde 2000, enquanto a parcela de homens aumentou em 1,4 ponto percentual.

1.5.1.3 *Migração Voluntária vs. Migração Forçada*

Aferir o grau da complexidade e premência da atual crise migratória pressupõe, a rigor, uma definição e densificação exploratória dos termos e conceitos empedados no debate público, acadêmico e especializado, em especial acerca dos fundamentos e motivos que alicerçam os chamados “fluxos” migratórios. Em fato, a massiva maioria dos migrantes internacionais são voluntários, isto é, são migrantes que, por um desejo genuíno pré-configurado se deslocam voluntariamente para o país de destino, em regra de forma juridicamente regular, sem quaisquer fundamentos de perseguição, real ou fictícia, de ameaça à vida, segurança ou à liberdade. Os migrantes internacionais laborais, cuja intenção primacial é a de melhora das condições econômicas e materiais de vida, também são enquadrados conceitualmente como migrantes voluntários, conquanto o desejo que migrar tenha um componente de necessidade, porquanto a única alternativa de ganho econômico seja o abandono do país de origem.

O número de migrantes internacionais foi estimado em quase 281 milhões em todo o mundo em 2020, sendo que quase dois terços são migrantes de trabalho. Esse número continua sendo uma porcentagem muito pequena da população mundial (3,6%), o que significa que a

grande maioria das pessoas em todo o mundo (96,4%) reside no país em que nasceu. Entretanto, o número e a proporção estimados de migrantes internacionais para 2020 foi menor, em cerca de 2 milhões, do que teria sido, devido à COVID-19. É provável que quanto mais tempo as restrições à mobilidade internacional permanecerem em vigor em muitas partes do mundo, mais fraco será o crescimento do número de migrantes internacionais nos próximos anos.

Dados de longo prazo sobre migração internacional nos ensinaram que a migração não é uniforme em todo o mundo, mas é moldada por fatores econômicos, geográficos, demográficos e outros, resultando em padrões de migração distintos, como "corredores" de migração que estão sendo desenvolvidos ao longo de muitos anos. Os maiores corredores tendem a ser de países em desenvolvimento para economias maiores, como as dos Estados Unidos, Emirados Árabes, Arábia Saudita e Alemanha; os grandes corredores também podem refletir conflitos prolongados e deslocamento relacionado, como da República Árabe da Síria para a Turquia (o segundo maior corredor do mundo). Embora seja provável que muitos corredores de longo prazo continuem a se destacar no futuro imediato, a COVID-19 lançou luz sobre a intensificação da digitalização e o potencial de maior automação do trabalho em todo o mundo, que provavelmente afetará os principais corredores de migração de mão de obra.

A COVID-19 foi a pandemia mais grave em um século, com sua combinação de alta transmissão, cepas de vírus e a gravidade da doença forçando os formuladores de políticas a entrar em um território até então desconhecido e recôndito. Embora o foco principal tenha sido necessariamente na resposta à crise de saúde global (por exemplo, testes de vírus, tratamento da doença e desenvolvimento e programação de vacinas), parte da resposta envolveu mudanças drásticas na liberdade de circulação de pessoas em todo o mundo, o que, em termos de segurança, é um fator importante. Destarte, a (i)mobilidade e as restrições, amiúde excessivas, concernentes à COVID-19 se tornaram, a rigor, os "grandes desafios" da migração contemporânea.

1.5.1.4 *Impacto Econômico dos Processos Migratórios*

A migração internacional está fortemente associada à oportunidade de avanços positivos, geralmente em termos econômicos. Uma narrativa de migração internacional influente e de longa data está profundamente entrelaçada com a noção de melhoria, seja ela relacionada à realização individual, à renda familiar ou à resiliência da comunidade e às estratégias de enfrentamento. As pessoas migram para ter uma vida melhor. Há muito tempo,

essa é a pedra angular da pesquisa sobre migração internacional, análise e política de migração internacional. Assim como muitos pássaros, mas diferente da maioria dos outros animais, os seres humanos são uma espécie migratória.

De fato, a migração é tão antiga quanto a própria humanidade. Um exame cuidadoso de praticamente qualquer época histórica revela uma propensão consistente à mobilidade geográfica entre homens e mulheres, que são levados a vagar por diversos motivos, mas quase sempre com alguma ideia de melhoria material.

Além das narrativas de migração, a emigração internacional tem sido uma política adotada por alguns governos nacionais ao longo de muitas décadas como parte de agendas econômicas mais amplas. A emigração apoiou o desenvolvimento do comércio internacional, da diplomacia e da paz, e ajudou a criar laços culturais, além de proporcionar uma fonte de renda estrangeira. Em outros países, a imigração internacional tem sido uma alavanca política significativa na jornada de "construção da nação", em um período em que a concorrência internacional entre os Estados se intensificou e a busca por "talentos globais" ampliada.

As remessas são transferências financeiras ou em espécie feitas pelos migrantes diretamente para as famílias ou comunidades em seus países de origem. O Banco Mundial compila dados globais sobre remessas internacionais, apesar das inúmeras lacunas de dados, diferenças de definição e desafios metodológicos na compilação de estatísticas precisas. No entanto, seus dados não captam fluxos não registrados por meio de canais formais ou informais, e as magnitudes reais das remessas globais. Portanto, é provável que as magnitudes reais das remessas globais sejam maiores do que as estimativas disponíveis. Essa questão veio à tona durante a pandemia, após um resultado muito mais positivo em 2020 para os fluxos de remessas internacionais, ao contrário das terríveis projeções iniciais; isso se deveu *ex parte* a uma mudança dos canais informais para os canais formais em resposta às restrições de imobilidade da COVID-19, entre outros motivos. Apesar desses problemas, os dados disponíveis refletem uma tendência de aumento de longo prazo nas remessas internacionais nos últimos anos, passando de USD 128 bilhões em 2000 para USD 702 bilhões em 2020.

Apesar da projeção inicial de um declínio de 20% nas remessas internacionais em todo o mundo para 2020 (feita em abril de daquele ano), os dados anuais mostram que houve apenas uma pequena queda nas remessas globais (redução de 2,4%) em 2020, totalizando USD 702 bilhões, abaixo dos USD 719 bilhões em 2019. No entanto, os três anos consecutivos anteriores a 2020 testemunharam um aumento: de 2016 a 2019, os fluxos globais (internos) de remessas aumentaram em um aumento estimado de 7,2%, de USD 597 bilhões em 2016 para USD 640 bilhões em 2017, e de 8,4% e 3,6 por cento de 2017 a 2018 (de USD 640 bilhões para USD 694

bilhões) e de 2018 a 2019 (de USD 694 bilhões para USD 719 bilhões), respectivamente. Em consonância com essa tendência, as remessas para países de baixa e média renda (que representam a maior parte do total global) diminuíram em 2020 (de USD 548 bilhões em 2019 para USD 540 bilhões) após a tendência positiva de 2016 a 2018 (de USD 441 bilhões em 2016 para USD 478 bilhões em 2017 e USD 524 bilhões em 2018). Desde meados da década de 1990, as remessas internacionais ultrapassaram em muito os níveis de assistência oficial ao desenvolvimento, definida como ajuda governamental destinada a promover o desenvolvimento econômico e o econômico e o bem-estar dos países em desenvolvimento.

Os países de alta renda são quase sempre a principal fonte de remessas internacionais. Durante décadas, os Estados Unidos têm sido consistentemente o principal país emissor de remessas do mundo, com uma saída total de USD 68 bilhões em 2020, seguidos pelos Emirados Árabes Unidos (US\$ 43,24 bilhões), Arábia Saudita (US\$ 34,60 bilhões) e Suíça (US\$ 27,96 bilhões). O quinto maior país remetente de remessas em 2019 e 2020 foi a Alemanha (com saídas totais de USD 23,94 bilhões e 22,02 bilhões, respectivamente).

Além de seu papel como principal destinatário, a China (classificada como um país de renda média-alta pelo Banco Mundial) também tem sido uma fonte significativa de remessas internacionais, com USD 15,14 bilhões em 2019 e USD 18,12 bilhões relatados em 2020.

1.5.1.5 *Refúgio de Crianças Desacompanhadas*

A crise migratória dos refugiados de per si já assevera um cenário de violações, vulnerabilidade e sofrimento humano comparavelmente apenas a situações de guerra declarada e de catástrofes naturais. O exaurimento completo das condições mínimas de existência humana em determinado país gera situações teratológicas, nas quais crianças desacompanhadas de pais ou quaisquer parentes figuram como refugiadas³⁰², maximizando uma vulnerabilidade já latente

³⁰² Acerca do tema específico do refúgio de crianças desacompanhadas, v. MOLITERNO, Laila. *Niños Migrantes no Acompañados*: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos. Porto Alegre: Fundação Fênix Editora, 2022. p. 75. Para a autora, *expressis verbis*: “ De este modo, las condiciones de vulnerabilidad se presentan como el resultado de prácticas y políticas -sociales, económicas, culturales, políticas- que no garantizan un ejercicio igualitario de los derechos particularmente a los niños que lejos de ser “pequeños adultos” son sujetos de derecho con necesidades específicas lo que demanda cuidados o acompañamiento. En ese sentido, es menester resaltar que la capacidad de NNyA depende también de su contexto, de los recursos a los que tuvo acceso y de factores individuales y sociales que interactúan en ese proceso dinámico y complejo moldeando sus lecturas individuales.

pela própria situação de refúgio. Forçoso destacar que recentemente o número de crianças desacompanhadas vem recrudescendo, tornando o contexto da crise humanitária migratória ainda mais premente e, indubitavelmente, hediondo. Um conceito jurídico-dogmático de *hipervulnerabilidade*, adstrito à categoria sociológica “*crianças refugiadas desacompanhadas*”, e que, portanto, destinatária de proteção reforçada e superior em matéria de Direitos humanos, é, em termos jurídicos, plenamente defensável. Ademais, escudado na literatura brasileira, máxime na obra “*Capitães da Areia*”, de *Jorge Amado*, é simples de identificar a crudelíssima realidade social enfrentada por crianças e adolescentes sem quaisquer amparos, seja do Estado, seja da família, em busca de uma revolução quimérica e utópica³⁰³. Com o desiderato dogmático de conceituação no DIP desta importante categoria jurídica de titulares de direitos humanos, conquanto ainda inexistente na contextura jurídica supranacional, ao menos de forma sistemática e unitária, insta uma proposição à maneira de definição jurídico-conceitual, e de fixação do âmbito de proteção:

“crianças refugiadas desacompanhadas são migrantes forçados hipervulneráveis, encontrando-se sem a companhia física do pai ou da mãe, ou mesmo de qualquer parente juridicamente responsável, em país diverso da sua nacionalidade ou origem, requerendo, portanto, uma atenção especial e particularizada dos Estados e das Organizações Internacionais de Direitos humanos, relativamente a identificação imediata da condição de refugiado, independentemente de requisição, e a automática acolhida, levando-se em consideração as necessidades específicas condicionadas pela tenra faixa etária, como moradia e alimentação apropriada, auxílio especial para a regularização documental e promoção imediata da comunicação com os entes familiares, sem descuidar dos cuidados preventivos de tutela em relação a abusos (psíquicos, morais e sexuais)”.

³⁰³ Cf., AMADO, Jorge. *Capitães da Areia*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1937. Considerando de *lege ferenda* a literatura como “fonte informal” do Direito, seja quanto arquétipo narrativo de influência no processo de formação das leis, seja enquanto substrato argumentativo para a prolação de decisões judiciais, ainda que, em última análise, ancoradas no direito positivo, desde uma interpretação sistemática, cf., por todos, STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org.). *Direito e Literatura: da Realidade da Ficção à Ficção da Realidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

No ano de 2014, a pedido de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu um parecer sobre o padrão protetivo mínimo das crianças refugiadas nos Estados de origem, de trânsito e nos de destino³⁰⁴. Foi asseverada, nesta oportunidade, que não obstante os Estados possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos pelas mesmas devem respeitar os direitos humanos das pessoas migrantes, ainda mais quando se trate de crianças, onde deve prevalecer inelutavelmente a proteção integral de seus direitos. Também foi consignado o princípio da não devolução *non-refoulement*, conceituando-o como um princípio que permite dotar de eficácia o direito de buscar e receber asilo, mas também como um direito autônomo estabelecido na Convenção e uma obrigação derivada da proibição da tortura e outras normas de direitos humanos e, em particular, da proteção da infância.

Consoante o WMR de 2022, 14,6 % dos migrantes internacionais é constituído por crianças. No final de 2020, as pessoas com menos de 18 anos de idade constituíam cerca de 38% da população de refugiados (8 milhões dos 20,7 milhões de refugiados sob o mandato do ACNUR). Crianças desacompanhadas e separadas apresentaram cerca de 21.000 pedidos de asilo individuais em 2020, uma redução em relação aos 25.000 do ano anterior.

1.6 O Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais (UN DESA)

O Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (UN DESA) faz parte estruturante do *Secretariado das Nações Unidas*, e é responsável pelo acompanhamento das principais Cúpulas e Conferências das Nações Unidas, bem como pelos serviços prestados ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. O *UN DESA* auxilia países em todo o mundo na definição de agendas e tomada de decisões com o objetivo de enfrentar seus desafios econômicos, sociais e ambientais. Apoia a cooperação internacional para promover o desenvolvimento sustentável para todos, tendo como base a *Agenda 2030* para o Desenvolvimento Sustentável e os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) adotados pela Assembleia Geral da ONU em 25 de setembro de 2015. Fornecendo uma ampla gama de produtos analíticos, assessoria política e assistência técnica, o UN DESA traduz

³⁰⁴ Opinião Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a pedido da República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai.

efetivamente compromissos globais nas esferas econômica, social e ambiental em políticas e ações nacionais, e continua a desempenhar um papel fundamental no monitoramento do progresso em direção a metas de desenvolvimento acordadas internacionalmente. É também membro do Grupo das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

1.6.1 *Competência e Diretivas sobre o Tema das Migrações*

Ao facilitar as principais conferências e acordos mundiais nos domínios econômico, social e ambiental, de acordo com o mandato dos Estados membros da ONU, a UN DESA ajuda os países a encontrarem um campo comum estratégico, estabelecendo normas para a tomada conjunta de passos decisivos no âmbito econômico e social³⁰⁵.

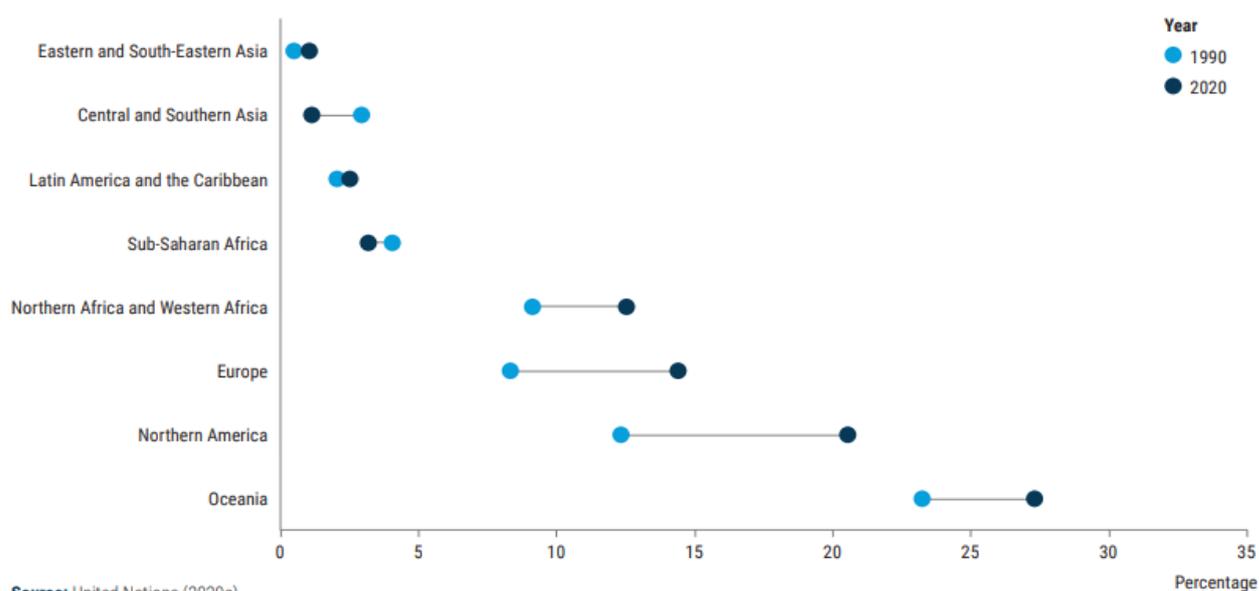
Vale enfatizar que a UN DESA realiza periodicamente estudos e pesquisas estatísticas sobre os fluxos migratórios ao redor do mundo, segmentando por critérios etários, de gênero e origem nacional. O âmago das atividades desenvolvidas pela UN DESA é assegurar o desenvolvimento sustentável em termos globais, envolvendo o setor econômico e social, e as interrelações entre país desenvolvidos, em desenvolvimento e pobres. Portanto, um aspecto, ou melhor: um repto central para a promoção do desenvolvimento sustentável é justamente a capacidade de engendração de uma migração *regular, ordenada e segura*.

A migração internacional pode facilitar a realização de muitos objetivos e metas da *Agenda 2030* para o desenvolvimento sustentável. A migração internacional é parte integrante do processo de desenvolvimento nos países de origem, trânsito e de destino. A *Agenda 2030* para o Desenvolvimento Sustentável inclui vários objetivos diretamente relacionados com a migração internacional ou aos migrantes. O mais explícito, neste aspecto, é o objetivo 10.7, que apela aos países para facilitar a migração e a mobilidade ordenada, segura, regular e responsável das pessoas, nomeadamente através da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas. Outros objetivos relacionados com a migração na *Agenda 2030* incluem o reforço e a retenção da mão de obra no setor da saúde nos países em desenvolvimento (objetivo 3.c), fornecendo bolsas de estudo no exterior (objetivo 4.b), respeitar os direitos laborais dos trabalhadores migrantes (objetivo 8.8), reduzir os custos da transferência de remessas (objetivo 10.c), acabar com o tráfico de seres humanos (objetivos 5.2, 8.7 e 16.2), estabelecer identidade legal, nomeadamente através do registo de nascimento (meta 16.9) e desagregação de dados

³⁰⁵ Disponível em: <<https://www.un.org/en/desa/what-we-do/intergovernmental-support>>. Acesso aos 07.08.2023.

por várias características, incluindo o estatuto migratório (meta 17.18). Além disso, a migração internacional pode facilitar a realização de outros objetivos e metas da Agenda 2030, incluindo os relacionados com a erradicação da pobreza, a facilitação do acesso aos cuidados de saúde, à educação e ao trabalho digno, e promover o crescimento econômico e a igualdade de gênero³⁰⁶.

Share of international migrants among persons of working age (20-64), by region of destination, 1990 and 2020



No gráfico supra, fornecido pelo UN DESA, é possível verificar que a porcentagem de migrantes internacionais em idade de trabalho entre os anos de 1990 e 2020 recrudescceu exponencialmente nas regiões da Europa, da América do Norte, da Oceania e do Norte e oeste africano. Do contrário, o contingente de migrantes laborais internacionais diminuiu neste mesmo lapso temporal, a saber nas regiões do centro e sudoeste asiático e da África subsaariana, mantendo-se praticamente inalterado na América Latina e Caribe.

³⁰⁶

1.7 O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)

O ACNUR, a principal Agência da ONU para Refugiados, é uma organização global dedicada primacialmente a salvar vidas, proteger direitos e construir um futuro digno para pessoas forçadas a fugir de suas casas devido a conflitos e perseguições, i.e., aos *refugiados*. Neste contexto institucional, o ACNUR lidera ações internacionais estruturantes para proteger refugiados, comunidades deslocadas à força e pessoas apátridas, tendo como visão um mundo onde cada pessoa forçada a fugir possa construir um futuro melhor e digno, desde a inserção no mercado de trabalho, acesso a serviços básicos de saúde e educação de qualidade³⁰⁷.

Globalmente conhecido como *Office of the High Commissioner for Refugees* (Escritório do Alto Comissariado para Refugiados), o ACNUR foi criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1950, após a Segunda Guerra Mundial, para ajudar milhões de pessoas que haviam perdido suas casas. Atualmente, o ACNUR trabalha em 135 países, mediante agências locais e profissionais credenciados para atuar em conjunto com os poderes administrativos estatais. O ACNUR fornece assistência emergencial para salvar vidas, incluindo abrigo, alimentação, água e cuidados médicos para pessoas forçadas a fugir de conflitos e perseguições, muitas das quais não têm mais ninguém a quem recorrer. Igualmente, integra, dentre outras questões, o objetivo institucional de asseguarção do direito humano de alcançar a segurança e auxílio a encontrar um lugar de residência aos refugiados, para que estes possam reconstruir suas vidas de modo expedito. A longo prazo, o ACNUR trabalha em cooperação com diversos países para aprimorar e monitorar as leis e as políticas de asilo e de refúgio, garantindo que os direitos humanos sejam respeitados *in totum*. Nesta contextura institucional e de objetivos ancorados na ONU, o ACNUR considera os refugiados e as pessoas forçadas a fugir como *parceiros*, colocando os mais afetados no âmago do planejamento estratégico e da tomada de decisões para uma governança global em cooperação e alinhamento com as políticas públicas internas dos Estados membros da agência.

Inicialmente, o ACNUR, a Agência da ONU para Refugiados, foi criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1950, após a Segunda Guerra Mundial, para ajudar os milhões de europeus que haviam fugido ou perdido suas casas. Foi dado um prazo de três anos para concluir esse trabalho e, em seguida, a agência foi dissolvida. Ao longo dos anos, o escopo primacial da agência foi ampliando para incluir também o apoio a refugiados que

³⁰⁷ Disponível em: <<https://www.unhcr.org/about-unhcr>>. Acesso aos 07.08.2023.

retornam para casa, pessoas deslocadas à força dentro de seu próprio país e aqueles a quem foi negada uma nacionalidade e que ficaram apátridas. Atualmente, o ACNUR tem 20.739 funcionários trabalhando em 135 países, ajudando mais de 50 milhões de refugiados a recomeçar suas vidas, bem como protegendo e dando apoio aos 108,4 milhões de pessoas atualmente deslocadas a força de sua residência habitual.

A Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) firmaram, recentemente, a extensão do Memorando de Entendimento que estabelece marco de cooperação entre as instituições até o ano de 2025, em razão do interesse comum de realizar capacitações e atuações conjuntas que contribuem diretamente para a proteção e o processo de integração local da população refugiada e apátrida no Brasil. O encontro para assinatura do termo, realizado na sede do ACNUR em Brasília (DF), contou com a participação do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, Carlos Alberto Vilhena, e do Representante do ACNUR, Davide Torzilli. *“A PFDC tem dedicado esforços para identificar soluções que envolvem a crise de deslocamento forçado mundial, buscando ações que visem ao acolhimento digno de refugiados, apátridas e migrantes no Brasil. Essa parceria é fundamental para fomentarmos o debate especializado sobre o tema”*.

O Representante do ACNUR, que tomou posse em janeiro de 2023, já havia feito uma visita à PFDC, ocasião em que destacou a relevância das ações realizadas pelo órgão federal, *in verbis*. *“A atuação do ACNUR em defesa de seu mandato de proteção e garantia de direitos das populações refugiadas e apátridas é realizada de forma conjunta com diferentes parceiros e a atuação da PFDC tem um papel fundamental no apoio jurídico e técnico para que possamos ter resultados efetivos e positivos para a integração destas pessoas no país”*.

O documento de cooperação institucional, jurídica e técnica assinado estabelece, entre outros propósitos, a contribuição para o fortalecimento das políticas nacionais de assistência, representação e patrocínio legal a favor dos solicitantes da condição de refugiado, bem para a divulgação de normas e princípios do direito internacional sobre o tema.

Um dos assuntos prioritários a ser discutido entre as duas instituições, com base no acordo, é o fomento à criação da *Política Nacional de Acolhimento*, conforme prevista no art. 120 da Lei de Migração (Lei 3.445/2017). Em dezembro de 2022, a PFDC promoveu, em parceria com o ACNUR, o *webinário* “Os Desafios para o Acolhimento de Migrantes e Refugiados”, no âmbito do Projeto Encontros da Cidadania. O evento contou com a participação da chefe do Escritório do ACNUR em São Paulo, Maria Beatriz Nogueira, do procurador regional da República, André de Carvalho Ramos, e do procurador da República, Guilherme Gopfert – ambos integrantes do Grupo de Trabalho Migração e Refúgio da PFDC.

Atualmente, o ACNUR é presidido pelo historiador e filósofo italiano, *Filippo Grandi*, cuja primeira eleição pela Assembleia Geral da ONU remonta ao ano de 2015. O múnus de direção do ACNUR pressupõe resiliência, experiência e capacidade estratégica para solver os graves problemas migratórios em nível global. O cenário abstruso e arrevesado da atual crise migratória engendra um imbróglio político e jurídico inaudito, que implica a aculturação de diversos povos nas mais distintas regiões do planeta, alocação de recursos financeiros vultuosos e a interlocução permanente com a cúpula dirigentes de centenas de países adstritos à ONU. Em fato, *Grandi* é um *expert* na área migratória, sendo que há mais de 30 anos está envolvido em trabalhos humanitários e na causa do refúgio. Entre 2010 e 2014, *Grandi* foi Comissário Geral da Agência da ONU de Assistência aos Refugiados da Palestina no Oriente Próximo (UNRWA), tendo atuado anteriormente como Vice-Comissário Geral desde 2005. Ele também foi Vice- Representante Oficial do Secretário Geral da ONU no Afeganistão. Já trabalhou em ONGs e no ACNUR na África, Ásia, Oriente Médio e na sede, em Genebra³⁰⁸.

1.7.1 *Competência e Atribuições*

Um grande contingente populacional pode recorrer às agências do ACNUR em seus países para garantir e proteger seus direitos humanos básicos e sua integridade física e mental na condição de migrante. Entretanto, no caso dos refugiados, o país de origem mostrou-se incapaz de prover essa garantia.

O ACNUR, a Agência da ONU para Refugiados, trabalha para assegurar que qualquer pessoa, em caso de necessidade, possa exercer o direito de buscar e receber refúgio em outro país e, caso deseje, regressar ao seu país de origem de forma segura.

O ACNUR não é e nem deseja ser uma organização supranacional. Portanto, não pode substituir a proteção dada pelas autoridades nacionais. Seu papel principal é garantir que os países estejam conscientes das suas obrigações de conferir proteção aos refugiados e a todas as pessoas que buscam refúgio, atuando em conformidade com esses compromissos.

Os sistemas nacionais de proteção e refúgio existem para decidir quais solicitantes de refúgio precisam de proteção internacional. É por isso que a questão central da proteção é o princípio da não devolução (ou *non-refoulement*): solicitantes de refúgio e pessoas refugiadas

³⁰⁸ ACNUR. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/alto-comissario/>>. Acesso aos 09.08.2023.

não podem ser retornadas a nenhum país ou território onde sua vida e integridade estejam em risco.

A Síria foi o país que mais gerou refugiados no mundo. Cerca de 824.400 pessoas foram forçadas a fugir dos conflitos que assolam o país. As crises na África subsaariana também levaram a novos deslocamentos. Quase 737.400 pessoas deixaram o Sudão do Sul para escapar de uma crise humanitária que cresceu consideravelmente em 2016. Burundi, Iraque, Nigéria e Eritreia também geraram grande número de refugiados.

Os 5,5 milhões de sírios que foram forçados a fugir constituem o maior grupo de refugiados do mundo. Os refugiados do Afeganistão aparecem em segundo lugar se considerado o país de origem.

A Turquia recebeu o maior número de refugiados – um total de 2,9 milhões, vindos principalmente da Síria. O país também abriga cerca de 30.400 refugiados do Iraque. As crises na África subsaariana tendem a forçar as pessoas a fugir para os países vizinhos e, como resultado, esta região continua a acolher um número cada vez maior de refugiados do Sudão do Sul, Somália, Sudão, República Democrática do Congo, República Centro-Africana, Eritreia e Burundi.

O Paquistão acolheu a segunda maior população de refugiados no final de 2016: 1,4 milhão de pessoas vindas principalmente do Afeganistão. Esse número diminuiu ligeiramente devido aos refugiados que regressaram para casa. Cerca de um milhão de refugiados buscaram segurança no Líbano e 979.400 no Irã.

Uganda vivenciou um aumento dramático da população de refugiados que saltou de 477.200 no final de 2015 para 940.800 no final de 2016. Esta população era constituída por pessoas vindas principalmente do Sudão do Sul (68%), mas também contava com números significativos de pessoas vindas da República Democrática do Congo, Burundi, Somália e Ruanda. Na verdade, Uganda registrou o maior número de novos refugiados em 2016.

O número de refugiados também aumentou na Etiópia, Jordânia e República Democrática do Congo. Na Alemanha, a população de refugiados mais do que duplicou em 2016 e chegou a 669.500 pessoas. O principal motivo para esse aumento foi o reconhecimento de solicitações de refúgio apresentadas em 2015 principalmente por sírios.

Os esforços ingentes do ACNUR ajudam a transformar políticas e serviços que afetam pessoas deslocadas e apátridas a nível nacional, regional e global. É uma parte essencial do trabalho do ACNUR, dialogando com múltiplos atores governamentais e privados.

Tanto nos países de acolhida como nos países de origem, o ACNUR atua junto à estrutura política, econômica e social nacionais para adequar as políticas, práticas e leis às

normas internacionais. Em tempos de deslocamento forçado, o ACNUR advoga para influenciar governos, parceiros não governamentais e o público em geral a adotar práticas que garantam a proteção a quem precisa. O financiamento para tanto advém quase inteiramente por contribuições voluntárias, sendo que 85% delas são provenientes de governos e da União Europeia. Apenas 3% vêm de outras organizações intergovernamentais e mecanismos de financiamento conjunto, enquanto outros 11% vêm do setor privado, incluindo fundações, corporações e o público em geral. Além disso, o ACNUR recebe um subsídio limitado (1%) do orçamento da ONU para custos administrativos, bem como contribuições em espécie, incluindo itens como barracas, remédios e caminhões.

O ACNUR foi criado com um orçamento anual de US\$ 300.000 em 1950. Mas, à medida que o trabalho e o tamanho cresceram, também aumentaram correlativamente os custos. O orçamento anual subiu para mais de US\$ 1 bilhão no início da década de 1990 e atingiu um novo recorde anual de US\$ 9,15 bilhões em 2021.

Desde o ano de 2003, o ACNUR implementa a assim chamada *Cátedra Sérgio Vieira de Mello* (CSVM)³⁰⁹ em cooperação com centros universitários nacionais. Ao longo dos anos, a Cátedra tem se revelado um ator fundamental para garantir que pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio tenham acesso a direitos e serviços no Brasil, oferecendo valioso apoio ao processo de integração local. Neste acordo de cooperação com as universidades interessadas, o ACNUR estabelece um Termo de Referência com objetivos, responsabilidades e critérios para adesão à iniciativa dentro das três linhas de ação: educação, pesquisa e extensão. Além de difundir o ensino universitário sobre temas relacionados ao refúgio, a Cátedra também visa promover a formação acadêmica e a capacitação de professores e estudantes dentro desta temática. O trabalho direto com os refugiados em projetos comunitários também é definido como uma grande prioridade. Como exemplos de iniciativas, diversas universidades têm desenvolvido ações para fomentar o acesso e permanência ao ensino, a revalidação de diplomas, assim como o ensino da língua portuguesa à população de refugiados.

A importância desta iniciativa foi reconhecida pela Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, assinada em 2004 por 20 países da região e que recomenda a investigação interdisciplinar da promoção e da formação do direito internacional dos refugiados.

³⁰⁹ Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/catedra-sergio-vieira-de-mello/>>. Acesso aos 07.08.2023.

A Cátedra, como seu nome indica, é uma homenagem ao brasileiro Sérgio Vieira de Mello, morto no Iraque naquele mesmo ano e que dedicou grande parte da sua carreira profissional nas Nações Unidas ao trabalho com refugiados, como funcionário do ACNUR.

1.7.2 A Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA)

Simultaneamente à proteção mediante a acolhida provisória de migrantes forçados pela ACNUR supra delineado, existe institucionalmente a cognominada *Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina* (doravante UNRWA), fundada para a proteção focalizada na crise humanitária na região da Palestina. Esta é uma agência de desenvolvimento e de assistência humanitária criada para proporcionar cuidados básicos de saúde, serviços sociais em geral, de educação e ajuda de emergência aos mais de 6 milhões de refugiados palestinos que vivem na Faixa de Gaza, Cisjordânia, Jordânia, Líbano e Síria. A Agência iniciou suas operações em 01 de maio de 1950, ou seja, antes mesmo da criação do ACNUR, em dezembro de 1950, e da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (CNUER). A UNRWA, conquanto seja anterior à CNUER, começa a vigorar *de facto* no ano de 1952, sendo atualmente um dos programas das Nações Unidas que funciona regionalmente³¹⁰. *Nakba*³¹¹, o termo árabe que significa “catástrofe”, é comumente utilizado para caracterizar o êxodo palestino no ano de 1948 de aproximadamente 800 mil palestinos, fato que encetou o conflito, até hoje vigente, com os israelenses. *Ad instar* dos termos “holocausto” e “shoa” para os judeus, a *Nakba* igualmente é utilizada pelos palestinos como descrição de um período histórico de sofrimento sem precedentes de um determinado povo³¹².

A UNRWA é financiada quase que inteiramente por contribuições voluntárias dos Estados membros da ONU, o que, recentemente, tem vulnerabilizado as atividades da agência, mormente pela contingência financeira para controlar uma crise que se agudiza a cada ano. A

³¹⁰ Cf., JARDIM, Denise Fagundes. Os Refugiados Palestinos e a *Nakba*: Reflexões sobre Estados Nacionais, Colonialismo e a Proteção Internacional nos anos 1950, in: *Travessia – Revista do Migrante*. Ano XXXII, n. 85, janeiro/abril de 2019. p. 132-3.

³¹¹ A *Nakba*, ou catástrofe palestina, é o termo utilizado pelos palestinos que designa o início do processo de expulsão sistemática das terras dantes por eles ocupadas. A rigor, este fato começa em novembro de 1947, quando a Organização das Nações Unidas (ONU) criou um projeto de partilha do outrora território palestino, cedendo mais da metade das terras para a criação do atual Estado de Israel.

<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?17%2F05%2F2023%2Fnakba--a-catastrofe-palestina--e-tema-de-ato-solene-na-alesp=#:~:text=Nakba.,palestinos%2C%20em%20sua%20hist%C3%B3ria%20recente.>

³¹² Cf., por todos, BASHIR, Bashir; GOLDBERG, Amos. *The Holocaust and the Nakba – A New Grammar of Trauma and History*. New York: Columbia University Press, 2018.

UNRWA igualmente recebe um financiamento diminuto do orçamento regular das Nações Unidas, que é usado principalmente para os custos de pessoal internacional. Os serviços da Agência abrangem educação, assistência médica, serviços sociais e de socorro, infraestrutura e melhoria de campos, microfinanciamento e assistência emergencial, inclusive em tempos de conflito armado. A estrutura orçamentária da UNRWA reflete a estratégia a médio prazo para que se baseia nas prioridades de desenvolvimento humano que a UNRWA se esforça por alcançar. Mais de metade do orçamento do programa para 2020, no valor de 806 milhões de dólares, destinou-se à educação, com a prioridade de que "as crianças em idade escolar completem um ensino básico de qualidade, equitativo e inclusivo", enquanto 15% foram dedicados a garantir que "a saúde dos refugiados seja protegida e a carga de doenças seja reduzida"³¹³.

Após a Guerra de 1948, a UNRWA foi criada pela Resolução 302 (IV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 8 de dezembro de 1949, para realizar programas diretos de assistência e obras para os refugiados da Palestina.

Na ausência de uma solução para o problema dos refugiados palestinos, a Assembleia Geral renovou várias vezes o mandato da UNRWA, estendendo-o recentemente até 30 de junho de 2023. A UNRWA é única em termos de seu compromisso de longa data com um grupo de refugiados. Ela vem contribuindo para o bem-estar e o desenvolvimento humano de quatro gerações de refugiados da Palestina, definidos como "pessoas cujo local de residência habitual era a Palestina durante o período de 1º de junho de 1946 a 15 de maio de 1948 e que perderam o lar e os meios de subsistência como resultado da Guerra de 1948". Os descendentes de refugiados palestinos do sexo masculino, incluindo filhos legalmente adotados, também são elegíveis para registro.

Os serviços da UNRWA estão disponíveis para todos aqueles que vivem em suas áreas de operações, que se enquadram nessa definição, que estão registrados na Agência e que precisam de assistência. Quando a Agência iniciou suas operações em 1950, estava respondendo às necessidades de cerca de 750.000 refugiados palestinos. Atualmente, cerca de 5,9 milhões de refugiados palestinos se qualificam para os serviços da UNRWA.

³¹³ UNRWA. Disponível em: <<https://www.unrwa.org/how-you-can-help/how-we-spend-funds>>. Acesso aos 07.08.2023.

1.7.3 A Institucionalização de Campos de Refúgio e a Política de Reassentamento

Um dos marcos mais significativos e simbólicos da atual crise dos refugiados é a institucionalização em escala global de campos provisórios para o assentamento de pessoas em massa, perseguidas em seus países de origem. Tal símbolo contextual da história recente, conquanto engendrado adrede para a promoção, concreção fática e premente de direitos humanos dos refugiados, remete aos famigerados guetos³¹⁴, cujo desenvolvimento culminou nos hediondos campos de concentração nazistas – *Konzentrationslager (KZ)*. A assim cognominada *solução final*³¹⁵ foi forjada desde a perspectiva do extermínio prêt-à-porter dos judeus, em primeira linha, dos adversários políticos e ideológicos do regime nacional-socialista³¹⁶, dos homossexuais, dos ciganos, e das pessoas com deficiência física e mental. Por tal razão histórica, os campos de refugiados, ainda que instituídos em caráter nobre e adrede para a asseguarção dos direitos humanos, devem ser concebidos em caráter de provisoriedade e urgência, levando-se em consideração que a segregação de estrangeiros, sem a consentânea política de integração social, é de per se violadora dos mais elementares *standards* protetivos dos migrantes internacionais. De acordo com as mais recentes estimativas da ONU, *um quinto dos refugiados do mundo*, i.e., aproximadamente 6,6 milhões de pessoas, sobrevive em campos de refugiados institucionalizados mundo afora. Não é factível identificar um número preciso e assertivo de campos de refugiados no mundo em virtude, *inter alia*, ao complexo processo de rastreamento de refugiados e seus movimentos correlativos. Nada obstante, uma hipótese presuntiva é que há, pelo menos, 500 campos de refugiados no mundo, vez que um campo de refugiados em média abriga 11.500 pessoas.

Os campos de refugiados são instalações *necessariamente* temporárias, criadas para abrigar e auxiliar pessoas em situação de *vulnerabilidade* que foram forçadas a deixar suas

³¹⁴ Para um estudo de abrangência história e analítica invulgar, cf., DUNEIER, Mitchell. *Ghetto – The Invention of a Place. The History of an Idea*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2017. Em termos de filmografia, vale citar a obra do diretor lituano Audrius Juzėnas, lançada no ano de 2006 e intitulada *Ghetto*.

³¹⁵ A “Endlösung der Judenfrage” foi engendrada na designada Conferência de Wannsee (distrito de Berlim), aos 20.01.1942. Para um retrato contextual fidedigno do fato histórico, indica-se o filme do diretor alemão Heinz Schrik, intitulado – *Die Wannseekonferenz*, lançado em 1984. <https://www.youtube.com/watch?v=URSNN5mnI2g>.

³¹⁶ A base ideológica do nazismo se encontra na doutrina do teórico britânico Houston Stewart Chamberlain, em especial no seu livro *Fundamentos do século XIX*, e nos escritos ocultistas de Jorg Lanz e Guido von Liszt, que serviram como guia para a atuação da Sociedade Thule, principalmente pela atuação de Alfred Rosenberg e Dietrich Eckart, na política e na vida social da Bavária do início do século XX.

casas devido a diferentes tipos de violência que enfrentaram. Os campos não se destinam a oferecer soluções de longo prazo, mas fornecem às pessoas alimentos, água, atendimento médico e outros serviços vitais. De acordo com o ACNUR, em média, os refugiados permanecem entre 10 e 15 anos em um campo de refugiados, mas a duração pode variar muito, dependendo de diversos fatores, incluindo o motivo do deslocamento e a extensão do conflito na área.

Os dados mais recentes mostram que atualmente 100 milhões de pessoas já fugiram de suas residências em busca de um lugar mais seguro. Esse número é 10,7 milhões maior do que a estimativa no final de 2021. O Alto Comissariado da ONU para Refugiados lista os cinco campos de refugiados a seguir como os maiores do planeta:

i) Dadaab no Quênia

Considerado o maior campo de refugiados do mundo, Dadaab, no Quênia, encontra-se sob ameaça de fechamento. De acordo com as Nações Unidas, o governo do país justifica que a ação tem a ver com custos, segurança e fatores ambientais. Além disso, o Quênia alega presença de islamistas radicais do Al Shabab, filiado à Al-Qaeda, no local. A previsão é fechar o campo até novembro deste ano. Para a agência da ONU, a medida poderia afetar até 600 mil pessoas em acampamentos de refugiados no norte do país, especialmente somalis e de sudaneses.

Há mais de 25 anos, Dadaab acolhe pessoas que foram forçadas a fugir de perseguições e guerras na África. O complexo de Dadaab inclui cinco acampamentos que abrigam 350 mil pessoas. A Somália, de onde vem a maior parte dos refugiados neste campo, enfrenta um violento conflito desde a queda do ditador Siad Barre, em 1991. Além disso, secas comprometem a segurança alimentar do país. Como resultado disso, uma milícia radical islâmica conhecida como Al-Shabaab, filiada à Al-Qaeda, ganhou espaço no país.

ii) Kutupalong em Bangladesh

Kutupalong começou a se desenvolver como um refúgio no lado oposto da fronteira birmanesa em 1991, mas os confrontos armados em 2017 no estado de Rakhine, em Mianmar, levaram à maior migração de milhares de rohingyas que abandonaram suas casas para ir ao acampamento. Isso forçou as autoridades de Bangladesh a construir um campo capaz de abrigar

mais de 800.000 pessoas que buscavam abrigo. Hoje, com uma população de refugiados superior a 860.000 (dos quais metade são crianças), esse é o maior campo de refugiados do mundo, ocupando uma área de cerca de 13 quilômetros quadrados.

iii) Nakivale em Uganda

Mais de meio milhão de pessoas buscam abrigo nos campos de Nakivale, em Uganda, para fugir da violência e abuso dos direitos humanos principalmente do Sudão do Sul, Burundi, Somália e República Democrática do Congo, segundo o Acnur. Além disso, o espaço acolhe refugiados de Ruanda desde a guerra civil e genocídio na década de 1990. Isso faz de Uganda o terceiro país no mundo que mais abriga refugiados.

Nakivale existe desde 1958 e hoje é composto por mais de 70 vilas. De acordo com a agência da ONU, em Uganda os refugiados têm os mesmos direitos dos nativos, podem trabalhar e até estabelecer seus próprios negócios. “Eles têm liberdade para ir e vir e ganham terras para uso agrícola, para diminuir a dependência de ajuda humanitária”, explica o Acnur.

iv) Zaatari na Jordânia

O campo de Zaatari é um assentamento temporário que foi estabelecido em julho de 2012, em meio ao grande fluxo de refugiados da Síria. Hoje, ele é o terceiro maior campo de refugiados do Oriente Médio, de acordo com o Acnur, com mais de 80 mil residentes sírios. Mais de metade da população de Zaatari é formada por crianças, sendo que uma em cada três delas não frequenta a escola.

De acordo com o Acnur, existem também mais de nove mil jovens no campo com idades entre 19 e 24 anos que precisam de treinamento profissional, além de oportunidades de emprego e geração de renda, demandas também da população adulta. Cerca de 5,2% destes jovens estavam na universidade na Síria, mas abandonaram os estudos devido ao conflito. Os que se graduaram perfazem 1,6%.

Em que pese a massiva maioria os campos de refugiados estarem localizados geograficamente na África, tanto a Alemanha como o Brasil dispõem atualmente de locais destinados a acolhida temporária e integração posterior de refugiados em situação de extrema vulnerabilidade. A título exemplificativo, a ONG “Casa Venezuela” no Brasil vem

desempenhando um papel crucial para a recepção e refugiados venezuelanos, máxime os provenientes da região norte do país.

Como amplamente consabido, a Venezuela está vivendo a pior crise política, econômica e social da sua história. Uma realidade inumana, caracterizada por violência, fome, doença, pobreza, e repressão tem obrigado milhões de Venezuelanos a procurar uma vida digna fora do seu país.

A quantidade de Venezuelanos procurando refúgio em outros países tem crescido exponencialmente desde 2014. Em 2020, a crise de refugiados venezuelanos tornou-se a segunda maior do mundo e a maior da história da América Latina. Dados oficiais da ONU (Organização das Nações Unidas) estimam que mais de 6 milhões de Venezuelanos tenham fugido do país (quase 20% da população total da Venezuela).

Desses 6 Milhões de Venezuelanos, cerca de 300 mil já atravessaram a fronteira com o Brasil. A proximidade geográfica, tamanho do seu território nacional e a sua política amigável em relação a refugiados, posiciona o Brasil como um destino chave para imigrantes venezuelanos.

O objetivo da Casa Venezuela é, a rigor, facilitar e otimizar o processo de integração socioeconômica dos migrantes venezuelanos, que chegam ao Brasil fugindo da crise e à procura de uma vida com mais paz, dignidade e oportunidades, no mais das vezes em situação de vulnerabilidade extrema. As principais áreas de ação da Casa Venezuela são a inserção laboral e sociocultural dos refugiados. Para tal desiderato, a ONG conta com a parceria de demais organizações que atuam neste âmbito específico, do governo brasileiro e de países que apoiam a causa migratória, bem como de empresas privadas e multinacionais, sem contar com as fundações internacionais. Neste contexto, a ONG Casa Venezuela defende, na seara política, os valores democráticos, com o respeito *in totum* às liberdades individuais e aos direitos humanos.

A jornada do imigrante venezuelano no Brasil começa em regra no município de Pacaraima, no Estado de Roraima. Esta é a fronteira entre os dois países e se estima que mais de 350 mil venezuelanos já atravessaram (dados oficiais do governo brasileiro 2020). Considera-se que os venezuelanos que entram por esta via terrestre são os mais vulneráveis, e é o grupo que a ONG *Casa Venezuela* e a Operação Acolhida (governamental) têm focalizado a maioria dos seus recursos e esforços para o auxílio premente.



Por seu turno, a designada “*Operação Acolhida*”, do Governo Federal e da Forças Armadas, opera igualmente para a integração digna dos refugiados no país. De acordo com agências da ONU, o número de venezuelanos que deixou o país ultrapassa 5 milhões de pessoas e o Brasil seria o quinto destino procurado por eles. Para garantir o atendimento humanitário aos refugiados e migrantes venezuelanos em Roraima, principal porta de entrada da Venezuela no Brasil, o governo federal criou, em 2018, a cognominada *Operação Acolhida*.

O ano de 2017, por sua vez, representou o momento de início da atuação estruturada do ACNUR em Roraima. Ao se estabelecer no território, o ACNUR iniciou diálogos com a Polícia Federal e com entidades atuantes no Estado. Assim, a abertura do Escritório de Campo em Boa Vista contribuiu com melhor engajamento junto à rede local e às autoridades. O ACNUR assumiu enorme protagonismo na organização das respostas, sendo a agência das Nações Unidas que mais se destacou em todo esse período em relação à proteção das pessoas venezuelanas que se encontravam no Brasil. Ainda no ano de 2017, o ACNUR, em conjunto com organizações da sociedade civil, também enfrentou as dificuldades inerentes da abertura dos primeiros abrigos, buscando adaptar a experiência internacional à realidade local. A partir de 2018, o Governo Federal decidiu fortalecer as atividades já em andamento e atuar de forma mais contundente por meio do estabelecimento da *Operação Acolhida*, uma operação de resposta humanitária do Governo Federal que estrutura as diversas ações desenvolvidas na recepção e documentação, acolhimento e abrigamento temporário, e interiorização de venezuelanos dentro do território brasileiro. Assim, desenhou-se uma ação que propôs uma intervenção completa e que atuaria de forma interrelacionada com apoio do ACNUR, outras agências da ONU, sociedade civil, academia, e setor privado. Nesse contexto, destaca-se, por

exemplo, o importante papel que o ACNUR exerceu no atendimento em Postos de Recepção e Triagem, na abertura de diversos abrigos em Boa Vista, e na formação e qualificação dos contingentes que se dirigem para atuar na Operação Acolhida, apoiando a melhoria das ações e facilitando a padronização do atendimento.

Os escritórios do ACNUR em Manaus, Belém e São Paulo, por sua vez, foram criados neste momento, ou passaram a atuar de forma coordenada com o processo de acolhimento realizado em Roraima, e se tornaram fundamentais para a estratégia de *interiorização e integração*. Foi também neste ano que se formalizou a intenção de se celebrar o primeiro Acordo entre a República Federativa do Brasil e o ACNUR para o estabelecimento e o funcionamento da Agência no Brasil com acordo próprio. Conhecido como *Acordo Sede*, o documento foi *a posteriori* aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro e entrou em vigor no dia 24 de junho de 2021.

Já no ano de 2019, para além do fortalecimento e expansão das atividades em todo Brasil, a decisão do CONARE de reconhecer a grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela, por meio da Nota Técnica n.º 3/2019/CONARE, abriu o caminho para o reconhecimento da condição de refugiado para nacionais venezuelanos por meio de um procedimento simplificado. Até março de 2022, mais de 49 mil pessoas da Venezuela foram reconhecidas como refugiadas por meio desse procedimento simplificado, o que faz do Brasil o segundo país do mundo em termos de pessoas venezuelanas refugiadas reconhecidas.

Ainda neste contexto, o ACNUR e TV Globo firmaram uma parceria técnica inédita para a realização da primeira novela global sobre pessoas refugiadas, “Órfãos da Terra”, que no ano seguinte consagrouse como a melhor telenovela pelo Emmy³¹⁷. A divulgação da crise humanitária dos migrantes refugiados também constitui objetivo lícito e justificável, inclusive para a coesão social e engajamento popular à resolução mais rápida da crise.

Uma grande força-tarefa humanitária executada e coordenada pelo Governo Federal com o apoio de entes federativos, agências da ONU, organismos internacionais, organizações da sociedade civil e entidades privadas, totalizando mais de 100 parceiros, a Operação oferece assistência emergencial aos refugiados e migrantes venezuelanos que entram no Brasil pela fronteira com Roraima.

O atendimento ao fluxo de migrantes e refugiados venezuelanos na fronteira do Brasil com a Venezuela começa nas estruturas montadas para assegurar a recepção, identificação,

³¹⁷ Cf., por todos, *O ACNUR antes e depois da Operação Acolhida: Uma Análise à Luz da Resposta Humanitária Brasileira*. Brasília: Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2022. p. 12-3.

fiscalização sanitária, imunização, regularização migratória e triagem de todos quem vêm do país vizinho.

Em funcionamento desde junho de 2018, a *Operação Acolhida* conta com a atuação integrada de servidores federais, militares, profissionais de organismos internacionais e entidades da sociedade civil. Consoante a Polícia Federal, de 2017 até junho de 2022, mais de 763 mil venezuelanos entraram no País e 301 mil solicitaram regularização migratória para buscar oportunidades e melhores condições de vida.

As seguintes estruturas da *Operação Acolhida* estão desdobradas em Pacaraima, onde diversos órgãos trabalham em total sinergia (Forças Armadas, Ministério da Cidadania; Polícia Federal; Receita Federal; Defensoria Pública da União (DPU); Tribunal de Justiça de Roraima; Organização Internacional para as Migrações (OIM); Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR); Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA); Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Para atender à grande quantidade de migrantes e refugiados, que aguardam a oportunidade de participar do processo de Interiorização ou absorção no mercado local, a *Operação Acolhida* estabeleceu, na área urbana de Boa Vista, 9 (nove) abrigos para acolhimento de indígenas e não indígenas. Nestes abrigos, são oferecidos alimentação, proteção, segurança, saúde e atividades sociais e educativas.

Além disso, criou, no entorno da Rodoviária Internacional de Boa Vista, um Posto de Recepção e Apoio, cuja finalidade é atender aos migrantes e refugiados desabrigados. Neste Posto, são oferecidos serviços de informações, local para banho, instalações sanitárias, guarda-volumes, local de distribuição de doações e alimentos e refeitório.

Ainda em Boa Vista, foi instalado um Posto de Interiorização e Triagem, com a finalidade de atender pendências quanto à regularização migratória e, principalmente, possuir em seu interior o Centro de Coordenação de Interiorização (CCI), responsável, no nível operacional, de realizar todo o processo de Interiorização.



Deve ser enfatizado, outrossim, que a crise sem precedentes instaurada na Venezuela está impactando assombrosamente a Colômbia, que já desponta nos dados estatísticos como o terceiro país que mais acolhe refugiados no mundo, conquanto seja um Estado em desenvolvimento, com território pequeno e com problemas sociais e políticos crônicos.

Países	Número de pessoas deslocadas
 Turquia	3.600.000
 República Islâmica do Irã	3.400.000
 Colômbia*	2.500.000
 Alemanha	2.100.000
 Paquistão	1.700.000

**Inclui outras pessoas em necessidade de proteção internacional
14 de junho de 2023*

Fonte: [ACNUR Global Trends 2022](#) • [Obter dados](#) • Criado com [Datawrapper](#)

Na Alemanha, os campos de refugiados já são uma realidade ostensiva em diversas cidades, inclusive na capital Berlim. Nada obstante, de modo mais esporádico, já havia campos de acolhimento de refugiados na Alemanha após a primeira guerra mundial, à época da República de Weimar, e, inclusive, a partir de 1945, como, a título ilustrativo, o campo Uelzen-Bohldamm, que funcionou de 1945 a 1963, especialmente para acolher alemães provenientes da Alemanha oriental, antes da construção do muro de Berlim, consoante a reprodução iconográfica infra:



Após a chegada, os refugiados precisam passar por um centro de acolhimento inicial, entre seis semanas e três meses na Alemanha. Depois disso, os Estados federados também podem alojar os refugiados em apartamentos, i.e., fora dos campos destinados aos refugiados recém-chegados. No entanto, muitos Estados federados mantêm os requerentes de asilo e as pessoas refugiadas em campos durante tempo indeterminado.

Em Bremen há três campos grandes e dois menores, e mais quatro campos em *Bremerhaven*. A rigor, os refugiados que solicitam asilo são normalmente alojados para que aguardem a resposta administrativa da solicitação (BAMF). Berlim é o único Estado federado que permite que os refugiados vivam em apartamentos logo após a chegada. No entanto, existem ainda hoje campos de refugiados em Berlim, com administração centralizada e auxílio para a integração.

No ano de 2003, o Ministério do Interior da Baixa Saxónia declarou que, com o alojamento em campos, os refugiados "são induzidos pelo pessoal das instalações a abandonar voluntariamente o país de forma muito mais eficaz do que com o alojamento descentralizado". Por outro lado, "a experiência mostra que viver numa comunidade leva a uma consolidação de fato da estadia". No total, o Estado da Baixa Saxónia mantém três centros de acolhimento de refugiados em *Braunschweig*, administrados de forma centralizada, *Oldenburg* e *Bramsche* (cada um com 550 lugares), alguns dos quais funcionam também como centros de partida.

No Estado de Brandeburgo, existem cerca de 20 campos, alguns dos quais estão situados longe de qualquer infraestrutura e encontram-se frequentemente em muito mau estado de conservação. O contato com o resto da população é praticamente impossível, assim como o acesso direto aos supermercados e aos advogados. Por vezes, os refugiados nos terrenos baldios são vítimas de ataques racistas. Em alguns campos, não é distribuído dinheiro, mas apenas cartões inteligentes/vouchers ou cheques. O *Saarland* tem um enorme campo de refugiados, onde vivem cerca de 850 pessoas. Durante anos, os refugiados do campo de *Lebach* têm de fazer fila duas vezes por semana para receberem comida e pacotes de higiene. Os quartos, que podem ser partilhados por quatro pessoas, têm normalmente dois beliches, uma mesa, quatro cadeiras e uma geladeira. A comida é feita em cozinhas coletivas, e os banhos só podem ser tomados durante as horas de abertura em um ambiente apartado.

Uma vez que não existem normas mínimas a nível federal para o alojamento dos refugiados, as condições de vida em cada Estado são muito distintas para o acolhimento de refugiados. Nos distritos de *Hochtaunus* e *Main-Taunus*, por exemplo, quase todos os refugiados têm de viver em campos, com quartos partilhados. O Estado de Schleswig-Holstein utiliza um antigo quartel militar, onde os refugiados recebem contribuições em espécie, bem

como são integradas no acampamento. Os refugiados devem permanecer inicialmente no local durante pelo menos três meses, podendo depois ser distribuídas pelos municípios e cidades independentes. Para além do centro de acolhimento inicial, o quartel-militar Scholz, em *Neumünster*, alberga também campos de permanência para os refugiados, com auxílio emergencial aos recém-chegados.

A especialidade do sistema de alojamento de Hamburgo é o "*outsourcing*". Todos os refugiados recém-chegados são inicialmente alojados durante alguns dias na "*Anlaufstelle*" na Sportallee de Hamburgo. A Sportallee é um abrigo com 40 lugares. Depois de apresentarem um pedido de asilo e de serem submetidos a uma audiência, os refugiados, com exceção das famílias com crianças em idade escolar, são transferidos durante três meses para a "*Wohnaußenstelle Nostorf-Horst*", em *Mecklenburg-Vorpommern*. Aí recebem prestações em espécie. De volta a Hamburgo, os refugiados permanecem nos campos até findar o processo de integração e internalização.

Na Renânia do Norte-Vestefália o alojamento dos refugiados é bastante diferente. Cerca de um terço dos refugiados vive em alojamentos privados arrendados, outro terço em alojamentos coletivos, alguns dos quais com carácter residencial. Os refugiados na Renânia-Palatinado são inicialmente alojados num grande campo em *Trier* e recebem prestações em espécie. Após, os refugiados são distribuídos pelos municípios e podem, normalmente, mudar-se para apartamentos. Mas também na Renânia-Palatinado, há municípios que mantêm campos.

Os refugiados em *Baden-Württemberg* dispõem de 4,5 m² por pessoa para viver, de acordo com a lei de acolhimento. Com 110 campos, Baden-Württemberg ocupa o segundo lugar em número de campos, logo a seguir à Baviera numa comparação entre os Estados federados.



(Campo de Refugiados no Estado de Baden-Württemberg)

Em Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental existem onze campos de refugiados, dois dos quais deverão ser encerrados devido à diminuição do número de refugiados. No centro de

acolhimento inicial – *Erstaufnahmeeinrichtung* – e no alojamento comunitário estatal, os residentes sobrevivem de prestações em espécie periódicas.

Os refugiados que se encontram nos campos de acolhimento tornam-se, por vezes, vítimas de ataques de jaez xenofóbico. No ano de 2009, registaram-se vários ataques contra refugiados e suas famílias num campo em *Bördelandkreis*, que se situa na antiga faixa de fronteira. Na Saxónia, muitas pessoas refugiadas e requerentes de asilo estão alojados em campos parcialmente degradados e isolados. Durante anos, muitas das pessoas refugiadas tiveram de viver de prestações em espécie. Depois de um decreto de 2007 ter tornado possível a concessão de prestações pecuniárias, muitas autarquias passaram gradualmente a conceder prestações em dinheiro. No entanto, alguns municípios ainda mantêm as prestações em espécie.

Existem mais de 20 campos de refugiados na Turíngia. Estes campos estão, na sua maioria, isolados, o que dificulta no oferecimento de oportunidades à integração social e cultural. Com 118 campos, a Baviera é o primeiro Estado da Alemanha em termos de números de campos de acolhimento.³¹⁸.



(Alojamentos em campos de refúgio na Alemanha)

³¹⁸ Disponível em: https://www.frsh.de/fileadmin/schlepper/schl_51-52/s51-52_9-11.pdf. Acesso aos 26.08.2023.



(Banheiros nos campos de Refugiados na Alemanha).

8 Inter-relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público: Constitucionalização do Direito Internacional e o Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro e Alemão

O Direito internacional público, e a sua correlativa arquitetura protetiva dos direitos humanos, está em franca ascensão e expansão ao redor do mundo, influenciando deveras governos, sistemas jurisdicionais e parlamentos de um número considerável de países. Brasil e Alemanha não fogem à regra, de tal modo que, por muitas vezes, o direito constitucional de ambos os Estados, por intermédio da atuação de suas Cortes constitucionais, já expressou a importância do sistema jurídico internacional para a proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, para a atuação estatal e para a configuração política do próprio Estado.

A fortiori, insta a análise do que vem se designando de controle de convencionalidade e sistema multinível de proteção dos direitos humanos, que, em fato, engendra um amálgama inextricável entre o direito nacional doméstico e o direito internacional, no sentido de potencializar a afirmação jurisdicional dos direitos, através de vários níveis de controle e efetividade, em atuação conjunta e uníssona entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, sem que haja, contudo, uma supremacia apriorística entre o nível nacional e o internacional, e nem uma sobreposição jurídico-axiológica entre a judicatura constitucional e a jurisprudência internacional. Conquanto o panorama seja, a princípio, anfigúrico e abstruso, o ponto nodal desta interrelação entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos radica na existência de um *locus* autônomo de

atuação jurisdicional, sem que haja, entre eles, quaisquer anulamentos ou níveis hierárquicos para fins revisionais, e sim uma autêntica interação dialética. Consoante a conceituação do exímio constitucionalista de Granada, Balaguer Callejón, *ipsis litteris*³¹⁹:

“Por constitucionalismo multinível entendemos aqui a interação entre os diversos níveis constitucionais no âmbito europeu. Interação dialética que está gerando um Direito constitucional europeu entendido em dois sentidos: em sentido estrito como Direito constitucional da União Europeia e em sentido amplo como Direito constitucional dos diversos níveis constitucionais (europeu, estatal, territorial) na Europa”.

Para Flávia Piovesan, outrora comissária brasileira da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA, Washington), de 2018 a 2021³²⁰, o constitucionalismo multinível é uma realidade cada vez mais presente na contextura judiciária do entroncamento entre o sistema do direito internacional público e os vários níveis de proteção dos direitos humanos e fundamentais que conglobam ordens jurídicas locais, regionais, supranacionais e internacionais. Conforme a festejada internacionalista da PUC/SP, o diálogo jurisdicional na perspectiva multinível compreende quatro vertentes, o diálogo com o sistema global (desde os parâmetros protetivos dos direitos humanos), o diálogo com os sistemas regionais (máxime, entre as articulações e contribuições mútuas do sistema europeu e interamericano), o diálogo com os sistemas nacionais, incluindo o assim chamado *controle de convencionalidade*, e, alfim, o diálogo com a sociedade civil, a engendrar os baldrames de legitimação social das Cortes regionais e internacionais. *Ad litteram*:

“A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”. Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *state approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *human rights approach*. Isto

³¹⁹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Possibilidades e Limites da Reforma Constitucional na Espanha no Contexto do Estado Autônomo Integrado na União Europeia, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 6, jan/mar, 2009. p. 102.

³²⁰ <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/composicion.asp#3>. Acesso em 09.08.2023.

é, aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinaridade, a ressignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*. No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA”³²¹.

Diálogo pressupõe, dentre outros fatores, *horizontalidade* e *cooperação*, porquanto não há que se falar em graus de hierarquia e instâncias revisionais, no sentido de um escalonamento hierárquico-normativo na esteira do que se sedimentou na teoria *kelseniana*. Dessarte, o *constitucionalismo multinível* deverá ser compreendido, a rigor, como um sistema dialógico e cooperativo de normas jurídicas provenientes de múltiplas fontes do Direito, nacionais e internacionais, de aplicação intersetorial e de amplo alcance, de vetor hermenêutico homogêneo à luz do *human rights approach*, e de coparticipação ativa dos Estados, das Organizações Internacionais, da sociedade civil e dos indivíduos, em especial nos procedimentos de controle de constitucionalidade e de convencionalidade³²². Nas palavras do jurista alemão *Ingolf Pernice*, catedrático da Universidade Humboldt de Berlim, e inserto no contexto europeu, máxime da União Europeia, o conceito jurídico-dogmático de *constitucionalismo multinível*, conquanto indique a princípio um sistema hierarquizado e escalonado, trabalha, na verdade e à evidência, com a noção de *justaposição* numa perspectiva eminentemente pluralista.

“The term ‘multilevel’ constitutionalism seems to imply a hierarchy. But the supranational as an additional constitutional level is not hierarchically

³²¹ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma, in: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 6 (2), julho/setembro de 2014. p. 150.

³²² *Pari Passu* à assim designada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, tese formulada por Peter Häberle, factível e imperativo se mostra atualmente a existência de uma comunidade internacional aberta dos intérpretes dos Tratados internacionais, de modo a descentrar o Direito internacional dos direitos humanos na figura monolítica estatal. Cf., por todos, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor – SAFE, 2003. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

higher or lower than the national constitution, but juxtaposed in a pluralist sense. European constitutional law is not separate from, but based upon, the national constitutions; European and national constitutional law are in many ways interwoven and interdependent; they form one system of law, a unity in substance producing, ideally, one legal solution in each particular case (...) this makes sense if understood as a way of people organising public authority at national and supranational level, instituted with different powers, for acting in their common interest, respectively, for different purposes as their common ‘agents and trustees’³²³.

2.1 O Direito Constitucional Alemão e o Sistema Multinível de Proteção de Direitos na Europa

Na Alemanha, máxime no contexto acadêmico, a cumulação de direitos humanos e fundamentais em vários níveis de positivação (nacional e internacional) já é deveras reconhecido e sistematizado dogmaticamente. Em termos práticos, é de central relevância, na perspectiva metodológica, a compreensão de direitos fundamentais como “*standards*”³²⁴. Nesta contextura analítica, os direitos fundamentais atuam como *standards mínimos* para a liberdade e igualdade. Não há, a rigor, uma exclusão recíproca entre os vários níveis de positivação de direitos. Muito pelo contrário, deve ser mantido um *standard* mínimo protetivo dos direitos humano, ainda que configurado por normas positivadas em distintos níveis. A razão de ser do sistema multinível de proteção na Europa, desde a perspectiva do Direito alemão, pode ser sumarizado *ad litteram* infra:

³²³ PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, in: *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015. p. 544-45. Tradução livre do inglês: “O termo constitucionalismo “multinível” parece implicar em uma hierarquia. Porém, o supranacional, como um nível constitucional adicional, não é hierarquicamente superior ou inferior à constituição nacional, mas justaposto em um sentido pluralista. O direito constitucional europeu não é separado das constituições nacionais, mas se baseia nelas; o direito constitucional europeu e o nacional estão, de muitas maneiras, entrelaçados e interdependentes; eles formam um sistema de Direito, uma unidade em substância que produz, idealmente, uma solução legal em cada caso particular (...) isso faz sentido se for entendido como uma maneira de as pessoas organizarem a autoridade pública em nível nacional e supranacional, instituída com poderes diferentes, para agir em seu interesse comum, respectivamente, para diferentes propósitos como seus ‘agentes e curadores’ comuns”.

³²⁴ Cf., MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008. p. 80.

“Grundrechte aller Ebenen wollen bestimmte grundrechtliche Standards garantieren, aber damit nicht ausschliessen, dass darüber hinaus weitere Freiheiten gewährleistet werden, sei es durch das einfache Recht oder das Recht einer anderen Ebene. So schliessen die Grundrechte des Grundgesetzes nicht aus, dass Landesgrundrechte, einfaches Landes- oder Bundesrecht, die EMRK oder auch das Primär- und Sekundärrecht der EU weiter gehende Freiheiten gewähren. Auch die EMRK stellt nur einen gemeineuropäischen Mindeststandard für das nationale Recht dar. Grundrechte des nationalen Verfassungsrechts gehen darüber sogar typischerweise hinaus”³²⁵.

À maneira paradigmática, e escudado no Direito convencional, o art. 53 da Carta da União Europeia dos Direitos Fundamentais, estatui uma regra explícita, segundo a qual os direitos fundamentais da UE nunca podem excluir um *standard* protetivo mais favorável previsto na CEDH ou nas Constituições nacionais. *Ad litteram*:

“Article 53. Niveau de protection. Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l’homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d’application respectif, par le droit de l’Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l’Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres”³²⁶.

³²⁵ *Ibidem.*, p. 80-1. “Os direitos fundamentais de todos os níveis pretendem garantir certos standards jurídico-fundamentais, mas não excluem que outros direitos sejam garantidos, seja pela legislação ordinária ou por Direito de outro nível. Os direitos fundamentais da Lei Fundamental não excluem que os direitos previstos nas Constituições estaduais, na lei ordinária estadual ou federal, a CEDH ou mesmo o Direito primário ou secundário da União Europeia garantam mais direitos. A CEDH igualmente representa apenas um standard mínimo europeu para o Direito nacional. Os direitos fundamentais do Direito constitucional normalmente vão além deste patamar”. Tradução livre do alemão.

³²⁶ EUROPEAN PARLAMENT. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf>. Acesso aos 12.08.2023. Tradução livre do francês: “Artigo 53. Nível de proteção. Nenhuma disposição da presente Carta poderá ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União e pelo direito internacional, bem como pelos acordos internacionais de que a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros sejam parte, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e pelas Constituições dos Estados-Membros”.

Desde o *telos* dos direitos fundamentais de todos os níveis, decorre a compreensão de que eles pretendem ser apenas o *standard* mínimo. De acordo com o princípio da primazia dos direitos fundamentais, a norma mais elevada, ou melhor: protetiva, em cada caso deve prevalecer no âmbito da sua aplicação em situações de vinculação múltipla. A aplicação simultânea de múltiplos níveis de direitos fundamentais pode levar, por exemplo, a uma situação em que um ato jurídico específico viole a Lei Fundamental, porém não um *standard* mínimo dos direitos fundamentais da União Europeia ou da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Destarte, o Estado alemão deve, a rigor, preservar o *standard* nacional dos direitos fundamentais quando se tratar da aplicação e execução do direito internacional comunitário. Do mesmo modo, é plenamente factível uma deferência maior da jurisprudência alemã aos *standards* formulados pela CEDH, sem que haja um nivelamento aos *standards* alemães em matéria de direitos fundamentais³²⁷.

Na Alemanha, a questão do controle de convencionalidade é mais antigo que o brasileiro, gestado na própria construção do sistema jurídico europeu, em especial desde a institucionalização do Conselho da Europa³²⁸, em maio de 1949. Ao contrário da União Europeia, cuja atuação radica na harmonização legislativa em termos políticos e econômicos do bloco, como um sistema político e jurídico autônomo³²⁹, o Conselho da Europa atua na promoção dos direitos humanos e da democracia no continente.

Por intermédio do Tratado de Lisboa (2009), a União Europeia aderiu à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de modo que as suas decisões podem agora ser questionadas perante a Corte Europeia de Direitos Humanos³³⁰. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, promulgada em 1950, e em vigor desde 1953, vincula juridicamente os 46 países membros do Conselho da Europa, servindo como *standard* mínimo inderrogável por decisões judiciais, políticas públicas e leis nacionais.

³²⁷ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008. p. 81.

³²⁸ O Conselho da Europa e a União Europeia são organizações separadas, e desempenham funções diferentes, porém complementares. O primeiro, após a exclusão da Rússia, é formado por 46 Estados-membros, com sede em Estrasburgo (França), enquanto o segundo, após a saída do Reino Unido, é formado por 27 Estados-membros, com sede em Bruxelas (Bélgica). O Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede em Luxemburgo, diferentemente da Corte Europeia de Direitos Humanos, tem como função primacial a aplicação homogênea da legislação da União Europeia entre os países membros, e a obediência das Instituições e dos Países da União ao direito comum.

³²⁹ Cf., SCHMIDT, Siegmund; SCHÜNEMANN, Wolf J. *Europäische Union – Eine Einführung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009. p. 45 e ss.

³³⁰ Disponível em: <https://edoc.coe.int/en/different-roles-shared-values/6332-leaflet-the-council-of-europe-and-the-european-union-partners-in-promoting-human-rights-and-democracy.html>. Acesso aos 16.04.2024.

A convenção não é à evidência uma Constituição para a Europa³³¹, principalmente por não prever a configuração de poderes independentes, e a organização administrativa de um poder executivo. Porém, constitui um padrão mínimo protetivo no âmbito específico dos direitos humanos, conferindo, por vezes, uma margem de apreciação ajustável, a depender da configuração política e jurídica específica de cada Estado-membro e da gravidade da violação dos direitos humanos. Uma vez que o conteúdo moral dos direitos humanos faz parte da sua própria fundamentação, a implementação de tais direitos é em parte obstaculizada em países de cultura distinta aos valores ocidentais³³².

Um dos principais julgados da Corte Constitucional alemã nos últimos anos é o assim designado “caso *Görgülü*”³³³, cujo mérito, curiosamente, também foi objeto de julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos³³⁴, em 2004, numa perspectiva de proteção multinível de direitos. O caso envolveu um nacional turco, residente na Alemanha, *Kazim Görgülü*, e sua busca pela guarda paterna e acesso ao seu filho. A mãe, de nacionalidade alemã, e que não era casada com Görgülü, deu o filho em adoção logo após o nascimento, de forma unilateral.

O Juízo de primeira instância — *Amtsgericht* —, da comarca de Wittenberg, deferiu o pleito paterno para a guarda do filho. Nada obstante, o Tribunal de Naumburg — *Oberlandesgericht* —, de segunda instância, anulou reiteradas vezes as decisões favoráveis pela guarda paterna, porquanto a separação da criança de sua família adotiva traria graves danos psicológicos, principalmente pelos laços afetivos e emocionais já sedimentados. A reclamação para a Corte Constitucional — *Verfassungsbeschwerde* — foi indeferida.

Neste contexto, após o exaurimento da jurisdição doméstica alemã, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi acionada por requerimento individual. Analisando o caso, a Corte Europeia, através da 3ª Seção, afirmou o direito paterno de guarda do filho, consignando que a decisão do Tribunal de Naumburg violava o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos³³⁵. Conforme a Corte, todo Estado signatário da Convenção é obrigado a trabalhar para a reunificação de um pai natural com seu filho.

³³¹ Cf., NUSSBERGER, Angelika. A Convenção Europeia de Direitos Humanos: Uma Constituição para a Europa? In: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, vol. 14, n. 42 (2020), pp. 49-73. Tradução do alemão por Italo Roberto Fuhrmann.

³³² PERRY, Michael J. The Morality of Human Rights, in: *Human Rights Quarterly* 42 (2020), pp. 434-478.

³³³ BVerfGE 111, 307.

³³⁴ *Görgülü v. Germany*, application n. 74969/01.

³³⁵ CEDH, art. 8º: Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

Neste contexto, conforme a Corte Europeia, o juízo ad quem de Naumburg não teria examinado se a reunificação de Görgülü com seu filho legítimo poderia ser organizada de tal forma que as consequências negativas para a criança resultantes da separação de sua família adotiva seriam menores do que o Tribunal alegava. Além disso, o tribunal de segunda instância alemão não teria levado em consideração as consequências de longo prazo que poderiam resultar da separação permanente da criança de seu pai biológico. Ao excluir o direito de acesso ao filho, fora tornada impossível qualquer forma de reunificação familiar e o estabelecimento de uma vida familiar contínua. Por fim, a Corte Europeia fixou uma indenização moral de € 15.000,00 em favor do reclamante.

Avulta em significância a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no contexto do caso Görgülü³³⁶, no sentido de que os tribunais da Alemanha estão estritamente vinculados às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, da mesma forma e intensidade que ao direito e à legislação alemã em vigor. Assim, a jurisdição alemã não pode simplesmente desconsiderar a Convenção Europeia de Direitos Humanos e as decisões da Corte Europeia, à semelhança das leis e da Constituição (artigo 20, § 3º, da LF/49).

Desta forma, o Tribunal Constitucional da Alemanha anulou a decisão do tribunal de segunda instância de Naumburg por estar em contradição com o que fora decidido pela Corte Europeia em julgado posterior. Criou-se, assim, uma abertura da jurisdição nacional aos órgãos judiciais internacionais, potencializando a concreção prática da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que passou a vincular *expressis verbis* à Justiça alemã em relação aos indivíduos e a seus direitos fundamentais.

2.2 O Direito Constitucional Brasileiro e o Sistema Multinível de Proteção de Direitos na América

À semelhança do sistema alemão supra delineado, a ordem jurídica brasileira igualmente está inserida num sistema multinível de proteção dos direitos humanos e fundamentais, *maxime* defronte o sistema interamericano de direitos humanos (Comissão IDH e Corte IDH), bem como pela adstrição ao sistema global da ONU (CIJ)³³⁷. A ideia motriz de

³³⁶ BVerfGE 111, 307.

³³⁷ O tema (ou mesmo a celeuma...) referente à abertura material do catálogo dos direitos fundamentais no Brasil, em vista da literalidade do art. 5º, § 2º, da CF/88, foi, *na prática*, sobrepujado pela orientação,

standards mínimos protetivos também fundamenta o sistema de proteção multinível de direitos no sistema interamericano, que, cada vez mais, influencia na dinâmica jurisprudencial brasileira e na atuação do Estado brasileiro na formulação de políticas públicas e disposições legislativas.

Interessante anotar o fato de que existe um fenômeno horizontal e auxílio recíproco entre as Cortes regionais de proteção dos direitos humanos, de modo a engendrar uma “*interamericanização*” do sistema europeu e uma “*europização*” do sistema interamericano, máxime no que tange aos casos de desaparecimento forçado, da observância do *due process of Law* no julgamento de graves violações aos direitos humanos, do dever do Estado de prevenir e investigar graves violações a direitos por meio de *due diligences*, e, alfim, aos casos envolvendo a proteção de direitos sociais³³⁸.

O professor da UFMT, *Valerio de Oliveira Mazzuoli*, tratando sobre o tema das múltiplas fontes normativas do sistema interamericano, e sua vinculação simultânea com as ordens jurídicas internas de cada Estado-membro, enfatiza a proteção imarcescível dos *standards* mínimos de tutela dos direitos humanos, *expressis verbis*:

“No que tange especificamente à responsabilidade internacional dos Estados americanos por violação dos direitos humanos, merece destaque o sistema proposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual participam os Estados-membros da OEA, que não exclui a aplicação coadjuvante do sistema instituído pela própria Carta da OEA, como disciplina o art. 29, alínea b, da Convenção Americana (intitulado Normas de Interpretação), segundo o qual nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”.³³⁹

ainda presente, do Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir um *status* supralegal aos Tratados de Direitos Humanos, cuja adesão o Brasil tenha formalizado. A “almejada” equiparação constitucional, material e formal, torna-se factível, neste cenário, a partir do preenchimento dos requisitos ancorados no art. 5º, § 3º, da CF/88. Sobre o tema, cf., dentre muitos, PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

³³⁸ Cf., PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional* – Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 232.

³³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 867.

Tanto o sistema global (sistema das Nações Unidas) como os sistemas regionais de proteção, incluindo os sistemas nacionais, têm entre si uma característica essencial, que estampa a configuração jurídica no terceiro milênio, i.e., é a capacidade de extrair valores e compatibilizar ideias provenientes de fontes de produção distintas, como fim de reuni-los em prol da salvaguarda da pessoa humana. Essa confluência de valores disponibilizada pela atual ambiência do Direito pós-moderno, que focaliza a pessoa humana no centro de vários interesses, inclusive antagônicos, requer do jurista do século XXI a identificação de soluções mais consentâneas e protetivas de direitos humanos para a solução de antinomias que possam vir a aparecer num caso específico. Essa capacidade interpretativa e cognitiva, que é típica dos sistemas internacionais de direitos humanos, pressupõe um “diálogo” entre todos os níveis de positivação dos direitos, seja internacional, regional ou nacional, para melhor salvaguardar (também com aplicação do princípio *pro homine*) os interesses dos seres humanos tutelados.

Vale, a rigor, enfatizar que a aplicação do direito internacional dos direitos humanos concernente à CADH, em especial a internalização de suas sentenças e diretivas, vem tomando corpo em um sentido dialógico e cooperativo entre os diversos níveis. A decisão da Corte IDH determina, em caráter de cogência, ao Estado-parte a *modificação* da sua ordem jurídica, a fim de compatibilizá-la com a Convenção Americana, remanescendo um espaço livre de deliberação e formulação estatal. A decisão de *(in)convencionalidade* é obrigatória ao Estado-parte, nos termos dos arts. 62.3 e 68.1 da Convenção, impondo-se lhe a reforma da sua legislação ou *mesmo da sua Constituição*, conforme já ocorreu nos casos *La Última Tentación de Cristo e Caesar v. Trinidad y Tobago*. O descumprimento da decisão gera responsabilidade internacional, consoante os arts. 1.1 e 2 da CADH.

Portanto, a decisão da Corte não nulifica ou derroga as normas internas. Porém, em casos em que se discutem crimes contra a humanidade, a Corte tem declarado a não aplicação das normas internas com efeitos *erga omnes* para todos os poderes públicos. De outra face, a Corte IDH vem afirmando reiteradas vezes a força obrigatória e cogente dos seus precedentes, isto é, a *eficácia vinculante* dos fundamentos determinantes das suas decisões – *ratio decidendi*³⁴⁰.

Impende, sem embargo, reafirmar, nesta altura, o que sejam *standards* internacionais na perspectiva estrita do Direito Internacional Público, com o desiderato último de conferir legitimidade e factibilidade jurídica para o controle jurisdicional de convencionalidade.

³⁴⁰ Cf., MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade – Controle de Convencionalidade, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 616.

Destarte, malgrado a cornucópia de normas jurídicas atualmente existentes, no plano nacional e internacional, podemos conceituar, em especial, os *standards internacionais* de proteção dos direitos humanos como:

“arquétipos jurídico-normativos mínimos de tutela dos direitos humanos, de vinculação jurídico-política imperativa, aptos a anularem ou a modificarem os ordenamentos jurídicos e as políticas públicas internas dos Estados, e a orientar e a fundamentar as decisões judiciais e as proposições legislativas, nacionais e internacionais, constituídos de tratados, convenções, costumes e decisões judiciais,, compreendidos de forma individual ou conjunta, de amplo alcance, independentemente de uma auto vinculação prévia, expressa e formal do Estado individualmente considerado, sem prejuízo da aplicação da norma de direitos humanos mais benéfica na perspectiva da primazia do standard de maior proteção”.

A ideia central do assim designado *transconstitucionalismo*, assim como sedimentado na teoria do sistema multinível de proteção dos direitos humanos, radica, *per summa capita*, num Direito exorbitante das fronteiras estatais, propellido por desafios que ultrapassam as preocupações e capacidades inerentes ao Estado, individualmente considerado, na perspectiva de uma *globalização* do Direito constitucional³⁴¹. Tal concepção, porém, ao focalizar intensamente (ou apenas) no nível constitucional, secundariza o nível internacional e regional normativo, bem como não traça uma distinção jurídica essencial da Constituição em relação ao Estado, e do Direito internacional em relação à comunidade de nações, gerando uma certa “confusão teórica” na aplicação prática do Direito em seus distintos níveis³⁴².

³⁴¹ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo Além de Colisões, in: *Lua Nova*, n. 93, São Paulo, 2014. p. 201.

³⁴² A título de exemplo, o autor afirma que “O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, **dele se emancipa**, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais”. (grifo nosso). “Por outro lado, não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”. NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo Além de Colisões, in: *Lua Nova*, n. 93, São Paulo, 2014. p. 209.

Alfim, impende salientar a significância da opinião consultiva n. 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no bojo da qual foi estipulada uma diretriz objetiva e dogmática concernente a tratamentos jurídico-legais distintos entre nacional e migrantes “irregulares”, *rectius*: indocumentados, máxime quanto aos direitos fundamentais trabalhistas. Conforme a Corte, *in verbis*:

“(...)apesar de que os Estados gozam de uma margem de discricionariez para estabelecer distinções de tratamento entre nacionais e estrangeiros na aplicação das leis migratórias, esta margem se reduz consideravelmente quando os direitos em jogo são tão fundamentais que sua restrição ou privação afeta os princípios mínimos de respeito à dignidade humana. (...) A observância pelo Estado do princípio da igualdade e não discriminação e o direito a um devido processo legal não pode estar subordinada a objetivos de suas políticas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório. (...)”

A CorteIDH, nesta opinião consultiva, precisou o alcance das obrigações dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) – e não apenas dos países que reconheceram a jurisdição da Corte internacional –, de respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade, ao estabelecer que o princípio de igualdade e não discriminação, que é fundamental para a proteção destes direitos, pertence ao *jus cogens*. Esta precisão conduz a Corte a declarar, igualmente, que os Estados, sejam ou não partes de um determinado tratado internacional, estão obrigados a proteger os direitos de igualdade e não discriminação e que essa obrigação tem efeitos *erga omnes*, não apenas em relação aos Estados, mas também frente a terceiros e particulares. Os Estados devem, portanto, respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores, seja qual for seu *status* migratório, e, ao mesmo tempo, devem impedir que empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados ou que a relação de trabalho viole os padrões mínimos internacionais. Para que seja efetiva a tutela dos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados é necessário que se garanta a estes o acesso à justiça e o devido processo legal³⁴³.

³⁴³ Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf>. Acesso aos 03.03.2024.

Dentre nós, o diálogo internacional de cortes, e a abertura para uma jurisdição *multinível* e *unificada*, possui amplo lastro jurídico e normativo, como, por exemplo, a recente Recomendação nº 123, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que prevê a observância da Convenção Americana de Direitos Humanos e as decisões de sua Corte pelo Poder Judiciário brasileiro. O que falta, contudo, é o fortalecimento da cultura jurídica nacional, principalmente nos Juízos de primeira instância, de aplicação nos casos concretos da Convenção Americana de Direitos Humanos e a utilização de sua jurisprudência como parâmetro decisório, e mesmo como arquétipo normativo para a realização do controle jurisdicional de convencionalidade na aplicação concreta da lei³⁴⁴.

Isto vale *pari passu* para a atuação dos advogados, que devem levar os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como jurisprudência vinculativa, e referir nas petições a Convenção Americana de Direitos Humanos como direito vigente, e que ostenta primazia hierárquica defronte à legislação infraconstitucional.

9 O Direito de Refúgio no Direito Alemão

O Direito ao refúgio no Direito constitucional alemão – *Recht auf Zuflucht bzw. Asyl*³⁴⁵ – está estreitamente adstrito ao passado recente do Estado alemão e da sociedade alemã, e ao caos político e demográfico dimanante do segundo pós-guerra, e, mais recentemente, da queda do muro de Berlim e do fim da Guerra Fria, com o correlativo afluxo migratório do leste europeu³⁴⁶. Neste compasso, lidar com a última grande onda de refugiados após a disrupção na Europa Oriental de 1989 levou inexoravelmente a uma *reorientação constitucional* do direito

³⁴⁴ Cf., *par excellence*, o caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010. IACtHR – Série C, n. 220.

³⁴⁵ Na ordem jurídica alemã, direito ao refúgio e direito ao asilo podem ser conceituados como sinônimos, porquanto ambos se referem aos pressupostos autorizativos da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (CNUER). V., a decisão de 1975 do Tribunal Federal Administrativo Alemão (BVerwGE 49, 202).

³⁴⁶ O renascimento da Alemanha pós-guerra em dois países antagônicos é retratado *par excellence* no âmbito literário por *Uwe Johnson*, na obra intitulada “*Mutmassungen über Jakob*”, em estilo pós-impressionista, contando a vida de personagens que pertencem pela metade das suas relações à Alemanha Oriental e pela outra metade à Alemanha Ocidental. Cf., CARPEAUX, Otto Maria. *A História Concisa da Literatura Alemã*. São Paulo: Faro Editorial, 2013. p. 250.

fundamental ao asilo/refúgio, em estrita coordenação com os desenvolvimentos jurídicos e políticos em nível da União Europeia³⁴⁷.

Na Constituição de Weimar (1919)³⁴⁸, e mesmo, mais remotamente, na Constituição da Igreja de São Paulo (1849)³⁴⁹, inexistia quaisquer direitos ou garantias expressas em relação ao migrante solicitante de asilo, de modo que a configuração constitucional do asilo político pode ser caracterizada como um *novum* no cenário constitucional positivo alemão inaugurado em 1949³⁵⁰. A segunda guerra mundial desempenhou um papel decisivo para a atual configuração normativa e axiológica do direito migratório na atual Constituição alemã, designadamente pelos ataques militares massivos da Alemanha de conquista territorial – *Lebensraum* –, que, entretantes, causou *inter alia* a ocupação da França, com o episódio singular da evacuação na cidade portuária francesa de *Dunkirk*³⁵¹, e a invasão da União Soviética em 22 de junho de 1941, à revelia do pacto *Molotov/Ribbentrop*.

Positivado adredemente logo no capítulo inaugural da Lei Fundamental (doravante GG)³⁵², mais precisamente no art. 16a, *expressis verbis*: “*Politisch Verfolgte genießen*

³⁴⁷ Cf., KLUTH, Winfried. Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz – Zielsetzungen, Wesentliche Inhalte, Kritikpunkte, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* (ZAR), n. 10, 2015. p. 337.

³⁴⁸ Cf., *par excellence*, a obra máxima sobre a Constituição de Weimar do jurista e ex-reitor da Universidade de Colônia/Alemanha, Fritz Stier-Somlo, intitulada *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: Ein Systematischer Überblick*. Bonn: A. Marcus & E. Webers Verlag, 1919. p. 107 e ss.

³⁴⁹ Cf., SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História Constitucional da Alemanha – Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021. p. 51 e ss.

³⁵⁰ O jurista alemão *Ernst Benda* salienta que a Lei Fundamental alemã foi aprovada pelo Conselho Parlamentar, por maioria de 53 votos contra 12, na noite do dia 08 de maio de 1949. *Konrad Adenauer* estimulou seus pares a finalizarem a votação ainda na data do dia 08 de maio, justamente em virtude da data da capitulação incondicional das forças armadas alemãs em Berlim há exatos 4 anos. Porém, passou despercebido do primeiro chanceler da República Federal que a data de nascimento da nova Constituição não seria a data da sua aprovação, mas sim a data da sua promulgação após a ratificação dos Estados Federados – *Länder* –, ocorrida aos 23 de maio de 1949. Cf., por todos, BENDA, Ernst. O Espírito da Nossa Lei Fundamental, in: FERREIRA, Ivette Senise; CARNEIRO, José Mário Brasileiro (Org.). *50 Anos da Lei Fundamental*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 91 e ss.

³⁵¹ Aproximadamente 400.000 soldados britânicos e franceses ficaram encurralados na praia de Dunquerque à espera de resgate, que, na grande maioria, foi realizado por meio de pequenas embarcações britânicas. V., o instigante e abrangente documentário “Redescobrimo a Segunda Guerra Mundial”, dirigido por Isabelle Clarke e Daniel Costelle. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f4b9pGC7f08>>. Acesso aos 24.06.2024.

³⁵² Acerca da história e do conteúdo da atual Constituição alemã, cf., MÖLLERS, Christoph. *Das Grundgesetz – Geschichte und Inhalt*. München: C.H. Beck Verlag, 2009. Consoante o festejado professor da Universidade Humboldt de Berlim, o termo *Lei Fundamental*, sugerido originalmente pelo prefeito social-democrata de Hamburgo, Max Brauer, nas reuniões preparatórias de 1948, deve ser compreendido como um conceito *sui generis* de Constituição no direito constitucional alemão, máxime em virtude do receio à época de muitos ministros presidentes em conferir um ordem jurídico-constitucional para as três zonas de ocupação ocidental, por uma lado, porque a União Soviética não

*Asylrecht*³⁵³, configura-se em um autêntico direito fundamental judicialmente executável “*gerichtlich durchsetzbar*”³⁵⁴. Em termos topográficos, mais à frente, designadamente no art. 119 da GG/49, encontra-se a autorização constitucional ao Governo alemão em regular a matéria do refúgio por meio de resoluções normativas, *maxime* no que tange a distribuição e alocação de migrantes refugiados e asilados dentre os Estados da Federação, mediante concordância expressa *ad referendum* do Conselho Federal (*Bundesrat*)³⁵⁵. Este é o *umbral* para as subsequentes elucubrações normativas e teóricas sobre o direito fundamental ao refúgio na contextura do direito constitucional positivo alemão e da legislação ordinária correspectiva. Urdir dogmaticamente o direito ao refúgio pressupõe, na Alemanha, partir da concepção constitucional dos direitos fundamentais, como arquétipo jurídico apto a influenciar, condicionar, impor e solver eventuais antinomias na legislação, inclusive em termos de políticas públicas, bem como defronte a jurisprudência, na Alemanha.

Inicialmente, a GG preconizava um direito deveras amplo e generoso de refúgio e asilo para perseguidos políticos, que, dentre outras questões, ia além, em termos de proteção, aos *standards* internacionais dos direitos humanos³⁵⁶. Este fato *jurídico-normativo* justificou-se, a rigor, por dois reconhecimentos históricos: i) a Alemanha nacional-socialista expulsou diversos cidadãos para o exterior através de perseguição política; ii) um direito generoso de asilo poderia ser compreendido como um agradecimento simbólico, porquanto muitos alemães usufruíram do direito de asilo em outros países, ainda que sem preencher todos os requisitos legais em face do contexto político de exceção.

queria ser excluída do ressurgimento da nova Alemanha, e, por outro, porque uma assembleia nacional constituinte apenas poderia ocorrer no contexto de uma autodeterminação soberana, e não sob a fiscalização dos aliados. p. 20.

³⁵³ Não se pode olvidar que, nesta quadra da história alemã, havia muitos solicitantes alemães de asilo provindos da Alemanha oriental, cujo Estado autônomo estava estruturado em uma constituição própria. Para um relato fidedigno do contexto social, político e cultural da outrora República Democrática Alemã, v. BISKY, Jens. *Geboren am 13. August: Der Sozialismus und Ich*. Berlin: Rowohlt-Berlin Verlag GmbH, 2004. O autor expressa com o título do livro a coincidência da data do seu aniversário e a data da construção do muro de Berlin, aos 13 de agosto de 1961, por ordem expressa de Nikita Khrushchev e Walter Ulbricht.

³⁵⁴ <https://www.anwalt.org/asylrecht-migrationsrecht/>. Acesso aos 23.08.2023.

³⁵⁵ “*In Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen, insbesondere zu ihrer Verteilung auf die Länder, kann biszu einer bundesgesetzlichen Regelung die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates Verordnungen mit Gesetzeskraft erlassen. Für besondere Fälle kann dabei die Bundesregierung ermächtigt werden, Einzelweisungen zu erteilen. Die Weisungen sind außer bei Gefahr im Verzuge an die obersten Landesbehörden zu richten*”.

³⁵⁶ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008. p. 213.

Forçoso consignar que, lodo na sequência do art. 16a, inciso I, estão previstos 4 (quatro) incisos subsequentes, engendrando o âmbito de proteção constitucional deste direito fundamental, consoante infratranscritos, *in verbis*³⁵⁷:

“(2) Auf Absatz 1 kann sich nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist. Die Staaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaften, auf die die Voraussetzungen des Satzes 1 zutreffen, werden durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, bestimmt. In den Fällen des Satzes 1 können aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden³⁵⁸.”

(3) Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können Staaten bestimmt werden, bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Es wird vermutet, daß ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, daß er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird³⁵⁹.”

³⁵⁷ Cf., por todos, MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. 100ª ed. München: C.H. Beck Verlag, vol. II, 2023.

³⁵⁸ “O inciso I não pode ser invocado por quem entrar a partir de um Estado-membro da Comunidade Europeia, ou de outro país em que esteja assegurada a aplicação da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Os Estados não pertencentes à Comunidade Europeia, aos quais se aplicam as condições do inciso I, serão determinados por lei com a aprovação do Conselho Federal. Nos casos referidos no inciso I, as medidas que põem termo à estadia podem ser executadas independentemente de qualquer recurso contra elas”. Tradução livre do alemão.

³⁵⁹ “A través de lei, que requer a aprovação do Conselho Federal, podem ser designados Estados onde, com base na situação jurídica, na aplicação da lei e nas condições políticas gerais, se afigure garantido que não haverá perseguição política, nem penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Presume-se que um estrangeiro não pode ser perseguido a partir desse Estado, desde que não apresente fatos que levem a supor que, contrariamente a essa presunção, é objeto de perseguição política”. Tradução livre do alemão.

(4) Die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen wird in den Fällen des Absatzes 3 und in anderen Fällen, die offensichtlich unbegründet sind oder als offensichtlich unbegründet gelten, durch das Gericht nur ausgesetzt, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestehen; der Prüfungsumfang kann eingeschränkt werden und verspätetes Vorbringen unberücksichtigt bleiben. Das Nähere ist durch Gesetz zu bestimmen³⁶⁰.

(5) Die Absätze 1 bis 4 stehen völkerrechtlichen Verträgen von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften untereinander und mit dritten Staaten nicht entgegen, die unter Beachtung der Verpflichtungen aus dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, deren Anwendung in den Vertragsstaaten sichergestellt sein muß, Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung von Asylbegehren einschließlich der gegenseitigen Anerkennung von Asylentscheidungen treffen³⁶¹.

Trata-se de uma lídima restrição por *reserva legal* de direitos fundamentais³⁶², veiculada no bojo da própria Constituição alemã, porquanto, em termos sistemáticos, o inciso II preceitua que o asilo não será concedido àqueles que vierem de países membros da comunidade europeia ou de outros países em que esteja assegurada a aplicação da CNUER e da CEDH, assim como

³⁶⁰ “A execução das medidas que ponham termo à estadia só será suspensa pelo Tribunal nos casos referidos no inciso III e nos outros casos manifestamente infundados, se existirem sérias dúvidas quanto à legalidade da medida; o âmbito do exame pode ser limitado, e as solicitações apresentadas extemporaneamente podem ser desconsideradas. Outras determinações serão desenvolvidas por lei”. Tradução livre do alemão.

³⁶¹ “O disposto nos incisos I a IV não prejudica os Tratados internacionais celebrados pelos Estados-Membros das Comunidades Europeias entre si e com Estados terceiros que, no respeito das obrigações decorrentes da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, cuja aplicação deve ser assegurada nos Estados contratantes, estabeleçam regras de responsabilidade em matéria de análise dos pedidos de asilo, incluindo o reconhecimento mútuo das decisões em matéria de asilo”. Tradução livre do alemão.

³⁶² *A contrario sensu*, consoante a doutrina constitucional alemã, as restrições e limitações constitucionais iminentes são aquelas que se originam da unidade da Constituição, cuja interpretação não deve ser efetivada de modo isolado. Apesar da ausência expressa de reserva legal restritiva, os direitos fundamentais não podem ser compreendidos como absolutos, mas em relação com direitos de terceiros e com interesses gerais da sociedade. Em suma, os direitos fundamentais encontram seus limites nos direitos fundamentais de terceiros e nos valores jurídicos de matriz constitucional, i.e., direitos contrapostos a partir da própria Constituição, e, por isso, designados de “*verfassungsimmanente Schranken*”. Cf., por todos, MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, p. 338.

prevê que os países fora da comunidade europeia, e que atendem os prerequisites normativos do inciso I, serão determinados por Lei, com a atuação conjunta do Conselho Federal. Alfim, define que a cessação da estadia pode ser determinada, independentemente de eventuais recursos veiculados contra a decisão. O inciso III, por sua vez, faculta ao Estado alemão predefinir, através de dispositivo legal, o rol de países e Estados nos quais não se admitirá a existência de perseguição política, na esteira do inciso inaugural, sobremaneira em virtude da situação jurídica, da aplicação das leis e das condições políticas e sociais gerais. Nesta senda, presume-se *juris tantum* que um estrangeiro não pode sofrer perseguição política nestes países, a não ser que apresente fatos relevantes e concretos que elidam tal presunção. Dessarte, o inciso IV enfatiza que as medidas executórias de cessão da estadia só serão suspensas através de decisão judicial, e tão-somente nos casos previstos *in fine* no inciso III ou em casos manifestamente infundados. Por fim, e de suma significância, o inciso V dispõe que os incisos antecedentes não prejudicam os Tratados e Convenções de Direito internacional firmados entre os países da comunidade europeia e com países terceiros, cuja aplicação da CNUER seja assegurada, que estabeleçam regras de responsabilidade em matéria de análise dos pedidos de asilo, incluindo o reconhecimento mútuo de decisões sobre asilo.

A implementação prática da CNUER e do direito fundamental ao asilo consagrado *expressis verbis* na Lei Fundamental precisou ser regulamentada pelo legislador infraconstitucional. Já no início da década de 1950, as autoridades de ocupação solicitaram ao legislador que assumisse a responsabilidade pelas "pessoas não alemãs perseguidas racial, religiosa e politicamente", para além dos refugiados alemães. Em vista dos problemas advindos da integração dos alemães expulsos e refugiados, tal regulamentação jurídico-legal tornou-se uma "tarefa secundária" para as autoridades alemãs. A implementação jurídico-legal encontrou a sua forma no ordenamento jurídico alemão na "Resolução sobre o reconhecimento e a distribuição de refugiados estrangeiros" (AsylVO), de 06 de janeiro de 1953, que se baseava juridicamente no artigo 119 da GG³⁶³. Esta Resolução foi concebida adrede para lidar com os reptos originados em face das pessoas deslocadas e pelos refugiados (alemães). A Regulação foi orientada apenas para os requisitos de definição restritos da CNUER, e não fez qualquer referência ao artigo 16a, inciso II, da GG. *A posteriori*, a opinião prevalecente nos anos

³⁶³ *Ipsis litteris*, "Em relação aos refugiados e às pessoas deslocadas, mormente no que diz respeito à sua distribuição nos Estados federados, o governo federal pode editar, mediante a aprovação do Conselho Federal, resoluções com força de lei para regular a matéria. Em casos especiais, o Governo Federal pode ser autorizado a emitir diretivas individuais. Tais normativas devem ser dirigidas às supremas autoridades estatais, exceto em caso de perigo iminente".

seguintes (confirmada amiúde pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão), foi a de que a CNUER regularia todo o âmbito normativo do direito de asilo na Alemanha³⁶⁴.

O *Escritório Federal para o Reconhecimento de Refugiados Estrangeiros* estava originalmente sediado na cidade emblemática de Nürnberg, em um local que poderia ser considerado um *topos* para os eventos de migração da guerra e do período pós-guerra: o chamado “*campo Valka*”³⁶⁵. Localizado nos arredores da cidade, mais precisamente em *Nürnberg-Langwasser*, o local foi inicialmente um campo para participantes dos congressos do Partido Nazista antes de se tornar um campo de prisioneiros de guerra e de trabalho estrangeiro durante a Segunda Guerra Mundial.



³⁶⁴ KREIENBRINK, Axel. 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Kontext der deutschen Migrationspolitik, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, 33. Jahrgang, 11-12/2013. p. 398.

³⁶⁵ Disponível em: “<<https://www.spiegel.de/geschichte/displaced-persons-wie-fluechtlinge-im-nuernberger-valka-lager-lebten-a-006db851-71fc-41f2-8e89-d2ffd3628f72>>”. Acesso aos 06.07.2024.

A Lei de Estrangeiros aprovada em 28 de abril de 1965, que substituiu a APVO de 1938 e criou uma base legal nessa área de forma inaudita, representa um certo ponto de clivagem na política alemã de imigração e asilo. Embora tenha sido elogiada como relativamente liberal quando foi aprovada, ela manteve a atitude básica restritiva da lei de imigração anterior. Os estrangeiros deveriam ser controlados por motivos de segurança pública e a imigração permanente deveria ser evitada. Isso não alterou as linhas gerais da política de migração praticada em termos políticos. O recrutamento de mão de obra estrangeira, que havia começado com o acordo de recrutamento com a Itália em 1955 e que, de qualquer forma, estava planejado apenas para um período limitado, foi continuado³⁶⁶.

A proibição de recrutamento de 23 de novembro de 1973 foi um ponto de virada no processo de migração na República Federal da Alemanha. Como resultado de um debate sobre os custos financeiros e sociais da contratação de estrangeiros, o recrutamento de mão de obra estrangeira foi suspenso *ad interim* - como na maioria dos outros países industrializados da Europa Ocidental. A intenção era mudar a imigração, mesmo que, ao contrário das expectativas, o número de estrangeiros no país não tenha diminuído. Embora o número de trabalhadores estrangeiros tenha diminuído, a reunificação familiar aumentou, mais crianças estrangeiras nasceram na Alemanha e o número de solicitantes de asilo aumentou. Na década de 1970, assim como nas duas décadas anteriores, as atitudes do público em relação aos refugiados variavam. Agora eram os refugiados que deixaram o Chile após a queda do governo de *Allende* em 1973 ou os refugiados da Indochina em 1978/79 que eram recebidos com simpatia. No caso dos refugiados da Indochina (os "*boat people*"), houve uma concordância generalizada, pois eles eram refugiados de uma ditadura política³⁶⁷.

Na data do dia 31 de agosto de 2015, *Angela Merkel*³⁶⁸, então chanceler federal da Alemanha, cunhou a expressão "*Wir schaffen das!*", que se tornou *in continenti* o lema, ou melhor: slogan, de seu governo concernente à política estatal alemã para os refugiados.

³⁶⁶ KREIENBRINK, Axel. 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Kontext der deutschen Migrationspolitik, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, 33. Jahrgang, 11-12/2013. p. 399.

³⁶⁷ *Ibidem.*, p. 401.

³⁶⁸ A ex-chanceler alemã (2005-2021) foi agraciada no ano de 2022 com o prêmio *Nansen* para política de refugiados das Nações Unidas (ACNUR). A Alemanha, sob a liderança de Merkel, acolheu mais de 1,2 milhões de refugiados e solicitantes de asilo entre os anos de 2015 e 2016. <https://www.tagesschau.de/inland/un-fluechtlingshilfswerk-nansen-preis-merkel-101.html>. Acesso aos 25.08.2023. No ano de 2019, *Merkel* já tinha recebido o título de *doutora honoris causa* pela Universidade de Harvard, justificado, *inter alia*, pela política inclusiva de migrantes, máxime no contexto da guerra civil na Síria.

“Ich sage ganz einfach: Deutschland ist ein starkes Land. Das Motiv, mit dem wir an diese Dinge herangehen, muss sein: Wir haben so vieles geschafft – **wir schaffen das!** Wir schaffen das, und dort, wo uns etwas im Wege steht, muss es überwunden werden, muss daran gearbeitet werden. Der Bund wird alles in seiner Macht Stehende tun – zusammen mit den Ländern, zusammen mit den Kommunen –, um genau das durchzusetzen.”³⁶⁹ (grifo nosso).

Merkel ainda remete a sua fala para o contexto jurídico-constitucional alemão, à maneira de escudar uma política mais aberta e inclusiva para os refugiados na Alemanha, *in verbis*:

“Die allermeisten von uns kennen den Zustand völliger Erschöpfung auf der Flucht, verbunden mit Angst um das eigene Leben oder das Leben der Kinder oder der Partner, zum Glück nicht. Menschen, die sich zum Beispiel aus Eritrea, aus Syrien oder dem Nordirak auf den Weg machen, müssen oft Situationen überwinden oder Ängste aushalten, die uns wahrscheinlich schlichtweg zusammenbrechen ließen. Deshalb müssen wir beim Umgang mit Menschen, die jetzt zu uns kommen, einige klare Grundsätze gelten lassen. Diese Grundsätze entstammen nicht mehr und nicht weniger als unserem Grundgesetz, unserer Verfassung.

Erstens. Es gilt das Grundrecht politisch Verfolgter auf Asyl. Wir können stolz sein auf die Humanität unsres Grundgesetzes. In diesem Artikel zeigt sie sich ganz besonders. Schutz gewähren wir auch all denen, die aus Kriegen zu uns fliehen. Auch ihnen steht dieser Schutz zu.

Der zweite Grundsatz ist die Menschenwürde eines jeden. Das ist ein Grundsatz, den uns schon der Artikel 1 des Grundgesetzes aufgibt. Gleichgültig, ob er Staatsbürger ist oder nicht, gleichgültig, woher und warum er zu uns kommt und mit welcher Aussicht darauf, am Ende eines Verfahrens als Asylbewerber anerkannt zu sein -

³⁶⁹ ““Eu digo muito simplesmente: a Alemanha é um país forte. A motivação com que abordamos estas questões deve ser a seguinte: nós já conseguimos tanto - somos capazes de fazer isso! Nós somos capazes de fazer, e quando algo se interpõe no nosso caminho, tem de ser ultrapassado, tem de ser trabalhado. O governo federal fará tudo o que estiver ao seu alcance - juntamente com os Estados Federados e com os municípios - para conseguir exatamente isso. Tradução livre do alemão. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/pressekonferenzen/sommerpressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-848300>. Acesso aos 25.08.2023.

wir achten die Menschenwürde jedes Einzelnen, und wir wenden uns mit der ganzen Härte unseres Rechtsstaates gegen die, die andere Menschen anpöbeln, die andere Menschen angreifen, die ihre Unterkünfte in Brand setzen oder Gewalt anwenden wollen. Wir wenden uns gegen die, die zu Demonstrationen mit ihren Hassgesängen aufrufen. Es gibt keine Toleranz gegenüber denen, die die Würde anderer Menschen infrage stellen. Wie ich es schon zu Beginn dieses Jahres in meiner Neujahrsansprache gesagt habe, sage ich auch heute denen, die, aus welchen Gründen auch immer, bei solchen Demonstrationen mitlaufen: Folgen Sie denen nicht, die zu solchen Demonstrationen aufrufen! Zu oft sind Vorurteile, zu oft ist Kälte, ja sogar Hass in deren Herzen. Halten Sie Abstand!”³⁷⁰

O slogan “Wir schaffen das!”, *leitmotiv* da política migratória de Merkel, foi, e ainda é, alvo de críticas contundentes dentro e fora da Alemanha. A profligação contra a ex-chanceler alemã por parte da população e da mídia tem contribuído em grande medida para o recrudescimento do espectro nacionalista de jaez xenofóbico, designadamente nos últimos pleitos eleitorais parlamentares nas democracias europeias mais sedimentadas, *ad exemplum*, a eleição nupérrima da primeira-ministra italiana, *Giorgia Meloni*, a solidificação expedita e invulgar do partido *AfD* (alternativa para a Alemanha), que conseguiu eleger 83 deputados nas

³⁷⁰ “Felizmente, a grande maioria de nós não conhece o estado de exaustão total durante a fuga, combinado com o receio pela própria vida ou pela vida dos nossos filhos ou parceiros. As pessoas que se deslocam da Eritreia, da Síria ou do norte do Iraque, por exemplo, têm muitas vezes de ultrapassar situações ou suportar medos que, provavelmente, nos fariam simplesmente ir abaixo. É por isso que temos de aplicar alguns princípios claros quando lidamos com as pessoas que vêm agora até nós. Estes princípios provêm, nada mais, nada menos, do que da nossa Lei Fundamental, da nossa Constituição. Em primeiro lugar, aplica-se o direito fundamental ao asilo às pessoas perseguidas politicamente. Podemos certamente nos orgulhar da humanidade da nossa Lei Fundamental. Neste artigo, ela se mostra muito claramente. Oferecemos também proteção a todos aqueles que fogem das guerras. Também eles têm direito a essa proteção. O segundo princípio é o da dignidade humana de todos. Este é um princípio que o artigo 1º da Lei Fundamental já nos impõe. Independentemente de serem cidadãos ou não, independentemente da sua proveniência e da sua razão de ser, independentemente da perspectiva de serem reconhecidos como requerentes de asilo no final de um processo - respeitamos a dignidade humana de cada indivíduo e nos opomos com toda a força do nosso Estado de direito àqueles que se amotinam, que atacam, que incendeiam os seus abrigos ou que pretendem usar de violência. Nos opomos àqueles que convocam manifestações com os seus cânticos de ódio. Não há tolerância para com aqueles que põem em causa a dignidade das outras pessoas. Tal como disse no início deste ano no meu discurso de Ano Novo, repito hoje àqueles que, por qualquer razão, se juntam a essas manifestações: não sigam aqueles que apelam a essas manifestações! Muitas vezes há preconceitos, frieza, até mesmo ódio nos seus corações. Mantenham distância!”. Tradução livre do alemão. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/pressekonferenzen/sommerpressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-848300>. Acesso aos 25.08.2023.

eleições de 2021³⁷¹, bem como o ressurgimento na França de *Marine Le Pen*, cujo desempenho nas eleições de 2022 tornou iniludível sua força na contextura política francesa, sendo, inclusive, apontado por alguns especialistas como favorita nas eleições de 2027.³⁷²

Alfim, vale enfatizar que a integração social, política e cultural constitui um repto obstativo que obstaculiza a concreção *in totum* dos *standards* normativos do direito internacional dos direitos humanos em matéria migratória, porquanto o Direito, como ciência normativa e cultural, pressupõe uma base de adesão social e adequação cultural para a *realização prática* da subsunção silogística do suporte fático à hipótese normativa. De suma relevância jurisprudencial neste aspecto, a título ilustrativo, é a decisão prolatada pela *Grand Chamber* da Corte EDH sobre a possibilidade de restrição (e mesmo proibição) do uso do véu (religioso/islâmico) em espaços públicos na França, consoante aprovado pela maioria, ou melhor: quase unanimidade, dos parlamentares franceses no ano de 2010. Neste *leading case* europeu, uma mulher francesa, nascida no Paquistão e que professava a religião islâmica, ingressou, por petição individual, na Corte EDH solicitando a revogação da Lei francesa que proibia o uso dos véus islâmicos (*burqa* e *niqab*) em locais públicos, em especial por conta de medidas de segurança pública, vez que a identificação rápida, efetiva e individualizada das pessoas constituiria uma política de segurança nacional contra ações terroristas, por exemplo. *In casu*, a aplicante enfatizou que não sofria qualquer pressão, seja do seu marido, seja da sua família, para usar a vestimenta islâmica, mas que era da sua vontade livre e por convicções próprias, e que, inclusive, utilizava o *niqab* no espaço privado. Tratava-se, à evidência, de um conflito entre a soberania nacional do Parlamento francês para elaboração de normas de caráter geral acerca da segurança pública e individual, inclusive no que se refere a manutenção da ordem pública de acordo com os padrões e valores sociais franceses, e a liberdade religiosa³⁷³, integração cultural, liberdade de associação, discriminação e à privacidade.

Em sumarássima síntese, a Corte EDH, malgrado os votos dissidentes das juízas alemã e sueca, *Angelika Nussberger* e *Helena Jäderblom* respectivamente, julgou compatível com a CEDH a lei francesa limitadora do uso do véu, máxime em virtude da segurança pública, da

³⁷¹ <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/2021/ergebnisse/bund-99.html>. Acesso aos 25.08.2023.

³⁷² https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/08/24/gerald-darmanin-juge-une-victoire-de-marine-le-pen-en-2027-assez-probable_6186481_823448.html. Acesso aos 25.08.2023.

³⁷³ Sobre o tema, cf., *par excellence*, WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Fundamentalismo, Pluralismo, Crenças, Cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

garantia da ordem pública e da proteção dos direitos e liberdades de terceiros – *ordre public* –, conforme infratranscrito:

“As regards the first of the aims invoked by the Government, the Court first observes that ‘public safety’ is one of the aims enumerated in the second paragraph of Article 9 of the Convention (*sécurité publique* in the French text) and also in the second paragraph of Article 8 (*sûreté publique* in the French text). It further notes the Government’s observation in this connection that the impugned ban on wearing, in public places, clothing designed to conceal the face satisfied the need to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud. Having regard to the case file, it may admittedly be wondered whether the Law’s drafters attached much weight to such concerns. It must nevertheless be observed that the explanatory memorandum which accompanied the bill indicated – albeit secondarily – that the practice of concealing the face ‘could also represent a danger for public safety in certain situations’ (see paragraph 25 above), and that the Constitutional Council noted that the legislature had been of the view that this practice might be dangerous for public safety (see paragraph 30 above). Similarly, in its study report of 25 March 2010, the Conseil d’État indicated that public safety might constitute a basis for prohibiting concealment of the face, but pointed out that this could be the case only in specific circumstances (see paragraphs 22-23 above). Consequently, **the Court accepts that, in adopting the impugned ban, the legislature sought to address questions of “public safety” within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention.** As regards the second of the aims invoked – to ensure “respect for the minimum set of values of an open and democratic society” – the Government referred to three values: respect for equality between men and women, respect for human dignity and respect for the minimum requirements of life in society. They submitted that this aim could be linked to the “protection of the rights and freedoms of others”, within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention. As the Court has previously noted, these three values do not expressly correspond to any of the legitimate aims

enumerated in the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention. Among those aims, the only ones that may be relevant in the present case, in relation to the values in question, are ‘public order’ and the “protection of the rights and freedoms of others. (...) As regards the question of necessity in relation to public safety, within the meaning of Articles 8 and 9 (see paragraph 115 above), the Court understands that a State may find it essential to be able to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud. It has thus found no violation of Article 9 of the Convention in cases concerning the obligation to remove clothing with a religious connotation in the context of security checks and the obligation to appear bareheaded on identity photos for use on official documents (see paragraph 133 above). However, in view of its impact on the rights of women who wish to wear the full-face veil for religious reasons, a blanket ban on the wearing in public places of clothing designed to conceal the face can be regarded as proportionate only in a context where there is a general threat to public safety.” (grifo nosso)³⁷⁴.

³⁷⁴ Para um panorama holístico e minudente sobre o caso, entre nós, cf., RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Um novo “Caso do Véu” no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Parte 2), in: *Conjur*, 2014. <https://www.conjur.com.br/2014-jul-09/direito-comparado-outro-veu-europa-parte>. Acesso aos 29.08.2023. Tradução livre do inglês: “Com relação ao primeiro dos objetivos invocados pelo Governo, a Corte observa primeiramente que a ‘segurança pública’ é um dos objetivos enumerados no segundo parágrafo do artigo 9 da Convenção, e também no segundo parágrafo do artigo 8º. Além disso, ela observa a indicação do governo a esse respeito, de que a proibição impugnada de usar, em locais públicos, roupas destinadas a ocultar o rosto satisfazia a necessidade de identificar indivíduos a fim de evitar perigo para a segurança de pessoas e propriedades e para combater a fraude de identidade. Levando em conta o caso, pode-se admitir que é de se perguntar se os redatores da lei deram muita importância a essas preocupações. No entanto, deve-se observar que a exposição de motivos que acompanhava o projeto de lei indicava - embora secundariamente - que a prática de ocultar o rosto ‘também poderia representar um perigo para a segurança pública em determinadas situações’, e que o Conselho Constitucional observou que o legislador era da opinião de que essa prática poderia ser perigosa para a segurança pública. Da mesma forma, em seu relatório de estudo de 25 de março de 2010, o *Conseil d’État* indicou que a segurança pública poderia constituir uma base para proibir a ocultação do rosto, mas ressaltou que esse poderia ser o caso apenas em circunstâncias específicas. Consequentemente, a Corte aceita que, ao adotar a proibição impugnada, o legislador buscou tratar de questões de ‘segurança pública’ no sentido dos parágrafos segundos dos artigos 8 e 9 da Convenção. Com relação ao segundo dos objetivos invocados - garantir ‘o respeito ao conjunto mínimo de valores de uma sociedade aberta e democrática’ - o governo se referiu a três valores: respeito à igualdade entre homens e mulheres, respeito à dignidade humana e respeito aos requisitos mínimos da vida em sociedade. Eles alegaram que esse objetivo poderia ser vinculado à ‘proteção dos direitos e liberdades dos outros’, de acordo com o significado dos parágrafos segundos dos artigos 8 e 9 da Convenção. Como a Corte já observou anteriormente, esses três valores não correspondem expressamente a nenhum dos objetivos legítimos enumerados nos parágrafos segundos dos artigos 8 e 9 da Convenção. Entre esses

3.1 Migrações na Lei Fundamental Alemã

O contexto social e político alemão logo após a hecatombe da segunda guerra mundial era deveras anfigúrico, abstruso e sem direção homogênea para as questões envolvendo os milhões de migrantes e refugiados, afora todo o *fardo moral* provocado pelo genocídio prêt-à-porter representado por Auschwitz³⁷⁵. No outrora território fragmentado das quatro zonas de ocupação existiam 12,5 milhões de refugiados e pessoas deslocadas das antigas regiões do “Terceiro Reich”³⁷⁶, e das zonas de colonização alemã no Leste, 10 milhões de alemães foram bombardeados e/ou evacuados e, em 1950, mais de cinco milhões de prisioneiros de guerra alemães tinham regressado à Alemanha³⁷⁷. Ademais, havia onze milhões de pessoas deslocadas, muitas vezes antigos trabalhadores forçados, que regressaram aos seus países de origem ou emigraram³⁷⁸.

Desde o ano de 1951, o direito internacional dos refugiados é regido pela Convenção de Genebra, à qual a jovem República Federal da Alemanha, sob a administração Adenauer, aderiu rapidamente por razões de política externa. Na órbita nacional, a proteção dos refugiados foi conferida em termos constitucionais *expressis verbis* na Lei Fundamental de 1949, com a inclusão da norma assim disposta: "As pessoas perseguidas politicamente gozam do direito de

objetivos, os únicos que podem ser relevantes no presente caso, em relação aos valores em questão, são a ‘ordem pública’ e a ‘proteção dos direitos e liberdades de terceiros’. Quanto à questão da necessidade em relação à segurança pública, no sentido dos artigos 8 e 9, a Corte entende que um Estado pode considerar essencial poder identificar indivíduos a fim de prevenir perigos para a segurança de pessoas e propriedades e para combater a fraude de identidade. Assim, não encontrou nenhuma violação do artigo 9 da Convenção em casos relativos à obrigação de remover roupas com conotação religiosa no contexto de verificações de segurança e à obrigação de aparecer com a cabeça descoberta em fotos de identidade para uso em documentos oficiais. No entanto, em vista de seu impacto sobre os direitos das mulheres que desejam usar o véu integral por motivos religiosos, uma proibição geral do uso em locais públicos de roupas destinadas a ocultar o rosto pode ser considerada proporcional apenas em um contexto em que há uma ameaça geral à segurança pública."

³⁷⁵ Para um panorama cinematográfico que explora a fundo e de modo existencial o *Holocausto*, v. o documentário antológico do diretor francês, *Claude Lanzmann*, intitulado “Shoah”, lançado em abril de 1985. Vale dilucidar que o termo hebraico *Shoah*, ao invés de holocausto, é o mais indicado para se referir ao extermínio de judeus durante o regime nazista, porquanto aquele significa literalmente “catástrofe”, enquanto este, “sacrifício voluntário”. Cf., por todos, BASKIN, Judith (Org.). *The Cambridge Dictionary of Judaism and Jewish Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

³⁷⁶ Para uma visão história e holística sobre o cognominado 3º Reich, v. SHIRER, William. *Ascensão e Queda do Terceiro Reich*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2017. 2 vols.

³⁷⁷ No ano de 1955, um dos marcos da política de Konrad Adenauer foi a repatriação dos últimos 10 mil prisioneiros alemães que ainda estavam presos na União Soviética. Cf., por todos, a entrevista concedida pelo próprio K. Adenauer ao moderador Günter Gaus, no programa *Zur Person*. <https://www.youtube.com/watch?v=90EVIH4KZsc>. Acesso aos 24.08.2023.

³⁷⁸ KREIENBRINK, Axel. 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Kontext der deutschen Migrationspolitik, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, 33. Jahrgang, 11-12/2013. p. 397 e ss.

asilo" (art. 16a, II, da GG). Este fato constituiu uma novidade na tradição jurídica e constitucional alemã, em comparação com o período anterior à guerra e baseava-se nas experiências, em parte pessoais, dos pais e mães constitucionais durante o período pré-guerra do nacional-socialismo.

A aplicação prática da Convenção sobre os Refugiados e do direito de asilo consagrado na Lei Fundamental teve de ser regulamentada pelo legislador. Já em meados de 1950, as autoridades de ocupação apelaram ao legislador para que assumisse a responsabilidade não só pelas pessoas deslocadas e pelos refugiados alemães, mas também pelos "perseguidos raciais, religiosos e políticos não alemães". No entanto, tendo em conta os problemas que a integração dos deslocados e refugiados alemães implicava, esta era inicialmente uma "tarefa secundária" para as autoridades alemãs.

O enfrentamento da última grande onda de refugiados após as convulsões políticas e sociais ocorridas no leste europeu a partir de 1989 conduziu a uma reorientação constitucional do direito fundamental ao asilo, em coordenação com a evolução jurídica a nível da União Europeia. Para a República Federal da Alemanha, é inquestionável que a política estatal para os refugiados e a legislação correlativa para a sua concreção devem ser formuladas e executadas em conformidade com as obrigações jurídicas internacionais e europeias³⁷⁹.

3.1.1 *A positivação do Direito de Asilo e Refúgio no Direito Constitucional Alemão*

Na esfera normativa nacional, como indicado supra, a proteção jurídica dos refugiados e solicitantes de asilo foi constitucionalizada mediante a previsão, ostensiva e iniludível, de que os perseguidos políticos desfrutam do direito de asilo na Lei Fundamental de 1949 (artigo 16a, II, GG). Este fato jurídico-político constituiu uma novidade na tradição jurídica e constitucional alemã relativamente ao período anterior à guerra, e estribou-se nas experiências, em parte pessoais, dos "pais e mães" da Constituição durante o nacional-socialismo. A aplicação prática da Convenção sobre os Refugiados e do direito de asilo consagrado na Lei Fundamental tinha de ser inelutavelmente regulamentada pelo legislador em face da sua abstração normativo-conceitual.

³⁷⁹ Cf., KLUTH, Winfried. Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, n. 10/2015. p. 337.

As autoridades de ocupação tinham, já em meados de 1950, a responsabilidade pelas pessoas deportadas e pelos refugiados alemães, mas também pelos "perseguidos raciais, religiosos e políticos não alemães". Para a aplicação do procedimento de concessão de estatuto de refugiado, foi instituído o Serviço Federal para o Reconhecimento de Refugiados Estrangeiros na Alemanha na cidade simbólica de Nürnberg. Este serviço era responsável a nível central, e dispunha de um comitê de reconhecimento e um comitê de recurso para um procedimento jurídico-legal concernente ao reconhecimento do refugiado em termos administrativos. No entanto, era apenas responsável pelos procedimentos em que um refugiado solicitava proteção ao abrigo da Convenção Internacional dos Refugiados. Nos (poucos) casos em que o requerimento de asilo era formulado com base no artigo 16, II, da GG, este era imediatamente remetido ao antigo Regulamento da Polícia de Estrangeiros (APVO) do ano de 1938³⁸⁰.

Isto significava que, nestes casos, sem um controle centralizado, as autoridades policiais distritais (mais tarde autoridades de estrangeiros) decidiam segundo o seu próprio critério, se os estrangeiros receberiam autorização para a permanência. Só gradualmente as decisões judiciais foram sendo uniformizadas. Uma certa cesura na política alemã em matéria de estrangeiros e de asilo foi a *Lei dos Estrangeiros*, aprovada em 28 de abril de 1965 que substituiu o APVO de 1938 e criou, pela primeira vez, uma base jurídica neste domínio³⁸¹.

Embora tenha sido elogiada como relativamente liberal quando da sua aprovação imediata, manteve a posição restritiva da lei sobre os estrangeiros. Os estrangeiros por razões de segurança pública, e a imigração permanente devia ser evitada. O recrutamento de trabalhadores estrangeiros, que tinha começado com o acordo de recrutamento com a Itália em 1955, foi prosseguido. Após os acordos com a Espanha e a Grécia (ambos em 1960), Turquia (1961) e Portugal (1964), foram celebrados outros acordos com Marrocos e com a Tunísia. A imigração aumentou de tal forma que, já em 1964, foi acolhido o milionésimo "trabalhador convidado". O "trabalhador convidado" alfin tinha sido acolhido.³⁸²

³⁸⁰ KLUTH, Winfried. Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, n. 10/2015. p. 338.

³⁸¹ *Bundesgesetzblatt I*, n. 19. Disponível em: <
https://media.offenegesetze.de/bgb11/1965/bgb11_1965_19.pdf>. Acesso aos 06.07.2024.

³⁸² KREIENBRINK, Axel. 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Kontext der deutschen Migrationspolitik, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, 33. Jahrgang, 11-12/2013. p. 399.

3.1.2 O art. 16a da Lei Fundamental Alemã (1949)

A República Federal da Alemanha instituiu, *ab initio*, o direito ao asilo como garantia constitucional insofismável e enraizada no corpo normativo constitucional, abrangida pela inalterabilidade da cláusula pétrea (*Ewigkeitsklausel* bzw. *Ewigkeitsgarantie*), conglobado pelo art. 79, § 3º, da LF/49. O art. 16a da Lei Fundamental de Bonn previa, originalmente, o direito fundamental (Capítulo I da Constituição) de fruição do asilo político, de modo amplo, geral e ilimitado, *expressis verbis*: “*Politisch Verfolgte genießen Asylrecht*”.

A consagração inequívoca e expressa do direito fundamental ao asilo político na Constituição Alemã foi uma diretiva consciente, deliberada no bojo do Conselho Parlamentar que votou e promulgou o texto constitucional³⁸³. Tratou-se, sem embargo, de um preceptivo jungido ao contexto histórico alemão, que no período do designado Terceiro Reich, deportou, expropriou e perseguiu sistematicamente estrangeiros (e alemães) considerados inimigos do regime político. Impende ressaltar, todavia, que a Constituição alemã positivou um generoso direito geral ao asilo político, abrangendo *pari passu* os casos de refúgio, antes mesmo da elaboração na Europa da Convenção Internacional de Direitos Humanos e da Convenção da ONU relativa ao estatuto do Refugiado.

Posteriormente, o âmbito de proteção constitucional foi restringido mediante uma alteração (emenda) constitucional – *Verfassungsänderungsgesetz*, de modo que o asilo não é mais concedido para solicitantes provenientes de países da Comunidade Europeia, ou de países cuja aplicação da Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado ou da Convenção Europeia de Direitos Humanos seja garantida. Ademais, a emenda constitucional facultou a designação por lei, mediante referendo do Conselho Federal, dos Estados (países) nos quais, com base na situação jurídica específica, na aplicação da lei e nas condições políticas gerais, parece estar garantido que não há perseguição política nem penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Presume-se, assim, que o estrangeiro proveniente desse Estado designado não é perseguido enquanto não apresentar fatos e provas concretas que justifiquem a alegada perseguição política. Alfim, a alteração constitucional faz uma ressalva, no sentido de garantir a máxima eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos, máxime a Convenção da ONU sobre o estatuto dos refugiados e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e da Liberdades Fundamentais, de modo que, as restrições constitucionais não prejudicam acordo

³⁸³ Cf., por todos, MÖLLERS, Christoph. *Grundgesetz: Geschichte und Inhalt*. 3ª ed. München: C.H.Beck, 2019. p. 21 e ss.

internacional em contrário em relação à responsabilidade pela análise dos pedidos de asilo, inclusive o reconhecimento mútuo das decisões em matéria de asilo. *Ad litteram*:

(2) Auf Absatz 1 kann sich nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist. Die Staaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaften, auf die die Voraussetzungen des Satzes 1 zutreffen, werden durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, bestimmt. In den Fällen des Satzes 1 können aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden.

(3) Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können Staaten bestimmt werden, bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Es wird vermutet, daß ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, daß er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird.

(4) Die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen wird in den Fällen des Absatzes 3 und in anderen Fällen, die offensichtlich unbegründet sind oder als offensichtlich unbegründet gelten, durch das Gericht nur ausgesetzt, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestehen; der Prüfungsumfang kann eingeschränkt werden und verspätetes Vorbringen unberücksichtigt bleiben. Das Nähere ist durch Gesetz zu bestimmen.

(5) Die Absätze 1 bis 4 stehen völkerrechtlichen Verträgen von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften untereinander und mit dritten Staaten nicht entgegen, die unter Beachtung der Verpflichtungen aus dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und

Grundfreiheiten, deren Anwendung in den Vertragsstaaten sichergestellt sein muß, Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung von Asylbegehren einschließlich der gegenseitigen Anerkennung von Asylentscheidungen treffen”³⁸⁴.

3.1.3 “Judicialização” do direito ao Refúgio e a função dos Tribunais no contexto migratório

O anelo político e jurídico de realização prática dos direitos humanos encontra, à maneira apodítica, sua legitimação e condição de possibilidade na institucionalização dos Tribunais, *par excellence* as Cortes Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. Porém, conforme alude o professor da Universidade de Oxford e multicitado internacionalista, *Henry Shue*, o fenômeno da *abstrativização* no terreno dos Direitos humanos, embora necessário e intransponível para a sua indeclinável universalização, obstaculiza, em certa medida, sua concreção prática, uma vez que a carga moral destes direitos pressupõe uma integração cultural e constituem uma parte complexa do tecido social³⁸⁵. Exatamente por tal aspecto analítico, há atualmente tensões ingentes e imbróglis políticos na adstrição e internalização executória das decisões e diretivas internacionais no âmbito do direito doméstico dos Estados, incluindo o

³⁸⁴ BUNDESTAG. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/gg/grundrechte>>. Acesso aos 11.02.2024. Tradução livre do alemão: “O parágrafo 1º não poderá ser invocado por pessoas que viajem de um Estado Membro das Comunidades Europeias ou de outro país terceiro no qual a aplicação da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais esteja assegurada. Os Estados fora das Comunidades Europeias aos quais se aplicam os requisitos da primeira frase serão determinados por lei, sujeitos à aprovação do Conselho Federal. Nos casos mencionados na sentença 1, as medidas que encerram a residência podem ser executadas independentemente de qualquer recurso apresentado contra elas. Os Estados poderão ser designados por lei, sujeitos à aprovação do *Bundesrat*, nos quais, com base na situação jurídica, na aplicação da lei e nas condições políticas gerais, pareça ser garantido que não haja perseguição política nem punição ou tratamento desumano ou degradante. Presumir-se-á que um estrangeiro de tal Estado não está sendo perseguido enquanto não apresentar fatos que justifiquem a suposição de que está sendo perseguido politicamente de forma contrária a essa presunção. A execução das medidas de cessação de residência somente será suspensa pelo tribunal nos casos mencionados no parágrafo 3º e em outros casos que sejam manifestamente infundados ou se houver sérias dúvidas quanto à legalidade da medida; o âmbito da revisão pode ser restrito e as apresentações tardias podem ser desconsideradas. Os detalhes devem ser determinados por lei. Os parágrafos 1º a 4º não se opõem aos tratados internacionais celebrados pelos Estados-Membros das Comunidades Europeias entre si ou com Estados terceiros que, em conformidade com as obrigações decorrentes da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cuja aplicação deve ser assegurada nos Estados Contratantes, estabeleçam regras sobre a responsabilidade pela análise dos pedidos de asilo, incluindo o reconhecimento mútuo das decisões em matéria de asilo”.

³⁸⁵ SHUE, Henry. *Menschenrechte und Kulturelle Differenz*, in: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg. (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998. p. 349.

déficit de legitimação democrática e social dos órgãos, jurídicos e políticos, de deliberação supranacional.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, na França, foi fundada em 1959, prevista originalmente na Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais. Sua jurisdição é exercida nos 46 países membros do Conselho da Europa, tornando-se um Tribunal permanente em 1º de novembro de 1998 através do protocolo adicional nº 11. Pessoas físicas, grupos de pessoas e organizações não-governamentais podem postular diretamente seus requerimentos perante o Tribunal.

Após o desfecho da segunda guerra mundial, mediante a capitulação incondicional da Alemanha em maio de 1945, as potências vencedoras decidiram criar um sistema internacional de proteção jurisdicional dos direitos humanos como medida profilática face às atrocidades perpetradas pelo regime nacional-socialista. Tal sistema foi arquitetado para facilitar, de forma mais abrangente e eficaz possível, o acesso individual e simplificado dos europeus à tutela jurisdicional internacional concernente a seus direitos e prerrogativas. Desta forma, o sistema judicial europeu não possui mecanismos abstrusos, herméticos, de difícil aceção, inclusive para leigos; muito ao contrário, qualquer cidadão pode ingressar individualmente, e de modo direto, com uma petição junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, sem quaisquer formalidades ou requisitos de índole jurídico-normativa processual, ou mesmo da postulação de advogado particularmente constituído. Dos sistemas regionais existentes, de fato, o europeu é o mais consolidado e amadurecido, exercendo influência significativa sobre os demais, a saber o interamericano e o africano³⁸⁶.

Ainda que haja avanços pontuais da política legislativa interna dos Estados nacionais, é notório que apenas mediante uma concertação supranacional, a problemática do processo migratório atual logrará ser efetivamente resolvida. No contexto político e jurídico europeu, um avanço significativo foi dado pela assinatura do Tratado de Lisboa aos 13 de dezembro de 2007, uma tentativa exitosa de consolidação da União Europeia para além de uma união monetária. Sem embargo, o Tratado de Lisboa já é visto como um ponto de clivagem para romper a percepção habitual de separação do ordenamento europeu e o ordenamento interno de cada Estado membro, destinado a reformular e a desenvolver um autêntico direito constitucional europeu³⁸⁷. A União Europeia, há tempo, se coloca no palco internacional como um ator

³⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional* – Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 127.

³⁸⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional*. Volumen I. 5ª ed. Tecnos: Madrid, 2010. p. 240.

autônomo e independente, em direta competição, nos mais diversos aspectos, com as principais nações do Mundo³⁸⁸. O sistema político da União Europeia ainda é fortemente fragmentado, porquanto a UE não representa um centro decisório e de força política no sentido de um Governo central. Isso vale *pari passu* para a Comissão Europeia e para os Comissários Europeus, que se assemelham aos Ministros de um Governo nacional³⁸⁹.

Não há dúvida de que o principal problema jurídico e político hodierno no contexto europeu, e em especial no alemão, é designadamente o processo massivo de imigração proveniente, em grande medida, da Síria e da rota do mediterrâneo, entre a Líbia e a ilha de Lampedusa, causando impacto ingente na política eleitoral interna dos países. No cenário judicial internacional europeu, já há alguns anos, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos tem se perfilhado no sentido da concessão de refúgio, por violação ao art. 3º da Convenção, nos casos em que o retorno do refugiado ao seu país de origem possa causar-lhe violação a sua integridade física (*chacal vs. The United Kingdom*, 1996).

Diante dessa situação, a Alemanha destina uma Secretaria de Estado com atribuições para assuntos relacionados especialmente à migração (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*). O tema, no direito constitucional alemão, remonta à data original da promulgação da Constituição alemã de 1949. Até 1992, existia um direito de asilo amplo, e quase irrestrito, em termos constitucionais, para perseguidos políticos. No decorrer do tempo, este preceptivo constitucional acabou por aumentar desmesuradamente o número de requerimentos por asilo na Alemanha, chegando ao número de 400.000 (1992), o que também provocou uma ingente sobrecarga na jurisdição administrativa alemã. Tal munificência causou igualmente um açambarcamento para a Alemanha do total dos pedidos direcionados a países europeus, cerca de 78%.

O recente art. 16a da Lei fundamental alemã restringe o alcance do asilo político numa dupla perspectiva: apenas em casos de perseguição política específica; e em casos em que não há saída possível no país de origem do requerente. Nesta senda, “não é qualquer violação aos standards jurídico-constitucionais que a Constituição alemã garante como liberdade política na Alemanha”, que pode ser tida como perseguição política no sentido de tal dispositivo³⁹⁰.

³⁸⁸ SCHMIDT, Siegmur; SCHÜNEMANN, Wolf. *Europäische Union – Eine Einführung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009. p. 24-5.

³⁸⁹ *Ibidem.*, p. 236. Na realidade, isso significa que as competências das instituições estão estreitamente entrelaçadas, muitas vezes se sobrepõem, e as decisões são tomadas de acordo com diferentes procedimentos, em questões políticas específicas.

³⁹⁰ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008. p. 214.

3.2 A Secretaria de Estado Alemã para Migração e Refugiados (BAMF)

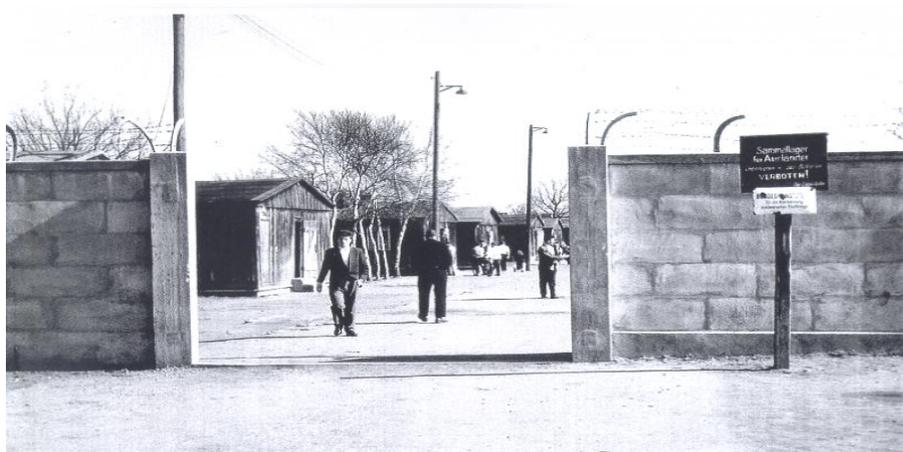
Na contextua administrativa do Estado alemão, a figura do *migrante* possui significativa relevância, fazendo jus a um ministério autônomo, com estrutura ampla e competência jurídico-legal *sui generis*. A história do Ministério de Estado alemão para Migração e Refugiados (doravante BAMF) enceta no ano de 1946, imediatamente após o término da Segunda Guerra Mundial, com o alojamento de estrangeiros sem-abrigo “vulneráveis”, as assim chamadas pessoas deslocadas, nos terrenos do antigo campo de prisioneiros de guerra de *Langwasser*, pela Administração de Socorro e Reabilitação das Nações Unidas (UNRRA). Inicialmente eram sobretudo letões e estónios que ficavam alojados nas instalações fornecidas pelas forças armadas americanas. O nome do campo foi dado em homenagem à cidade fronteiriça letã-estónia de Valka, que foi dividida em duas partes na sequência da Primeira Guerra Mundial. Dessarte, a história do BAMF começou sobretudo no contexto das migrações do pós-guerra. Em consequência da Segunda Guerra Mundial, registaram-se grandes movimentos de população: no território das quatro zonas de ocupação, havia 12,5 milhões de refugiados e deslocados das antigas regiões do Reich, bem como das zonas de colonização alemã no Leste, dez milhões de alemães foram bombardeados e/ou evacuados e, em 1950, mais de cinco milhões de prisioneiros de guerra alemães tinham regressado. Além disso, havia onze milhões de pessoas deslocadas, frequentemente antigos trabalhadores forçados, que regressaram aos seus países de origem ou emigraram³⁹¹.

Em 1947, depois que a maioria das pessoas que deram o nome ao campo ter emigrado para os Estados Unidos, a organização sucessora da UNRRA entregou o "*Campo Valka*" às novas autoridades alemãs para os refugiados. Com a adoção do acordo sobre o estatuto jurídico dos refugiados, a Convenção de Genebra, em 1953, foi criado o Gabinete Federal para o Reconhecimento de Refugiados Estrangeiros. O precursor do BAMF, com os seus 40 funcionários, era a partir de então responsável pelos pedidos de asilo dos refugiados. Os refugiados eram acolhidos nas instalações do chamado "*Valka-Lager*", o novo centro federal de acolhimento de estrangeiros, onde eram tratados até a definição do seu alojamento definitivo³⁹².

³⁹¹ Cf., por todos, KREIENBRINK, Axel. 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Kontext der deutschen Migrationspolitik, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, 33. Jahrgang, 11-12/2013.

³⁹² Disponível em: <<https://www.bamf.de/DE/Behoerde/Chronik/Bundesamt/bundesamt-node.html;jsessionid=3EA0ED2573F73A9FD3B47578A1E1619E.intranet242>>. Acesso aos 13.08.2023.

Em maio de 1960, o "*Valka-Lager*" foi finalmente encerrado. Os refugiados restantes foram alojados no antigo quartel da polícia de *Zirndorf* (imagem infra), que já tinha sido utilizado para acolher refugiados desde 1955. O governo federal construiu dois novos edifícios de alojamento no local. Um ano mais tarde, os funcionários da repartição federal mudaram-se para o edifício da administração.



Com a Lei dos Estrangeiros de 28 de abril de 1965, o atual BAMF foi transformado em "Serviço Federal para o Reconhecimento de Refugiados Estrangeiros". Para além do afluxo de refugiados provocado pelos acontecimentos da "primavera de Praga", o número de pedidos de asilo manteve-se baixo para os cerca de 60 funcionários que atualmente trabalham neste serviço. O número de pedidos de asilo aumentou significativamente com as condições de guerra civil na Turquia em 1974 e, em 1980, ultrapassou os 100.000, incluindo 55.000 pedidos só de cidadãos turcos. O Gabinete Federal reagiu: a autoridade foi alargada para 240 funcionários em 1980. O centro de acolhimento, oficialmente com apenas 450 lugares, estava regularmente sobrelotado³⁹³.

Com o desmoronamento da União Soviética e o subsequente movimento de refugiados, o número de pedidos de asilo continuou a aumentar. Em 1992, cerca de 438.000 pessoas pediram asilo na República Federal da Alemanha. O elevado número de requerentes de asilo levou a alterações organizacionais e a um aumento do número de efetivos. O Departamento Federal criou um total de 48 gabinetes nos Estados federados e empregou mais de 4.000 funcionários durante estes períodos.

³⁹³ Disponível em: <<https://www.bamf.de/DE/Behoerde/Chronik/Bundesamt/bundesamt-node.html;jsessionid=3EA0ED2573F73A9FD3B47578A1E1619E.intranet242>>. Acesso aos 13.08.2023.

Depois de, inicialmente, o Governo Federal ter alugado vários edifícios de escritórios para a sede na zona da cidade de Nuremberg, esta passou a situar-se em Nuremberg-Langwasser em 1993. No final de 1996, o Departamento Federal, com 800 funcionários, mudou-se para a sua sede atual em Frankenstraße - um edifício histórico conhecido na cidade como "Südkaserne". Com a adoção do compromisso sobre o asilo em 1993, o número de pedidos de asilo diminuiu drasticamente. Seguiu-se um vasto processo de reestruturação do Gabinete Federal para o Reconhecimento de Refugiados Estrangeiros, que culminou com a aplicação da Lei da Imigração em 2005. O Gabinete Federal para o Reconhecimento de Refugiados Estrangeiros passou a ser o Gabinete Federal para a Migração e os Refugiados.

A Lei da Imigração atribuiu ao novo Serviço Federal para a Migração e os Refugiados amplas tarefas no domínio da integração e da migração, para além do procedimento de asilo. Além disso, algumas tarefas existentes, como a manutenção do Registo Central de Estrangeiros e a assistência ao regresso, foram agrupadas no Gabinete Federal. Assim, na última década, o Gabinete Federal evoluiu de uma mera autoridade de asilo para um centro de competência em matéria de migração e integração.

Através da sua estrutura descentralizada, com gabinetes no terreno em todos os estados federais, o Gabinete Federal está presente em toda a Alemanha. Em 2016, o pessoal do Serviço Federal aumentou para 7 300 equivalentes a tempo inteiro (ETI). Os funcionários incluíam tanto pessoal com uma relação de trabalho na BAMF, como cedências e destacamentos - diferentes ministérios federais, bem como a Vivento, os Correios, as Forças Armadas Federais e a Agência Federal de Emprego prestaram apoio temporário com quase 1.600 ETI, entre outras coisas, para a redução de atrasos, em salas de espera e em unidades móveis.

Em 2015 e 2016, o número de requerentes de asilo na Alemanha aumentou significativamente. Em 2015, foram apresentados cerca de 476 000 pedidos de asilo; em 2016, foi atingido o nível mais elevado até à data, com cerca de 745 000 pedidos. O Serviço Federal para a Migração e os Refugiados foi objeto de uma profunda reestruturação nos últimos anos. Desde o forte aumento dos pedidos de asilo em 2015 e 2016, que inicialmente sobrecarregou as estruturas de autoridade anteriores em termos puramente quantitativos, o Departamento Federal respondeu aos desafios e posicionou-se de forma flexível e sólida para o futuro.

Embora o Departamento Federal já fosse, no passado, o centro de competência nos domínios do asilo, da migração e da integração, está agora a posicionar-se mais conscientemente como tal e a alargar as suas competências. Simultaneamente, acrescentou ao seu portfólio os domínios da segurança e da digitalização na administração e alargou as suas tarefas internacionais. De 2017 a 2020, o número de requerentes de asilo esteve sempre a

diminuir. Em 2020, foram apresentados cerca de 122.000 pedidos de asilo. Em 2021, o número voltou a aumentar, pela primeira vez, para 190.816 pessoas. No entanto, os números de 2020 e 2021 também são condicionados pelas restrições globais devido à pandemia do coronavírus. No início de 2023, cerca de 8.300 pessoas estão ocupando cargos laborais na BAMF. Cerca de um terço na sede e dois terços a nível nacional, em cerca de 60 locais distintos. De 1953 a 2022, foram apresentados cerca de 6,3 milhões de pedidos de asilo na Alemanha³⁹⁴.

3.3 Contextura legislativa alemã e a concessão de asilo político

Predominantemente, são dois dispositivos legais que regulam amplamente a condição jurídica do estrangeiro e do asilado na Alemanha, a saber: a) a Lei da Imigração – *Zuwanderungsgesetz* (*ZuwandG*)³⁹⁵; e b) a Lei do Asilo – *Asylgesetz* (*AsylG*). A primeira foi promulgada na data do dia 30 de julho de 2004, enquanto a segunda em 26 de junho de 1992.

Brevi manu, impende enfatizar que a Lei de Migração Alemã (doravante simplesmente *ZuwandG*) é gênero normativo concernente à condição jurídica do estrangeiro na Alemanha, regulando aspectos sobre vistos, estadia, *integração*, direitos e deveres, inclusive pontos acerca do procedimento de asilo. De outra face, a Lei de Asilo alemã (doravante simplesmente *AsylG*) compreende a perspectiva angusta e exclusiva do asilo político, como pressupostos e requisitos, forma de exercício, âmbito de proteção e perda do *status* de asilado.

A rigor, sempre houve imigração para a Alemanha (para além da emigração). No entanto, passou por décadas sem regulamentação sistemática, e isto de forma deliberada, uma vez que era exatamente isso o desejado pelos políticos alemães. A imigração que efetivamente ocorreu foi, dessarte, controlada por regulamentos *ad hoc*, e não foi considerada oficialmente como imigração. A chegada de aproximadamente 12 milhões de alemães no final da Segunda Guerra Mundial não é considerada uma verdadeira imigração, uma vez que se tratou de alemães que foram expulsos ou fugiram de antigos territórios alemães. Malgrado os alemães também tenham sido expulsos de zonas que não pertenciam à Alemanha (Cidade Livre de Gdansk,

³⁹⁴ Disponível em: <<https://www.bamf.de/DE/Behoerde/Chronik/Bundesamt/bundesamt-node.html;jsessionid=3EA0ED2573F73A9FD3B47578A1E1619E.intranet242>>. Acesso aos 13.08.2023.

³⁹⁵ Para uma análise holística acerca da vetusta, e já revogada, Lei do Estrangeiro – *Ausländergesetz*, v., por todos, DAVY, Ulrike; ÇINAR, Dilek. Deutschland, in: DAVY, Ulrike. (Org.). *Die Integration von Einwanderern*. Rechtliche Regelungen im Europäischen Vergleich. Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2001. p. 277 e ss.

Polónia, Lituânia, União Soviética, *et cetera.*), tratava-se de pessoas que foram explicitamente expulsas devido à sua etnia alemã. A situação explicitada é distinta, porém politicamente semelhante, para os repatriados de etnia alemã que vieram para a Alemanha em anos posteriores, e que muitas vezes já não tinham quaisquer laços atuais com a esfera cultural alemã, mas que teriam direito à cidadania alemã ao abrigo da Constituição em vigor desde 1949 (artigo 116 da Lei Fundamental) como pessoas de etnia alemã, e que podem, portanto, imigrar sob certas condições³⁹⁶.

No contexto da ingente recuperação econômica da República Federal da Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, que foi cognominado até mesmo de “milagre econômico”, na esteira do governo *Adenauer/Erhard* (1949-66), *maxime* com o apoio financeiro e institucional norte-americano (Plano Marshall), foram recrutados, a partir do ano de 1955, os assim chamados “trabalhadores convidados” como mão de obra complementar e, de certo modo, mais barata. Este “recrutamento” foi realizado ao abrigo da assim chamada “rotatividade”, que se manteve até à cessação do recrutamento no ano de 1973, e que estipulava que as pessoas apenas permaneceriam na Alemanha provisoriamente, tendo que regressar aos seus países de origem no máximo até se aposentarem³⁹⁷.

Na década de 1990, tornou-se evidente que os regulamentos normativos anteriores apresentavam muitas deficiências, inclusive em termos burocráticos e administrativos. Em especial, o fato de excluírem amplamente as opções de imigração legal obrigava as pessoas muitas vezes a recorrerem à principal lacuna ainda existente para a obtenção de uma autorização de residência; *o direito de asilo*. A prática do direito de asilo foi redimensionada para evitar o que se denominou de “falsos requerentes de asilo”³⁹⁸.

Além disso, muitas empresas, sobremaneira em setores economicamente pungentes, como o das tecnologias da informação, mas também em setores com níveis salariais deveras baixos, como a agricultura, queixavam-se recorrentemente de que não conseguiam encontrar mão de obra alemã suficiente, e que quase não existiam oportunidades legais para recrutar trabalhadores estrangeiros nos países vizinhos. A proibição de recrutamento de “trabalhadores

³⁹⁶ Disponível em: <<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2013-11/einwanderung-anwerbepost>>. Acesso aos 31.03.2024.

³⁹⁷ O primeiro “acordo de recrutamento” foi estipulado entre Alemanha e Itália, no ano de 1955, que possibilitou às empresas alemãs empregar legalmente mão de obra italiana. Na sequência, com base neste acordo, milhões de pessoas imigraram para a Alemanha para fins laborais. Disponível em: <<https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/324552/erstes-anwerbeabkommen-vor-65-jahren/>>. Acesso aos 07.07.2024.

³⁹⁸ HAILBRONNER, Kay. *Asyl- und Ausländerrecht*. 4ª ed. Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 2016.

convidados” de 1973 (Willy Brandt), cognominada de “*Anwerbestopp*”, ainda em vigor, construiu um muro legal a estas medidas³⁹⁹.

O direito de estrangeiros na República Federal da Alemanha foi inicialmente regulado pelo Decreto da *Polícia de Estrangeiros* de 1938 (*Ausländerpolizeiverordnung*)⁴⁰⁰, que permaneceu em vigor após o débâcle da segunda guerra mundial, e foi substituído somente no ano de 1965, através da primeira Lei de Estrangeiros sem a conotação policial⁴⁰¹. Tal dispositivo legal, moderno para a época, definia diferentes tipos de autorizações de residência: em primeiro lugar, um estrangeiro recebia uma autorização de residência, bem como os membros da família que se juntassem a ele em território alemão. A autorização de residência poderia ser emitida se o estrangeiro tivesse vivido na Alemanha durante pelo menos oito anos. Quem quisesse estudar na Alemanha recebia uma autorização de residência por um a dois anos, e quem solicitasse a admissão na Alemanha por razões de direito internacional e humanitário podia receber uma autorização de residência (comumente por dois anos)⁴⁰².

Em 1º de janeiro de 1991, após a reunificação alemã (03.10.1990), entrou em vigor em todos os 16 Estados Federados alemães, a "Lei dos Estrangeiros de 1990", estruturalmente reformada, que foi substituída depois pela Lei da Residência em 1º de janeiro de 2005 – *Aufenthaltsgesetz* (*AufenthG*) – que hoje representa a parte principal da primeira seção da atual Lei de Migração alemã (*ZuwandG*).

O direito de asilo na Alemanha estava inicialmente garantido pelo artigo 16 da Lei Fundamental, desde sua promulgação no ano de 1949. O processo administrativo de asilo foi inicialmente regulado pelo Decreto de Asilo de 1953, a partir de 1965 pelo artigo 28, e seguintes da Lei dos Estrangeiros de 1965 e, desde 1982 até a atualidade, pela Lei do Processo de Asilo, que passou a designar-se Lei do Asilo com efeitos a partir de 24 de outubro de 2015. Em 1993, o direito de asilo foi substituído no artigo 16 pelo artigo 16a da Lei Fundamental, e foi consideravelmente restringido por numerosas alterações à Lei do Asilo.

³⁹⁹ Disponível em: <<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2013-11/einwanderung-anwerbestopp>>. Acesso aos 31.03.2024.

⁴⁰⁰ Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dns/RGBl_1938_I_1053_VO_Auslaenderpolizei.pdf>. Acesso aos 31.03.2024.

⁴⁰¹ Disponível em: <https://media.offenegesetze.de/bgb11/1965/bgb11_1965_19.pdf>. Acesso aos 31.03.2024.

⁴⁰² Disponível em: <<https://www.zeitklicks.de/zeitstrahl/1965/auslaendergesetz-der-bundesrepublik#:~:text=Die%20Anwerbung%20von%20ausl%C3%A4ndischen%20Arbeitnehmern,von%20Ausl%C3%A4ndern%20in%20der%20Bundesrepublik>>. Acesso aos 31.03.2024.

A fim de colmatar as lacunas da complicada e anfigúrica legislação alemã relativa aos estrangeiros, e de ter em conta o fato de que a Alemanha se tornou, desde os anos 1960, um país de imigração – *Einwanderungsland* –, com os estrangeiros a representarem quase nove por cento da população, o Governo Federal criou, no ano de 2000, a assim chamada "Comissão Independente para a Imigração" (conhecida também como Comissão *Süssmuth*)⁴⁰³. Após um ano de discussões intensas, a Comissão apresentou, em julho de 2001, um relatório com propostas abrangentes para a legislação sobre imigração. Algumas semanas mais tarde, o Ministro Federal do Interior apresentou um projeto de reforma legislativa ao *Bundestag* e ao *Bundesrat* em março de 2002, mas apenas retomava algumas das propostas da Comissão *Süssmuth*, e era consideravelmente mais restritivo em termos gerais. Este projeto de lei foi discutido entre os parceiros da coligação política, o SPD e os Verdes, e aprovado pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat* em março de 2002. Em 25 de junho, a lei foi formalmente promulgada (BGBl. I p. 1946), a maior parte entrando em vigor em 1º de janeiro de 2003.

Após a manifestação do Tribunal Constitucional Federal que declarou inválida a decisão do *Bundesrat* e, conseqüentemente, a própria lei, devido ao comportamento de voto incoerente do Estado de Brandeburgo (BVerfGE - 2 BvF 1/02 - de 18 de dezembro de 2002, BGBl. 2003 I p. 126), o projeto foi renegociado no comitê de mediação entre o SPD, os Verdes, a CDU/CSU e o FDP. Desde então, em virtude da recessão econômica, o desemprego voltou a aumentar, não só entre os funcionários do setor da informática, engenheiros e cientistas, cuja imigração do estrangeiro deveria ser inclusive promovida pela outrora Lei da Imigração. Entre outros fatores, este fato levou a que o comitê de mediação continuasse a discutir o contexto concernente às oportunidades para os novos imigrantes, que inicialmente eram previstas na lei, e que foram largamente abandonadas⁴⁰⁴.

Vis-à-vis os dispositivos literais da Lei alemã de Migração (doravante *ZuwandG*), depreende-se que se trata de uma norma deveras abrangente, inclusiva e minudentemente

⁴⁰³ A tarefa inserida no artigo 45 da Lei de Residência (*Aufenthaltsgesetz*) para desenvolver um programa de integração a nível nacional remonta às recomendações da Comissão Independente para a Imigração do ano de 2001, sob a direção da antiga Presidente do Parlamento (*Bundestag*) alemão, Profa. Dra. Rita Süssmuth. Tendo em conta o grande número de medidas de integração paralelas a nível federal, estatal e local, a comissão recomendou urgentemente que os programas e iniciativas existentes fossem registrados e sistematizados.

Disponível em:

<https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Integration/Integrationsprogramm/bundesweitesintegrationsprogramm.pdf?__blob=publicationFile&v=5>. Acesso aos 31.03.2024.

⁴⁰⁴ Disponível em: <<https://www.spiegel.de/politik/deutschland/integration-mehr-einwanderungsgeschichte-fuer-die-bundesgerichte-gastbeitrag-a-70f1c459-c4f3-4ce4-b48d-b4fc4cc1d2a8>>. Acesso aos 07.07.2024.

elaborada. *Ad exemplum*, no seu vestíbulo, a *Artikelgesetz* alemã de 2004 serve, em primeira linha, para controlar, *rectius* gerenciar, e limitar o afluxo de migrantes à Alemanha. Neste compasso, ela permite e organiza a imigração tendo em conta a) *a capacidade de absorção e integração de estrangeiros*, bem como b) *os interesses da política econômica e do mercado de trabalho da República Federal da Alemanha*.

Apenas a § 5º da ZuwandG é destinada à regulação do refúgio. O que mais chama a atenção, outrossim, é o alto caráter discricionário (e mesmo arbitrário) para a concessão/recusa do *status* de refugiado, o que, de certo modo, também se assemelha à Lei brasileira de refúgio, estribando-se à exaustão na tutela da ordem pública e aos interesses políticos do Estado requerido. Já no seu introito, a lei assim se pronuncia:

“Einem Ausländer kann für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Eine Aufenthaltserlaubnis ist zu erteilen, wenn das Bundesministerium des Innern oder die von ihm bestimmte Stelle zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland die Aufnahme erklärt hat. Im Falle des Satzes 2 berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit”⁴⁰⁵.

Da mesma forma, a ZuwandG serve para cumprir as obrigações humanitárias da República Federal da Alemanha assumidas internacionalmente. A ZuwandG regula a entrada, a permanência, o exercício de uma atividade remunerada e a promoção da integração de estrangeiros. *In verbis*:

“Das Gesetz dient der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland. Es ermöglicht und gestaltet Zuwanderung unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfähigkeit sowie der wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen der

⁴⁰⁵ Tradução livre do alemão: “É possível a concessão de uma autorização de residência para o acolhimento de um estrangeiro do exterior por motivos de Direito Internacional Público ou humanitários urgentes. Uma autorização de residência poder ser concedida se o Ministério do Interior, ou órgão por ele indicado, declarar que o acolhimento não contraria os **interesses políticos da Alemanha**”. (grifo nosso).

Bundesrepublik Deutschland. Das Gesetz dient zugleich der Erfüllung der humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland. Es regelt hierzu die Einreise, den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Förderung der Integration von Ausländern. Die Regelungen in anderen Gesetzen bleiben unberührt⁴⁰⁶. (grifo nosso).

No que tange ao acolhimento em solo alemão por motivos de proteção humanitária, cuja aplicação refere-se à evidência aos refugiados, a ZuwandG, designadamente na seção 5, regula a entrada e estadia por motivos de direito internacional público, humanitários e políticos. Ao imigrante, por razões humanitárias urgentes, pode ser concedida uma autorização de residência a critério do Ministério do Interior alemão (ou o órgão por este designado) para a tutela dos interesses políticos da nação. Neste caso, isto é, de acolhimento por razões humanitárias urgentes, a autorização de residência será acompanhada de autorização para o exercício de trabalho remunerado.

Ademais, ainda inserto da seção 5, parágrafo 22 (item 2), a lei alemã de migração deixa ao livre arbítrio estatal a possível restrição de locomoção (residência) do refugiado por razões abstratas de interesse público:

“Bei besonders gelagerten politischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland kann die Anordnung vorsehen, dass den betroffenen Personen eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird. In diesen Fällen kann abweichend von § 9 Abs. 1 eine wohnsitzbeschränkende Auflage erteilt werden”⁴⁰⁷.

Ainda neste contexto de arbítrio e discricionariedade estatal, a seção 5, § 23a, item 1, da Lei de migração alemã, prevê que a autorização de residência aos refugiados tem por objetivo exclusivo o interesse público, não estabelecendo quaisquer direitos aos estrangeiros:

⁴⁰⁶ Tradução livre do alemão: “Esta lei serve para controlar e limitar o fluxo de estrangeiros na Alemanha. Ela permite e configura a migração, levando em consideração a capacidade de acolhimento e integração, bem como os interesses econômicos e da política de mercado de trabalho da Alemanha. Esta lei serve igualmente para a concretização das obrigações humanitárias da Alemanha. A lei regula a entrada, a residência, a atividade remunerada e a promoção à integração dos estrangeiros. As regulações em outras leis permanecem híginas.”.

⁴⁰⁷ Tradução livre do alemão: “Em caso de interesses políticos especiais da Alemanha, a decisão concessiva pode prever uma autorização de residência. Nestes casos, uma condição restritiva de residência pode ser imposta”.

“Die oberste Landesbehörde darf anordnen, dass einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für Einen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen). Die Anordnung kann im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 abgegeben wird. Die Annahme eines Härtefalls ist in der Regel ausgeschlossen, wenn der Ausländer Straftaten von erheblichen Gewicht begangen hat. **Die Befugnis zur Aufenthaltsgewährung steht ausschließlich im öffentlichen Interesse und begründet keine eigenen Rechte des Ausländers**”⁴⁰⁸. (grifo nosso).

Malgrado a existência de um órgão federal unificado para a análise e concessão da entrada e estadia do migrante refugiado, é facultado, e mesmo autorizado, aos Estados federados a instituição de comissões avaliativas “*Härtefallkommission*”, de modo a conferir maior autonomia e adequação ao acolhimento dos refugiados, consoante as peculiaridades e interesses de cada unidade federativa (§ 22, inciso II, da Lei de Migração alemã).

Alfim, a ZuwandG prevê expressamente a autorização de residência para aqueles que incontestavelmente (*unanfechtbar*) forem reconhecidos como asilados, exceto nos casos em que estiver em risco *a segurança e a ordem pública* (§ 25, inciso I da ZuwandG). A ZuwandG preceitua, para os casos de acolhimento humanitário, um período máximo de 3 anos para a concessão e prorrogação da autorização de residência em solo alemão (§ 26, inciso I, da Lei de Migração Alemã).

Já no que concerne à Lei alemã do Asilo (doravante simplesmente AsylG), esta constitui um âmbito de validade “*Geltungsbereich*” estrito e angusto, relativamente à lei de migração *aliunde* explorada. Consoante o dispositivo legal do asilo, a lei se aplica única e exclusivamente para estrangeiros que requeiram proteção por perseguição política ou perseguições previstas na

⁴⁰⁸ Tradução livre do alemão: “a competência para a garantia da residência se submete exclusivamente ao interesse público, e não garante qualquer direito aos estrangeiros”.

Convenção relativa ao estatuto do refugiado de 1951. Para fins de justificar a concessão do asilo político, a lei alemã enumera um rol amplíssimo de possibilidades, como, *ad exemplum*, os atos de tal modo graves, pela sua natureza ou pela sua repetição, que constituem uma violação grave dos direitos fundamentais do Homem, nomeadamente dos direitos que não podem ser derogados nos termos do n.º 2 do artigo 15º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 4 de novembro de 1950, ou que constituam numa acumulação de diferentes medidas, incluindo uma violação dos direitos humanos, que seja tão grave que afete uma pessoa de forma degradante; o recurso à violência física ou psicológica, incluindo a violência sexual; medidas legais, administrativas, policiais ou judiciais que sejam em si mesmas discriminatórias ou aplicadas de forma discriminatória; ações ou sanções desproporcionadas ou discriminatórias; negação de reparação legal que resulte em punição desproporcionada ou discriminatória; acusação ou punição por recusa de prestação de serviço militar num conflito, se o serviço militar envolver crimes; e atos relacionados com gênero ou dirigidos contra crianças. *In verbis*:

“(1) Als Verfolgung im Sinne des § 3 Absatz 1 gelten Handlungen, die 1. auf Grund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend sind, dass sie eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellen, insbesondere der Rechte, von denen nach Artikel 15 Absatz 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. 1952 II S. 685, 953) keine Abweichung zulässig ist, oder 2. in einer Kumulierung unterschiedlicher Maßnahmen, einschließlich einer Verletzung der Menschenrechte, bestehen, die so gravierend ist, dass eine Person davon in ähnlicher wie der in Nummer 1 beschriebenen Weise betroffen ist. (2) Als Verfolgung im Sinne des Absatzes 1 können unter anderem die folgenden Handlungen gelten:
 1. die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt, einschließlich sexueller Gewalt,
 2. gesetzliche, administrative, polizeiliche oder justizielle Maßnahmen, die als solche diskriminierend sind oder in diskriminierender Weise angewandt werden, 3. unverhältnismäßige oder diskriminierende Strafverfolgung oder Bestrafung, 4. Verweigerung gerichtlichen Rechtsschutzes mit dem Ergebnis einer unverhältnismäßigen oder diskriminierenden Bestrafung, 5. Strafverfolgung oder Bestrafung wegen Verweigerung des Militärdienstes in einem

Konflikt, wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen umfassen würde, die unter die Ausschlussklauseln des § 3 Absatz 2 fallen, 6. Handlungen, die an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfen oder gegen Kinder gerichtet sind”⁴⁰⁹.

Vale enfatizar que a variabilidade das hipóteses concessivas e dos suportes fáticos legais no Direito alemão concernente ao direito ao refúgio, não elidem a margem ampla de discricção governamental para o indeferimento das solicitações, formando um *vacuum* de discricionariade e conveniência, consoante os interesses políticos eventuais e da política de segurança e ordem públicas do momento. O livre talante estatal para fins de análise do requerimento de refúgio acarreta, ineludivelmente, o recrudescimento das demandas judiciais, inclusive no âmbito do sistema regional europeu de direitos humanos, com o desiderato de criar *standards* vinculativos de proteção mínima no âmbito do direito internacional migratório.

À maneira de contemplar uma proteção holística ao asilado, ou refugiado, foi instituído *de lege lata* a tutela dos dados pessoais do migrante em estrita conformidade com a proteção dirigida aos nacionais. Designadamente no § 7º, o rol protetivo dos dados pessoais do asilado é deveras amplo, incluindo a diretriz sobre o uso dos dados apenas, e exclusivamente, para a aplicação da lei e no interesse da pessoa em causa. Os dados são levantados apenas pelos órgãos legalmente competentes e, em regra, junto à pessoa do refugiado. Excepcionalmente, os dados pessoais poderão ser levantados junto a autoridades estrangeiras e organismos públicos e privados, sem a participação do migrante, porém apenas nos casos em que não haja razão para supor que a pessoa envolvida se recusaria a dar o seu consentimento e para o interesse evidente do refugiado. *Ipsis verbis*:

“Die Daten sind bei der betroffenen Person zu erheben. Sie dürfen auch ohne Mitwirkung der betroffenen Person bei anderen öffentlichen

⁴⁰⁹ Tradução livre do alemão: ““(1) Considera-se perseguição, na acepção da seção 3(1), os atos que 1. sejam tão graves por sua natureza ou repetição que constituam uma violação grave dos direitos humanos fundamentais, em particular os direitos dos quais não é permitida nenhuma derrogação nos termos do artigo 15(2) da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 4 de novembro de 1950 (Diário Oficial da União de 1952 II, p. 685, 953), ou 2. consistir em um acúmulo de diferentes medidas, inclusive uma violação dos direitos humanos, que seja tão grave que afete uma pessoa de maneira semelhante à descrita no parágrafo 1. (2) A perseguição, na acepção do parágrafo 1, pode incluir, entre outros, os seguintes atos 1. o uso de violência física ou psicológica, inclusive violência sexual, 2. medidas legais, administrativas, policiais ou judiciais que sejam em si mesmas discriminatórias ou aplicadas de forma discriminatória, 3. processo ou punição desproporcional ou discriminatória, 4. negação de recurso judicial que resulte em punição desproporcional ou discriminatória, 5. Processo ou punição por recusa em prestar serviço militar em um conflito em que o serviço militar envolveria crimes ou atos que se enquadram nas cláusulas de exclusão da seção 3(2), 6. Atos relacionados a gênero ou dirigidos contra crianças.”

Stellen, ausländischen Behörden und nichtöffentlichen Stellen erhoben werden, wenn dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es vorsieht oder zwingend voraussetzt, es offensichtlich ist, dass es im Interesse der betroffenen Person liegt und kein Grund zu der Annahme besteht, dass siein Kenntnis der Erhebung ihre Einwilligung verweigern würde, die Mitwirkung der betroffenen Person nicht ausreicht oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, die zu erfüllende Aufgabe ihrer Art nach eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder es zur Überprüfung der Angaben der betroffenen Person erforderlich ist”⁴¹⁰.

Para o *expert* alemão, Wolfgang Hoffmann-Riem, escudado na Lei Geral Europeia para a proteção de dados (*EU-Datenschutzgrundverordnung*), os dados pessoais se relacionam estreitamente à tutela da personalidade humana, *id est*, independentemente da nacionalidade do seu titular, encampando a proteção do nome, número de registro, localização, ou quaisquer características pessoais que expressam a identidade social, cultural, econômica, física, psíquica e genética da pessoa natural⁴¹¹. No âmago desta contextura analítica, a proteção dos dados pessoais do refugiado, máxime na era da transformação digital, ou simplesmente *digitalização*, tornou-se um imperativo insofismável, constituindo-se um valor a ser alcançado na própria configuração da transformação digital e igualmente na expansão da comunicação digital. O uso da inteligência artificial para decisões automatizadas na Administração pública, na esteira do que se denomina de “Legal Technology/Legal Tech”, com a utilização dos sistemas algoritmos para análise de requerimentos de refúgio, necessitam de um arquétipo vinculativo legal e de controle externo com o desiderato último de reduzir *ad extremum* os riscos de discriminação, uso indevido de dados e violações de direitos humanos⁴¹².

⁴¹⁰ Tradução livre do alemão: “Os dados devem ser levantados junto à pessoa em causa. Podem também ser levantados junto a outros organismos públicos, autoridades estrangeiras e organismos privados sem a cooperação da pessoa em causa, se a presente lei ou outra disposição legal o previr, ou tornar obrigatório, se for evidente que é do interesse da pessoa em causa, e se não houver motivos para supor que a pessoa em causa recusaria dar o seu consentimento se tivesse conhecimento do levantamento, ou se a cooperação da pessoa em causa não for suficiente ou exigir um esforço desproporcionado, se a natureza da tarefa a cumprir tornar necessária o levantamento de dados junto de outras pessoas ou organismos, ou se for necessário verificar os dados da pessoa em causa”.

⁴¹¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation – Herausforderungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 32-3.

⁴¹² *Ibidem.*, p. 244 e ss.

Terçar o amálgama entre a produção legiferante, isto é, a *mens legis* e a aplicação prática judicial dos preceitos normativos, na linha da dicotomização texto/norma, é igualmente o desiderato da presente pesquisa, e que, portanto, enseja uma análise da tutela jurisdicional do refugiado, máxime na atual jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG). Em nupérrima decisão da Corte, proferida pela 3ª câmara, do segundo Senado, foi conferida *juris tantum* a legitimidade das decisões da Secretaria Alemã para Migração e Refugiados (BAMF), bem como das decisões dos Tribunais Administrativos concernentes ao processo de asilo e de deportação de migrantes. Neste aresto, irrecorrível *-unanfechtbar* – o reclamante – *Beschwerdeführer* – pleiteava o anulamento de sua expulsão para a Turquia, mediante o seu regresso à República Federal da Alemanha. O requerente, de nacionalidade turca, ingressou na Alemanha em 2016, tendo sido deportado para a Turquia em 2023, através de decisão da Secretaria Alemã para Migração e Refugiados (BAMF). O Tribunal Administrativo de Darmstadt manteve o *decisum* pela expulsão, com supedâneo na lei do asilo (AsylG)⁴¹³, em especial, sobre a competência do juiz singular em julgar definitivamente sobre requerimento de asilo/refúgio (§ 76, inciso 4º, item 1).

Segundo o *decisum* supra do Tribunal Constitucional alemão, o art. 23, inciso 1º, item 2 c/c art. 92 do Regimento interno da Corte (BVerfGG), a reclamação constitucional deve abordar objetivamente o direito violado, a avaliação constitucional dos fatos apresentados e os motivos das decisões contestadas, bem como a demonstração suficientemente fundamentada acerca dos direitos fundamentais alegadamente violados. Alfim, o Tribunal atesta expressamente a constitucionalidade, inclusive em conformidade com a jurisprudência iterativa dos Tribunais Superiores Administrativos, da *irrecorribilidade das decisões judiciais* (singulares) sobre asilo, ainda que se trate de ações sobre direito do estrangeiro à autorização de residência (§ 80 do AsylG). *In verbis*:

“Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Anwendung von § 76 Abs. 4 Satz 1 und § 80 AsylG im vorliegenden Fall vor Art. 19 Abs. 4 GG und auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG Bestand haben könnte. Das Verwaltungsgericht stützt sich insoweit zwar auf die Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (vgl. auch Hessischer VGH, Beschluss vom 17. August 2023 - 3 B 1143/23 -, juris, Rn. 4 ff., m.w.N.).

⁴¹³ Consoante o art. 80, caput, da Lei de Asilo alemã (AsylG), os litígios judiciais relativos à aplicação desta lei não são passíveis de recursos, ressalvado o art. 133, inciso I, do Código da Jurisdição Administrativa.

Allerdings bestehen hieran bereits fachrechtliche Zweifel. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt bei einer auf Erteilung einer Duldung gerichteten Klage eines Ausländers, dem nach erfolglosem Asylverfahren die Abschiebung angedroht wird, grundsätzlich keine asylrechtliche Streitigkeit vor, weil die Entscheidung der Ausländerbehörde über die Erteilung einer Duldung ihre Rechtsgrundlage im Ausländerrecht und nicht im Asylrecht finde (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. September 1997 - 1 C 6.97 -, juris, Rn. 13 ff.). Dementsprechend werden der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs von anderen Oberverwaltungsgerichten Einwände entgegenbracht (vgl. etwa Thüringer OVG, Beschluss vom 14. November 1997 - 3 ZEO 1229/97 -, juris, Rn. 27; OVG NRW, Beschluss vom 21. September 1998 - 17 B 402/98 -, juris, Rn. 1 ff.; Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 12. November 2003 - 8 ME 189/03 -, juris, Rn. 4; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 16. Februar 2005 - 4 Bs 488/04 -, juris, Rn. 4 f.; OVG NRW, Beschluss vom 15. August 2006 - 18 B 1704/06 -, juris, Rn. 2; Bayerischer VGH, Beschluss vom 4. Januar 2016 - 10 C 15.2105 -, juris, Rn. 17 f.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 2020 - 12 S 2380/20 -, juris, Rn. 8 ff.; Beschluss vom 8. Juni 2022 - 12 S 3027/21 -, juris, Rn. 9 f.), die die Zweifel an der fachrechtlichen Vertretbarkeit bestätigen⁴¹⁴.

De extrema significância para o tema é a decisão “Beschluss” 2 BvR 441/23, prolatada pela 3ª Câmara do Segundo Senado do BVerfG, aos 02 de novembro de 2023. Tratou-se, neste paradigmático aresto, do direito fundamental de reunião familiar relativamente a um imigrante da Etiópia em território alemão. Apesar de nenhum membro da família do migrante ser alemão,

⁴¹⁴ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. November 2023 - 2 BvR 1478/23 -, Rn. 1-13. Tradução livre do alemão: “Por conseguinte, não é necessário decidir se a aplicação do § 76, n.º 4, item 1, e do § 80 AsylG no caso em apreço pode ser considerada compatível com o art. 19, n.º 4, da GG e também com o art. 101, n.º 1, item 2, da GG. A este respeito, o Tribunal Administrativo baseia-se na jurisprudência do Tribunal Administrativo do Estado de Hessen (ver também Tribunal Administrativo do Estado de Hesse, decisão de 17 de agosto de 2023 - 3 B 1143/23 -, juris, n.º 4 e seguintes, com outras referências). No entanto, exsurtem dúvidas técnico-jurídicas a este respeito. Isto porque, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal, uma ação intentada por um estrangeiro ameaçado de expulsão após um processo de asilo infrutífero (inexitoso), e que pretende que lhe seja concedida tolerância, não constitui, em princípio, um litígio ao abrigo do direito de asilo, uma vez que a decisão da autoridade de imigração de conceder tolerância tem a sua base jurídica no direito de imigração e não no direito de asilo”.

ou seja, tanto os filhos quanto a esposa não terem cidadania alemã, e o próprio migrante etíope não ter direito ao asilo mediante indeferimento fundamentado da Secretaria Alemã para Migração e Refugiados (BAMF), a Corte constitucional concedeu o direito ao etíope de residir na Alemanha, de modo que fosse garantida, com esteio na Lei Fundamental (art. 6º, incisos I e II) e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 8º, inciso I) a reunião familiar do migrante com seus filhos. *Ad litteram*:

“1. Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichts wendet, ist sie zulässig und in einer im Sinne einer die Zuständigkeit der Kammer eröffnenden Weise offensichtlich begründet.

a) Die Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 6 Absätze 1 und 2 GG. aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt Art. 6 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf Einreise und Aufenthalt zwecks Nachzugs zu bereits im Bundesgebiet lebenden Angehörigen (vgl. BVerfGE 76, 1 <47>; BVerfGK 7, 49 <54 f.>). Allerdings verpflichtet die in Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, die Ausländerbehörde, bei der Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen die familiären Bindungen des den (weiteren) Aufenthalt begehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, pflichtgemäß, das heißt entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen, in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Dieser verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz der Familie entspricht ein Anspruch des Trägers des Grundrechts aus Art. 6 GG darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über das Aufenthaltsbegehren seine familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen berücksichtigen (vgl. BVerfGE 76, 1 <49 ff.>; 80, 81 <93>).”⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Tradução livre do alemão: “Na medida em que a reclamação constitucional é dirigida contra as decisões do Tribunal Administrativo, é admissível e manifestamente fundamentada de forma a abrir a jurisdição da Câmara.

4 O Direito de Refúgio no Direito Brasileiro

4.1 Migrações na Constituição Brasileira de 1988

É iniludível o fato de que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo arquétipo normativo de regulação e promoção do estrangeiro, aliás, do *migrante*, através de forte influência do Direito internacional, e da própria história recente nacional de arbítrio, autoritarismo e veneração da doutrina da segurança nacional⁴¹⁶. O migrante passou a ser tratado em *terrae brasilis* na perspectiva axiológica dos Direitos Humanos, e não na ótica nefanda da segurança nacional interna e da ameaça do trabalhador autóctone.

Logo no introito do texto constitucional, estabelece-se a política deferente do Estado brasileiro à promoção e garantia da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, caput, inciso III, da CF/88). O princípio da dignidade da pessoa humana, a rigor, compreende a proteção em primeira linha da pessoa, independentemente do seu vínculo jurídico-político de nacionalidade e de cidadania com o Estado brasileiro. Por certo, o princípio da dignidade da pessoa humana, com sede constitucional, se destina à proteção do migrante, da mesma forma e com a mesma intensidade da proteção jurídica do nacional. Em suma, neste aspecto, a constituição não traça qualquer distinção entre migrante (inclusive o irregular e indocumentado) e o nacional (nato ou naturalizado).

Na sequência, o *animus* constitucional de tutela universal fica ainda mais evidente, sobremaneira no art. 3º, incisos I e IV, da CF/88, quando predispõe como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de *todos*, sem preconceitos de *origem*, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No art. 4º da CF/88, que encerra a parte principiológica da Constituição,

a) As decisões violam o direito fundamental do reclamante nos termos do artigo 6º, nº 1 e 2, da Lei Fundamental. aa) De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o art. 6 GG não concede um direito de entrada e residência com o objetivo de se juntar a membros da família que já vivem na Alemanha (ver BVerfGE 76, 1 <47>; BVerfGK 7, 49 <54 f.>). No entanto, a norma fundamental contida no nº 1, do artigo 6º, em conjunto com o nº 2 da GG, segundo a qual o Estado deve proteger e promover a família, obriga a autoridade de estrangeiros, ao decidir sobre medidas de cessação de residência, a ter obrigatoriamente em conta nas suas considerações os laços familiares do estrangeiro que solicita (nova) residência com pessoas que residem legitimamente no território federal, ou seja, de acordo com o peso desses laços. Este dever constitucional do Estado de proteção da família corresponde a uma pretensão do titular do direito fundamental previsto no artigo 6º da Lei Fundamental de que as autoridades e os tribunais competentes, ao decidirem sobre o pedido de residência, tenham devidamente em conta os seus laços familiares com pessoas residentes no território federal”.

⁴¹⁶ Cf., *par excellence*, GIANNAZI, Carlos. *A Doutrina de Segurança Nacional e o “Milagre Econômico” (1969/1973)*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

avulta a prevalência dos direitos humanos (inciso II), repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII) e a concessão de asilo político (inciso X). Do contrário, deve ser rotulado de inconstitucionais quaisquer leis ou atos políticos restritivos da concessão de asilo, porquanto o Estado brasileiro, por imperativo constitucional, deve adotar uma política deferente e generosa para a concessão de asilo, de modo que, em qualquer hipótese, deverá prevalecer sempre o princípio do *in dubio pro asylum*.

Por fim, de se realçar o § único do art. 4º da CF/88 que propõe a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações⁴¹⁷.

4.2 O “Refúgio” na Lei 9.474/97

A regulamentação legal no Brasil da Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto do Refugiado coube à Lei n. 9474/97. Podemos enfatizar que a lei brasileira de refúgio inclusive ampliou o rol de direitos e prerrogativas do refugiado em sede internacional, em múltipla perspectiva, avultando, sobremaneira, a hipótese legal de reconhecimento de refúgio em circunstâncias de grave e generalizada violação de direitos humanos, consubstanciando-se em autêntica cláusula geral inclusiva, abrangendo crises estruturais econômicas e catástrofes ambientais, obrigando o indivíduo a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (art. 1º, inciso III, da Lei do Refúgio).

O art. 5º da Lei de Refúgio avaliza o *status* de igualdade jurídica do refugiado ao estrangeiro, isto é, do migrante, no Brasil. O Supremo Tribunal Federal (STF), em recente decisão⁴¹⁸, plasmou, em termos de jurisprudência, a ausência de hierarquia jurídica entre refugiados e migrantes, sendo que, com tanto mais razão, os refugiados detêm todas as garantias previstas na Lei de Migração. *Ad litteram*:

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. FLUXO MIGRATÓRIO. HAITIANOS. LEGISLAÇÃO SOBRE EMIGRAÇÃO E IMIGRAÇÃO, ENTRADA, EXTRADIÇÃO E EXPULSÃO DE

⁴¹⁷ Cf., por todos, SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁴¹⁸ ACO 3113, min. rel. Marco Aurélio (rel. para acórdão min. Alexandre de Moraes), j. 13.10.2020.

ESTRANGEIROS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. EDIÇÃO DA LEI 13.445/2017. GARANTIA AOS REFUGIADOS DOS MESMOS DIREITOS E DEVERES DO ESTRANGEIRO NO BRASIL. ART. 5º DA LEI 9.474/1997. CUSTEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. REPARTIÇÃO ENTRE OS ESTADOS. ESCOLHA DO CONSTITUINTE. TRATAMENTO DIFERENCIADO A IMIGRANTES. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA JULGADA IMPROCEDENTE. 1 - Ação Cível Originária interposta pelo Estado Membro com o objetivo de reconhecer a competência material da União na gestão e custeio integral de despesas com imigrantes que ingressaram no território nacional e passaram a residir nos Estados de fronteira. 2 - A Constituição Federal de 1988, ao tratar da organização do Estado, estabeleceu que é da competência privativa da União legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros. 3 – No exercício de sua competência privativa, a União editou a Lei 13.45/2017 – Lei de Migração – a qual afirma entre os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a acolhida humanitária, o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas e a cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante. 4 - **O art. 5º da Lei nº 9.474/1997 (Lei dos refugiados), por sua vez, é categórico ao assegurar aos refugiados os mesmo direito e deveres do estrangeiro no Brasil.** 5 – O custeio das políticas públicas foi distribuída entre os entes federados pelo constituinte, inexistindo distinção acerca da competência para assegurar tais direitos em relação a migrantes e refugiados. 6 – Na hipótese dos autos, além de ter estabelecido políticas públicas dentro de sua esfera de competência, a União adotou medidas para o cumprimento de seus deveres constitucionais e internacionais de proteção aos refugiados e imigrantes, inclusive mediante repasse financeiro ao Estado Autor. 7 – Ação Cível Originária julgada IMPROCEDENTE.

Honorários sucumbenciais fixados em R\$ 50.000,00”. (Grifo nosso).

O estatuto legislativo do refúgio estabelece que o estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. Neste aspecto, em hipótese alguma será efetuada a deportação do solicitante para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil. O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

A autoridade a quem for apresentada a solicitação deverá ouvir o interessado e preparar termo de declaração, que deverá conter as circunstâncias relativas à entrada no Brasil e às razões que o fizeram deixar o país de origem. A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.

Deve ser, alfim, reenfatizado o caráter deveras discricionário e arbitrário da lei de refúgio brasileira, designadamente nos preceptivos em que condiciona o direito fundamental ao refúgio aos interesses políticos e de segurança nacional do Estado brasileiro. Nesta exata linha, o art. 7, § 2º, da Lei de refúgio brasileira dispõe que o *benefício* do refúgio não poderá ser invocado por pessoa considerada *perigosa* para a segurança nacional. Do mesmo modo, o art. 36, da Lei de Refúgio, indica que o refugiado pode ser expulso do território nacional por motivos de segurança nacional e ordem pública. Por fim, o art. 39, inciso III, da Lei prevê que o *status* de refugiado será cancelado em face de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública. Como se não bastasse, para colmatar, a Lei Nacional de Refúgio não prevê a proibição estrita e total de expulsões coletivas de refugiados, contrariando frontalmente os *standards* elementares do Direito Internacional Migratório⁴¹⁹.

Não se está a requerer, ou a enfatizar, uma atuação (ainda mais) ativa e expansiva do Supremo Tribunal Federal em necessariamente anular (e criar/substituir) hipóteses legais

⁴¹⁹ Malgrado haja previsão expressa de proibição de expulsões coletivas na Lei de Migração (n. 13.445/17), designadamente no art. 61, *caput*, § único: “não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas. Entende-se por repatriação, deportação ou expulsão coletiva aquela que não individualiza a situação migratória irregular de cada pessoa”, nos casos estritos de refúgio, *maxime* em virtude do aforismo latino *lex specialis derogat legi generali*, aplica-se, a rigor, a Lei de refúgio de 1997, que não proscribe *expressis verbis* as expulsões coletivas para os casos concernentes aos refugiados.

previamente estatuídas pelo legislador. Neste aspecto, a técnica do “apelo ao legislador” – *Appellentscheidung* –, muito utilizada no Direito alemão, no sentido de uma declaração de constitucionalidade provisória (ainda constitucional), pode ser uma alternativa adequada e factível, obrigando o legislador, a partir de um juízo de desvalor da norma, a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade⁴²⁰.

4.3 O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)

4.3.1 A Imigração Venezuelana em Roraima

O Comitê Nacional para os Refugiados (doravante CONARE) é o órgão administrativo federal incumbido *par excellence* para analisar todas as solicitações de refúgio no Brasil, cujas decisões, sempre fundamentadas, podem ser revistas, mediante recurso, pelo Ministério da Justiça⁴²¹. Outrossim, nada impede, em casos extremos, o pedido direto judicial do reconhecimento da condição de refugiado, ou mesmo a revisão judicial do indeferimento administrativo, na exata linha do direito de acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional e da ampla defesa. Conforme o relatório elaborado pelo Observatório das Migrações Internacionais, apenas no ano de 2022, o Brasil recebeu 50.355 pedidos de refúgio. O número divulgado representa um aumento de 73% relativamente aos pedidos cadastrados em 2021 (29.107)⁴²².

Tais dados foram apresentados na oitava edição do conhecido relatório *Refúgio em Números*, durante evento que marcou a Semana Nacional de Discussões sobre Migração, Refúgio e Apatridia. As solicitações foram apresentadas por indivíduos provenientes de 139 países, sendo 67% por venezuelanos, 10,9% por cubanos e 6,8% por angolanos. Destarte, as três nacionalidades, *id est*, venezuelana, cubana e angolana, representam 84,7% do total, o que pode ser um importante dado para formulações de políticas públicas específicas e direcionadas.

⁴²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 296 e ss.

⁴²¹ Cf., por todos, CARVALHO, Claudia Rodrigues Emilio de; COSTA-CÔRREA, André L. Direitos de Cidadania das Pessoas em Situação de Refúgio no Brasil, in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; BERTELLI, Luiz Gonzaga; SIQUEIRA, Julio Homem de. *Direitos dos Refugiados*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 168-9.

⁴²² JUNGER DA SILVA, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; LEMOS SILVA, Sarah; TONHATI, Tania; LIMA COSTA, Luiz Fernando. *Observatório das Migrações Internacionais*; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Departamento das Migrações. Brasília, DF: OBMigra, 2023.

No ano passado, o Comitê Nacional para os Refugiados (doravante CONARE), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, analisou 41.297 pedidos de solicitantes de 141 países.

Conforme os dados, 57,8% desses pedidos foram apresentados em estados da Região Norte, com maior volume em Roraima (41,6%), no Amazonas (11,3%) e no Acre (3,3%). Dos pedidos analisados, 5.795 pessoas tiveram a condição de refugiadas reconhecida no Brasil, sendo a maioria venezuelanas (77,9%) e cubanas (7,9%). Os homens representam 56%, e as mulheres, 44%. A maioria alegou grave e generalizada violação de direitos humanos ao pedir o refúgio ao governo brasileiro. Ao final de 2022, o Brasil tinha 65.840 pessoas refugiadas reconhecidas.

Os pesquisadores destacam o aumento no número de mulheres e crianças entre os refugiados no Brasil, movimento com crescimento gradual a partir de 2018. Em 2011, início da série histórica, os homens correspondiam a 66,76% dos solicitantes de refúgio, contra 15,84% das mulheres. Em 2022, eles eram 54,58%, e as mulheres, 45,38%. O refúgio no Brasil vem passando por um processo de feminização. Outra tendência observada pelos pesquisadores é o número cada vez maior de solicitantes crianças e adolescentes, o que caracteriza um “rejuvenescimento” das migrações. Em 2011, os pedidos de refúgio de pessoas com menos de 15 anos de idade eram inferiores a 8%. No ano passado, subiram para 29,96%. Em 2022, os grupos com mais solicitações foram os da faixa etária até 15 anos e entre 25 e 40 anos⁴²³.

No bojo da atual revolução digital, o CONARE instituiu o assim cognominado *Sisconare*⁴²⁴, que é um sistema eletrônico por meio do qual se solicita o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil pela internet. Tal sistema permite que o solicitante registre suas informações, receba notificações, acompanhe o andamento do seu processo e mantenha os seus dados de contato atualizados a fim de possibilitar um acesso facilitado e um controle mais preciso sobre o trâmite do procedimento administrativo.

Com o recrudescimento da crise social, econômica e política na Venezuela, o fluxo de cidadãos venezuelanos para o território brasileiro cresceu exponencialmente nos últimos anos. Em termos de contextualização, apenas entre 2015 e 2019, o Brasil registrou mais de 178 mil solicitações de refúgio. A maioria dos migrantes ingressa no território nacional pela fronteira norte do Brasil, especialmente no Estado de Roraima, concentrando-se nos municípios de Pacaraima e Boa Vista.

⁴²³<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-06/pedidos-de-refugio-crescem-73-em-um-ano-no-brasil>. Acesso aos 10.02.2024.

⁴²⁴ <https://sisconare.mj.gov.br/conare-web/login?1>.

Defronte a crise social migratória inaudita em Roraima, abrigos e campos oficiais de acolhimento foram criados, com o escopo primacial de regularização documental e internalização dos refugiados. Tais abrigos são administrados pelas Forças Armadas e pela Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). Mais de 6,3 mil pessoas, das quais 2,5 mil são crianças e adolescentes, vivem nos campos e abrigos. Estima-se que quase 32 mil venezuelanos residam em Boa Vista. Projeções das autoridades locais e agências humanitárias apontam que 1,5 mil venezuelanos estão em situação de rua na capital, entre eles, quase 500 têm menos de 18 anos de idade⁴²⁵.

A Universidade Federal de Roraima (UFRR) instalou oficialmente a Cátedra Sérgio Vieira de Melo (doravante CSVM) em 2017, vinculado ao ACNUR, objetivando construir uma política de apoio aos refugiados no ensino superior⁴²⁶. A atuação ativa da Academia, com *animus* de integrar pela educação e cultura os refugiados, e formar um amálgama social inclusivo dos estrangeiros, beneficiando a comunidade local, tornando possível o atingimento dos *standards* mínimos internacionais na tutela dos direitos humanos, máxime o art. 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁴²⁷.

4.4 A Lei de Migrações 13.445/17 e o Decreto 9.199/17

4.4.1 *Um novo status jurídico para o estrangeiro no Brasil?*

A nova Lei de Migração brasileira (13.445/17)⁴²⁸ alterou significativamente o contexto migratório no país, unificando, sistematizando e *humanizando* a figura do migrante e visitante, prevendo, expressamente, seus direitos e deveres em termos legais. A *novatio legis* revogou, expressamente no art. 124, a Lei 818/49 e a Lei 6815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

⁴²⁵ <https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>. Acesso aos 10.02.2024.

⁴²⁶ <https://portal.trt11.jus.br/index.php/140-ejud/noticias-da-ejud/7502-visao-panoramica-da-migracao-venezuelana-em-roraima-brasil-2019>. Acesso aos 11.02.2024.

⁴²⁷ CADH, art. 22: 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. 2. 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. 8. 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. 9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

⁴²⁸ A Lei 13.445/17 foi promulgada em 24 de maio de 2017, entrando em vigor, após a *vacatio legis* de 180 dias, na data do dia 21 de novembro de 2017.

Há mister de enfatizar que logo no *caput* do artigo segundo do preceptivo legal, à semelhança da Constituição alemã (v. 2.1.3), caso haja eventual antinomia normativa ou axiológica defronte o Direito internacional dos direitos humanos, a lei nacional deverá ceder aos patamares, ou melhor: *standards*, internacionais de tutela dos migrantes, no sentido de um verdadeiro diálogo das fontes jurídicas⁴²⁹. *In verbis*:

“Art. 2º: Esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares”.

Inicialmente, a Lei de migração reformula conceitualmente os termos concernentes ao estrangeiro em território nacional. Dessarte, o termo genérico *migrante* congloba normativamente as figuras jurídicas do imigrante, do emigrante, do visitante, do residente fronteiriço e do apátrida. Assim, o novel diploma legislativo intenta preencher todas as lacunas referentes ao titular dos direitos e garantias do estrangeiro no Brasil e do brasileiro no exterior.

“Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - (VETADO);

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;

IV - residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;

V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o

⁴²⁹ Cf., *par excellence*, MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das Fontes*. Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

A lei de migração nacional garante, expressamente, a titularidade dos direitos humanos ao migrante, incluindo a formulação de políticas públicas contrárias à xenofobia, ao racismo e a qualquer forma de discriminação, indutoras da inclusão social por meio de atividade laboral, e contrárias à criminalização do processo migratório. *A latere*, a lei preconiza a facilitação, na maior medida possível, da regularização documental e da acolhida humanitária, inclusive a grupos coletivos de pessoas (art. 3º, incisos V e VI, da Lei n. 13.445/17).

O anelo legislativo de integração do migrante resta cristalino no rol generoso de direitos, como, por exemplo, o acesso à justiça e à assistência jurídica integral e gratuita, o direito à educação pública, independentemente da condição migratória, o direito à abertura de conta bancária, o direito à informação e à proteção dos dados pessoais, direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência e o acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória. Alfim, estabelece que os direitos previstos na lei não excluem a aplicação dos direitos constitucionais e internacionais, que, porventura, possam ampliar o leque de prerrogativas à tutela dos direitos humanos do migrante (art. 3º, § 1º, da Lei de Migração).

Na sequência, é garantido ao apátrida um processo célere e mais simplificado de naturalização (30 dias), como forma de tutela especial ao assim chamado *heimatlos*, garantindo-se igualmente a permanência do apátrida em território nacional caso sua devolução ao país de origem resulte em risco à vida, integridade pessoal ou a sua liberdade (art. 26, § 10). Caso o apátrida não opte, de livre espontânea vontade, pela nacionalidade brasileira, a ele será concedida a autorização de residência em caráter definitivo (art. 26, § 8º).

De suma importância deveras é a previsão ostensiva do direito à reunião familiar, tutelando e regulamentando, na esfera legal, a instituição da família para fins de direito internacional migratório. Neste compasso, o visto ou a autorização de residência para fins de reunião familiar será concedido ao imigrante cônjuge ou companheiro, sem discriminação alguma; ao filho de imigrante beneficiário de autorização de residência, ou que tenha filho brasileiro ou imigrante beneficiário de autorização de residência; ao ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro ou de imigrante beneficiário de autorização de residência; ou a quem tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda (art. 37, *caput*, incisos I, II, III e IV da Lei de Migração).

O Supremo Tribunal Federal (STF), adredemente em prol da Lei de Migração, decidiu, em dezembro de 2021⁴³⁰, a garantia de regularização documental gratuita aos migrantes hipossuficientes economicamente, relativamente às taxas e emolumentos, como, por exemplo, expedição dos documentos de registro de estrangeiro sem o pagamento da “taxa de pedido de permanência”, da “taxa de registro de estrangeiro” e da “taxa de carteira de estrangeiro primeira via”. *Ipsis verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. TAXAS. REGISTRO DE PERMANÊNCIA DE ESTRANGEIROS NO PAÍS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, CAPUT E INCISOS LXXVI E LXXVII, DA CRFB/88, C/C ART. 1º DA LEI FEDERAL 9.265 DE 1996. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a natureza tributária dos emolumentos exigidos para atos de registro, no que as exações para registro de permanência de estrangeiros no país configuram-se como taxas. A nova Lei de Migração brasileira contém, além de disposições outras, toda uma regulamentação da situação do estrangeiro em território nacional, incorporando preceitos da Constituição de 1.988, ausentes na disciplina anterior, editada em 1980. A condição jurídica do estrangeiro deve ser analisada à luz de uma classificação que considera cinco categorias de direitos: i. o direito de entrada, estada e estabelecimento; ii. os direitos públicos; iii. os direitos privados; iv. os direitos econômicos e sociais; v. os direitos políticos. (in DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*, 15ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense). O preceito pelo qual os Estados devem garantir aos estrangeiros direitos mínimos, somente cedendo às situações que sejam exclusivas dos nacionais, é recorrente nas ordens jurídicas em geral. **A Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros, de 1928, determina em seu art. 5º a obrigação dos Estados "concederem aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem a seus próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais"**. A igualdade dos estrangeiros aos nacionais está prevista em outros diplomas

⁴³⁰ RE 1018911, min. rel. Luiz Fux, j. 11.11.2021.

internacionais, destacando-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em Nova York em 19 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado no mesmo local e data, ambos patrocinados pela Organização das Nações Unidas, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. **A fortiori, a Lei 13.445/2017 contempla o pedido versado nesta demanda de maneira expressa, ao pontificar em seus arts. 4º, XII, e 113, § 3º, o seguinte: Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: (...)** XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento; Art. 113. As taxas e emolumentos consulares são fixados em conformidade com a tabela anexa a esta Lei. (...) § 3º Não serão cobradas taxas e emolumentos consulares pela concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória aos integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica. A conjugação do disposto no art. 5º, caput, da CRFB com seus incisos LXXVI e LXXVII leva à conclusão de que o estrangeiro residente no Brasil encampa o aspecto subjetivo da imunidade ali preconizada. Verbis: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito; LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. (grifamos). O estrangeiro residente no país ostenta condição subjetiva para fruição da imunidade constitucional, no que se mostram destoantes do Texto Constitucional exigências legais e infralegais que não assegurem tal condição. Recurso Extraordinário provido, para reconhecer o direito à expedição dos documentos de registro de estrangeiro sem o pagamento da “taxa de pedido

de permanência”, da “taxa de registro de estrangeiro” e da “taxa de carteira de estrangeiro primeira via” pelo recorrente. 28. Tese de Repercussão Geral: **É imune ao pagamento de taxas para registro da regularização migratória o estrangeiro que demonstre sua condição de hipossuficiente, nos termos da legislação de regência**”. (Grifos nossos)⁴³¹.

Neste mesmo aresto supra, restou sedimentado jurisprudencialmente a igualação jurídico-normativo entre migrante e nacional, atribuindo novo rumo hermenêutico ao *caput* do art. 5º da Constituição do Brasil, garantindo-se ao migrante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como assegurando os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos, o direito à liberdade de circulação em território nacional e o direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes. Dessarte, não apenas o nacional e o estrangeiro residente no país são titulares dos direitos e garantias fundamentais (Título II da CF/88), mas sim igualmente os migrantes, em termos gerais, independentemente do *status* migratório específico.

Nesta contextura normativa, e de modo a aplicar integralmente a *novatio legis* migratória, o STF, recentemente, prolatou 3 (três) *landmark cases* concernentes aos direitos fundamentais dos migrantes refugiados em solo nacional, e a obrigação jurídica correspectiva do Estado brasileiro. *In verbis*:

CASO 01 - “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. CONCEPÇÃO DO FILHO EM MOMENTO POSTERIOR AO FATO ENSEJADOR DO PROCESSO EXPULSÓRIO. IRRELEVÂNCIA. PROTEÇÃO ESPECIAL DO ESTADO À ENTIDADE FAMILIAR, PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. RE 608.898/DF COM JULGAMENTO DE MÉRITO EM REPERCUSSÃO GERAL. SOCIOAFETIVIDADE COMO CAUSA IMPEDITIVA DA EXPULSÃO. AFETO E CONVÍVIO FAMILIAR COMO EXPRESSIVAS MANIFESTAÇÕES DA PROTEÇÃO

⁴³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1018911/RR, min. rel. Luiz Fux, j. 11.11.2021. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758477809>>. Acesso aos 01.04.2024.

ESPECIAL À FAMÍLIA. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que “O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob a guarda do estrangeiro e deste depender economicamente” (RE 608.898/DF, Rel Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 06.10.2020). 2. A dependência socioafetiva também constitui fator autônomo e suficiente apto a impedir a expulsão de estrangeiros que tenham filhos brasileiros. Essa inteligência pode ser extraída tanto sob o prisma constitucional da leitura do Estatuto do Estrangeiro, tendo em vista que o direito à convivência familiar e ao afeto são das mais expressivas formas de proteção especial à entidade familiar, quanto sob o enfoque do art. 55, II, a, da Lei de Migração que, expressamente, vedou o processo expulsório na hipótese de o estrangeiro ter filho brasileiro “sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva”. 3. Agravo regimental conhecido e não provido⁴³². (Grifo nosso).

CASO 02 - “AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. FLUXO MIGRATÓRIO MASSIVO DE REFUGIADOS DA VENEZUELA. CONFLITO FEDERATIVO. PRETENSÃO DE REFORÇO NAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS NAS ÁREAS DE CONTROLE POLICIAL, SAÚDE E VIGILÂNCIA SANITÁRIA NA FRONTEIRA. ACORDO REALIZADO E HOMOLOGADO. PEDIDO DE FECHAMENTO DA FRONTEIRA OU LIMITAÇÃO DE INGRESSO DOS VENEZUELANOS. INDEFERIMENTO. PEDIDO INCIDENTAL DA UNIÃO PARA SUSPENSÃO DE DECRETO ESTADUAL RESTRITIVO AOS IMIGRANTES. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO. PREJUDICADO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA UNIÃO A APORTAR RECURSOS ADICIONAIS PARA SUPRIR CUSTOS DO ESTADO COM SERVIÇOS PÚBLICOS AOS IMIGRANTES. POLÍTICA MIGRATÓRIA.

⁴³² RHC 123891 AgR/DF, min. rel. Rosa Weber, j. 23.02.2021. Cf., também neste sentido, RE 608898, min. rel. Marco Aurélio, j. 25.06.2020.

COMPETÊNCIA DA UNIÃO. ÔNUS DESPROPORCIONAL DO ESTADO DE RORAIMA DECORRENTE DO AUMENTO POPULACIONAL PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. FEDERALISMO COOPERATIVO. COOPERAÇÃO OBRIGATÓRIA. SOLIDARIEDADE. ARBITRAMENTO PROPORCIONAL EM METADE DA QUANTIA VINDICADA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I. Pedido de condenação da União à promoção de medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária na região da fronteira entre o Brasil e a Venezuela. Acordo realizado no processo e homologado. Pedido prejudicado. II. **Pedido de fechamento temporário da fronteira entre Brasil e Venezuela ou limitação do ingresso de venezuelanos no Brasil. Indeferimento.** No marco do Estado democrático de direito, as opções disponíveis à solução de crises restringem-se àquelas compatíveis com os padrões constitucionais e internacionais de garantia da prevalência dos direitos humanos fundamentais. Pretensão que contraria o disposto nos arts. 4º, II e IX, e 5º, LIV, da Constituição da República, no art. 45, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017 e no artigo XVIII do Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela. Pedido rejeitado. III. Pedido incidental da ré para suspensão dos efeitos do Decreto estadual de Roraima nº 25.681/2018 porque restritivo a direitos dos imigrantes. Superveniente revogação do ato pelo Governador do Estado. Pedido prejudicado. IV. Pedido de aportes adicionais da União para suprir o aumento de gastos do Estado com os imigrantes. 1. Na hipótese, o Estado de Roraima teve gastos extraordinários com saúde, educação, segurança pública e assistência social em decorrência do fluxo de imigrantes venezuelanos e há prova suficiente nos autos. 2. O fluxo da imigração massiva é evento extraordinário, imprevisível, excepcional, e seu impacto no Estado-autor decorre do fato da posição geográfica de Roraima se mostrar atraente a facilitar a entrada dos imigrantes ao Brasil. 3. O gasto extraordinário não resultou de qualquer fato imputável ao Estado de Roraima, mas sim da necessária – decorrência do

cumprimento de tratados internacionais – abertura da fronteira, pelo Estado brasileiro, para receber refugiados venezuelanos. 4. **O federalismo brasileiro é de base cooperativa, o que encontra fundamento constitucional.** 5. **Nas matérias de que trata o art. 23 da CF o cooperativismo é obrigatório, e não facultativo.** 6. **O princípio da solidariedade é constitucional e aplica-se nas relações entre os entes federados.** 7. **O Estado de Roraima é pequeno em dimensão territorial e, atualmente, também em renda, se comparado aos demais Estados brasileiros, e menor ainda à luz da União, que tem mecanismos para socorrer os entes federados em casos de anormalidade.** 8. **Há precedentes internacionais no sentido de o Estado Federal arcar com parcela dos gastos com os refugiados.** 9. **Necessária a contribuição financeira da União nos gastos do Estado de Roraima ante o incremento com os serviços públicos prestados a refugiados.** 10. **Tal se justifica pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da solidariedade, e encontra fundamento na Constituição da República desde seu preâmbulo e no conceito de “união indissolúvel”, bem como no disposto no art. 3º, I e III, e, especificamente, no obrigatório auxílio que decorre do federalismo cooperativo e competências de que trata o art. 23, além dos arts. 30, 144, 196, 205, e seus incisos, todos da Constituição Federal.** Ação Cível Originária julgada procedente em parte para determinar à União a transferência de recursos adicionais ao Estado de Roraima em quantia correspondente à metade do vindicado pelo autor, conforme se apurar em liquidação, observados como parâmetros máximos os valores documentados nos autos, para assim suprir a metade dos custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes oriundos da Venezuela, ou autorizar a compensação do débito”⁴³³.

CASO 03 - “SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA. DIREITOS SOCIAIS. SEGURANÇA ALIMENTAR. DETERMINAÇÃO DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES A MIGRANTES E REFUGIADOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS

⁴³³ ACO 3121, min. rel. Rosa Weber, j. 13.10.2020.

ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. ALEGADO RISCO DE LESÃO À ORDEM, À SAÚDE E À ECONOMIA PÚBLICAS NO CUMPRIMENTO DA DECISÃO IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. Decisão: Trata-se de suspensão de tutela provisória ajuizada pelo Município de Manaus contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 1031645-60.2020.4.01.0000, que determinou o fornecimento de refeições diárias a todos migrantes e refugiados atendidos pela Operação Acolhida em Manaus, sob pena de multa diária. Anote-se ademais que, além da potencialidade do ato questionado em causar lesão ao interesse público, o conhecimento do incidente de suspensão dos efeitos das decisões provisórias pelo Presidente deste Supremo Tribunal Federal está condicionado à demonstração de que a decisão foi proferida por Tribunal e de que a controvérsia instaurada na ação originária esteja fundada em matéria de natureza constitucional. Trata-se de interpretação que defluiu, a contrario sensu, também da disposição do art. 25, caput, da Lei n. 8.038/1990. In casu, o pedido de suspensão se volta contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que deferiu a tutela antecipada para determinar à União, ao Estado do Amazonas e ao Município de Manaus o fornecimento de refeições diárias necessárias às pessoas migrantes e refugiadas atendidas pelas estruturas da Operação Acolhida em Manaus. Com efeito, colhe-se da decisão impugnada, in verbis: “13. **Da leitura dos dispositivos acima transcritos, vê-se que é dever (obrigação) dos três entes da federação a adoção das medidas necessárias ao acolhimento dessas pessoas (refugiados) em situação de vulnerabilidade, com o estabelecimento de políticas conjuntas para assegurar o mínimo existencial e propiciar a sua integração ao País (alimentação, saúde, habitação, capacitação profissional, dentre outras).** 14. Cabe asseverar que tal situação se tornou ainda mais grave com a pandemia do COVID-19, e a atenção aos refugiados é imprescindível não apenas para essas pessoas em particular, mas também para evitar uma maior propagação da pandemia. Pelo exposto,

ANTECIPO a tutela recursal e DETERMINO aos agravados que adotem as seguintes medidas, conforme requerido pelo Ministério Público Federal: a.1) À União, ao Estado do Amazonas e ao município de Manaus que atuem para assegurar, inclusive em colaboração com as entidades da sociedade civil, as agências internacionais e os demais agentes da Operação Acolhida, a continuidade no fornecimento de todas as refeições diárias necessárias a todas as pessoas migrantes e refugiadas que sejam atendidas pelas estruturas da Operação Acolhida em Manaus, em especial no PRA e no ATM, nos seguintes termos: a.1.1) Garantam que as refeições mencionadas no item “a.1” sejam diversificadas, tenham valor nutricional e quantidade adequados e estejam adaptadas aos hábitos alimentares do público destinatário; a.1.2) Realizem levantamento, junto às estruturas de acolhimento, sobre a existência de pessoas doentes e/ou com necessidades especiais de alimentação, a fim de que haja o fornecimento de refeições adequadas a este público; a.2) Ao Estado do Amazonas e ao município de Manaus que atuem para assegurar, inclusive em colaboração, dentre outros, com o poder público federal, as entidades da sociedade civil e as agências internacionais, a continuidade no fornecimento de todas as refeições diárias necessárias a todas as pessoas migrantes e refugiadas que sejam atendidas tanto pelos abrigos do poder público estadual e municipal, quanto por aqueles geridos pela sociedade civil existentes em Manaus, nos seguintes termos: a.2.1) Garantam que as refeições mencionadas no item “a.2” sejam diversificadas, tenham valor nutricional e quantidade adequados e estejam adaptadas aos hábitos alimentares do público destinatário; a.2.2) Realizem levantamento, junto aos abrigos, sobre a existência de pessoas doentes e/ou com necessidades especiais de alimentação, a fim de que haja o fornecimento de refeições adequadas a este público;. Ex positis, INDEFIRO O PEDIDO DE SUSPENSÃO formulado e nego seguimento ao presente incidente, com fundamento no artigo 13, XIX, do RISTF, combinado com o art. 297 do RISTF e com o art. 4º, caput, da Lei 8.437/1992⁴³⁴.

⁴³⁴ STP 705/AM, min. rel. Luiz Fux, j. 17.12.2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345315682&ext=.pdf>>. Acesso aos 01.04.2024.

Abonando a normatividade da Lei de Migração, o STF, em angusta síntese, conferiu eficácia ao pacto federativo, impondo deveres de cooperação de todos os entes federais para a questão migratória, em especial, para a salvaguarda dos direitos sociais e assistenciais dos refugiados no norte do país. Neste ponto, o pretório excelso, defronte o fluxo migratório massivo de venezuelanos, deferiu a participação financeira mais ativa da União em prol da oferta de serviços públicos de assistência social e segurança aos migrantes situados no Estado de Roraima, impedindo, *a latere*, o fechamento das fronteiras, como igualmente requerido na ação, por violação flagrante de tratados e da tutela dos direitos humanos do migrante.

Concernente ao direito de reunião familiar, o STF agregou expressamente na arquitetura jurisprudencial brasileira a especial tutela da entidade familiar, conglobando a figura do migrante. Assim, restou diáfano que o § 1º do art. 75 do antigo estatuto do estrangeiro não fora recepcionado pela CF/88, e que, deste modo, migrante que tenha filho brasileiro, cuja adoção ou reconhecimento se deu após o fato ensejador da expulsão, não pode ser mais expulso do país, mormente se o filho brasileiro está sob sua guarda e dependência econômica. Destarte, avulta, por constructo judicial, a importância jurídica do afeto e do convívio familiar, conquanto os membros da família sejam migrantes.

Alfim, no alentado *decisum* da presidência do STF, foi indeferida a Suspensão de Tutela Provisória pleiteada pelo município de Manaus, obrigando o ente municipal a fornecer alimentação suficiente, adequada e adaptada aos costumes alimentares dos destinatários, concernente aos migrantes e refugiados atendidos pela Operação Acolhida. Restou pacificado também que a mera alegação de ausência de recursos financeiros pelo ente municipal, se a devida comprovação correlativa, não enseja *per se* a imposição judicial de aporte financeiro da União sob a alegação do assim chamado *federalismo cooperativo*.

Aos 20 de novembro de 2017, ou seja, um dia antes da entrada em vigor da nova lei de migração brasileira, foi promulgado o decreto regulamentador n. 9.199⁴³⁵, que causou certo alarido na opinião pública e nas mídias sociais. Sem embargo, logo no seu introito, o decreto determina que ao imigrante são garantidos os direitos previstos em lei, *vedada a exigência de prova documental impossível ou descabida que dificulte ou impeça o exercício de seus direitos*.

⁴³⁵ Cf., *par excellence*, ZAPE, K. A Nova Lei de Migrações Brasileiras: Uma Análise Sobre os Impactos Decorrentes do Decreto 9.199/2017. *Revista Olhares*, Salvador, Brasil, v. 1, n. 11, p. 93–98, 2021. Da mesma forma, v., MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes, in: *Sequência* (Florianópolis), n. 84, abril, 2020. pp. 64-88.

Isto significa que a dificuldade na apresentação documental às autoridades competentes não pode ser um motivo de coarctação arbitrária ao exercício efetivo dos direitos dos migrantes, como de ingressar no país e, se for o caso, solicitar refúgio. Segue o dispositivo normativo estatuinte que os órgãos da administração pública federal revisarão procedimentos e normativos internos com vistas à observância desta flexibilidade concernente à apresentação documental do migrante, devendo prever hipóteses excepcionais para a tutela holística do migrante. Alfim, no art. 3º, é prevista expressamente a proibição de negar visto ou residência ou impedir o ingresso no País por motivo de etnia, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política.

Foi instituído, *pari passu*, o Registro Nacional Migratório (RNM), em substituição ao vetusto Registro Nacional do Estrangeiro, de competência exclusiva da Polícia Federal, que procederá à identificação civil do imigrante e à gestão da base de dados registrares (art. 58, incisos I, II e III). Nesta senda, o Ministério das Relações Exteriores e a Polícia Federal integrarão, em meio eletrônico, as suas bases de dados relacionadas ao registro de migrantes (art. 60, *caput*). Os registros, de natureza cogente e compulsória, para a identificação civil serão biográficos e biométricos.

No que tange à proscricção da apatridia, o art. 95 preceitua que a apatridia será reconhecida à pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 2002. O processo de reconhecimento da condição de apátrida tem como objetivo verificar se o solicitante é considerado nacional pela legislação de algum Estado e poderá considerar informações, documentos e declarações prestadas pelo próprio solicitante e por órgãos e organismos nacionais e internacionais. Durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de apátrida, incidirão as garantias e os mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social relativos à: I - Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 2002; II - Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961; e III - Lei nº 9.474, de 1997.

No bojo da legislação em comento, o processo de reconhecimento da condição de apátrida será iniciado por meio da solicitação do interessado apresentada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública ou às unidades da Polícia Federal. A solicitação de reconhecimento da condição de apátrida será instruída com cópias dos documentos de que o solicitante dispuser, sem prejuízo de diligências realizadas perante órgãos e instituições nacionais ou internacionais a fim de comprovar as alegações. Neste contexto, o solicitante de reconhecimento da condição

de apátrida fará jus à autorização provisória de residência, demonstrada por meio de protocolo, até a obtenção de resposta ao seu pedido. O protocolo de que trata o § 4º permitirá o gozo de direitos no País, dentre os quais: I - a expedição de carteira de trabalho provisória; II - a inclusão no Cadastro de Pessoa Física; e III - a abertura de conta bancária em instituição financeira supervisionada pelo Banco Central do Brasil. O art. 97 preceitua que o ingresso irregular no território nacional *não constitui* impedimento para a solicitação de reconhecimento da condição de apátrida e para a aplicação dos mecanismos de proteção da pessoa apátrida e de redução da apatridia, hipótese em que não incidirá o disposto no art. 307 (deportação), desde que, ao final do procedimento, a condição de apátrida seja reconhecida.

A tessitura normativa do Decreto regulamentador da Lei de Migração, com o escopo primacial de maximizar a proteção jurídica dos migrantes, asilados, refugiados e apátridas, de modo a coibir um tratamento tiranizado das pessoas que compõem este grupo em situação de vulnerabilidade, não é imune a críticas, sobremaneira na parte em que institui penalidades e infrações, ou mesmo inova em relação à Lei de Migração⁴³⁶. Por exemplo, o art. 307 disciplina e arrola as infrações cometidas por migrantes, *in verbis*: I - entrar no território nacional sem estar autorizado: Sanção: deportação, caso não saia do País ou não regularize a situação migratória no prazo estabelecido; II - permanecer no território nacional depois de encerrado o prazo da documentação migratória: Sanção: multa por dia de excesso e deportação, caso não saia do País ou não regularize a situação migratória no prazo estabelecido; III - deixar de se registrar, no prazo de noventa dias, contado da data do ingresso no País, quando a identificação civil for obrigatória: Sanção: multa; IV - deixar o imigrante de se registrar, para efeito de autorização de residência, no prazo de trinta dias, quando orientado pelo órgão competente a fazê-lo: Sanção: multa por dia de atraso; V - transportar para o País pessoa que esteja sem documentação migratória regular: Sanção: multa por pessoa transportada; VI - deixar o transportador de atender a compromisso de manutenção da estada ou de promoção da saída do território nacional de quem tenha sido autorizado a ingresso condicional no País por não possuir a documentação migratória devida: Sanção: multa; e VII - furtar-se ao controle migratório, na entrada ou na saída do território nacional: Sanção: multa. Por fim, o § único prevê expressamente a observância estrita do contraditório, da ampla defesa e da garantia de recurso, assim como a situação de hipossuficiência do migrante ou do visitante.

⁴³⁶ ZAPE, K. A Nova Lei de Migrações Brasileiras: Uma Análise Sobre os Impactos Decorrentes do Decreto 9.199/2017. *Revista Olhares*, Salvador, Brasil, v. 1, n. 11, p. 93–98, 2021.

É insofismável que a crítica mais contundente ao decreto regulamentador se relaciona à discricionariedade política do Estado brasileiro para definir os casos de asilo e refúgio, consoante os interesses políticos e à defesa da soberania nacional. No caso do asilo político, conforme o decreto, constitui *ato discricionário do Estado*, e poderá ser diplomático ou territorial e será concedido como instrumento de proteção à pessoa que se encontre perseguida em um Estado por suas crenças, opiniões e filiação política ou por atos que possam ser considerados delitos políticos. Portanto, a consideração do que seja crime político, e, em última análise, a concessão ou indeferimento do asilo remanescerá ao livre talante e alvedrio do detentor do poder político. Em relação ao refúgio, o art. 120, *caput*, do regulamento prevê a deportação do solicitante, se ao fim do procedimento não for reconhecida a situação de refugiado.

Entre os dispositivos do decreto regulamentador que estão sendo questionados com mais vigor encontram-se o parágrafo único do art. 172, o qual resgata o termo “imigrante clandestino”, que denota um estigma já ultrapassado na seara do Direito Internacional. É iniludível que o legislador no âmbito da Lei de Migração faz uma escolha distinta daquela realizada pelo decreto regulamentador, porquanto adota as figuras jurídicas do migrante e do visitante, conforme pode ser observado no artigo inaugural da Lei. Dessarte, é indubitável que a lei optou claramente por uma política pública inclusiva e acolhedora, enquanto o decreto, ao adotar o termo “imigrante clandestino” optou pela sua criminalização, contrapondo-se diretamente ao disposto no texto legal.

Outro problema apontado no parágrafo único do art. 172 do Decreto é a inovação trazida na ordem jurídica, na medida em que estabelece que a Polícia Federal fixará o prazo de estada, as condições a serem observadas e o local em que o imigrante impedido ou clandestino permanecerá. Tal diretriz contrapõem-se ao art. 123 da Lei 13.445/2017, o qual estabelece que “ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei”. A orientação do decreto se apresenta em desconformidade com a nova lei, pois autoriza que se mantenha o migrante em local estabelecido pelas autoridades policiais”. Destarte, é nítido que o decreto inovou na ordem jurídica trazendo uma orientação não prevista e adotada pelo legislador. Ademais, o decreto também conferiu tratamento desvirtuado ao visto temporário de trabalho, pois enquanto o § 5º do art. 14 da Lei solicita a comprovação da oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no País, o decreto determina no art. 38, § 1º, I que “a oferta de trabalho é caracterizada por meio de contrato individual de trabalho

ou de contrato de prestação de serviços”, fazendo uma exigência não prescrita na Lei na medida em que exige a consumação da contratação e não apenas a oferta do trabalho⁴³⁷.

4.4.1.1 *O Refugiado como Titular de Direitos Fundamentais Sociais?*

A teoria geral e jurídico-dogmática dos direitos sociais acolhe múltiplas perspectivas de abordagens, desde uma perspectiva estatista e intervencionista até uma análise ancorada no (neo)liberalismo político⁴³⁸. Por vezes, tais teorias se expressam de modo arrevesado e anfigúrico, sem atentar para o campo dogmático-constitucional no qual o Estado em específico está estruturalmente ancorado e formatado, em deferência a opiniões particularistas de jaez ideológico. Mais desafiador é deveras dilucidar acerca da definição jurídica dos direitos fundamentais sociais enquanto direitos subjetivos, i.e., direitos executáveis judicialmente, à semelhança dos clássicos direitos fundamentais de liberdade, como a livre expressão do pensamento, o direito de propriedade, ou mesmo o direito de livre locomoção. O eminente jurista e professor da Universidade de los Andes (Colômbia), *Rodolfo Arango*, enfatiza, desde uma perspectiva jurídico-normativa, que direitos fundamentais sociais não são (apenas) direitos coletivos (pelo menos *a priori*), nem fins ou metas políticas, mas sim autênticos *direitos subjetivos*⁴³⁹. *Expressis verbis*:

“Según su *genus proximum*, los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importância. Pero lo que distingue a los derechos sociales fundamentales de otros derechos fundamentales (*differentia specifica*) es que son

⁴³⁷ ZAPE, K. A Nova Lei de Migrações Brasileiras: Uma Análise Sobre os Impactos Decorrentes do Decreto 9.199/2017. *Revista Olhares*, Salvador, Brasil, v. 1, n. 11, 2021. p. 95.

⁴³⁸ À maneira de dilucidar um pressuposto teórico para sua concepção política de justiça, *John Rawls* faz uso da expressão “véu da ignorância”, não no sentido empegado por Karl Marx, mas como uma condição de possibilidade hipotético-presuntiva de “posição original”, na qual cidadãos livres e iguais poderiam estabelecer as condições justas de vida em sociedade. “(...) *Enfrentamos aqui uma dificuldade de toda concepção política de justiça que se vale da ideia de contrato, tanto social quanto outro qualquer. A dificuldade é que precisamos encontrar um ponto de vista apartado dessa estrutura básica abrangente, não distorcido por suas características e circunstâncias particulares, um ponto de vista a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas consideradas livres e iguais possa ser estabelecido. A posição original, com os traços que chamei de "o véu de ignorância", é esse ponto de vista*". Cf., RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 65 e ss.

⁴³⁹ ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005. p. 39 e ss.

‘derechos de prestación en su sentido estrecho’, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado. (...). Los derechos sociales fundamentales pueden encontrarse en las constituciones de diversos países. Pero no basta auscultar en el texto constitucional para saber si en un determinado país tales derechos son reconocidos. Es necesario, además, establecer si tales derechos son reconocidos por la jurisdicción constitucional respectiva, es decir, si las disposiciones constitucionales de los países justifican los derechos subjetivos del individuo con alto grado de importancia y carácter positivo general”.

Consoante a doutrina do multicitado *Robert Alexy*, os direitos *fundamentais* sociais são direitos a prestações em sentido estrito, i.e., são direitos dos indivíduos (e, portanto, individuais!) a algo *exclusivamente* perante o Estado, cuja disponibilidade seria possível apenas mediante meios financeiros suficientes, a partir de uma oferta suficiente no mercado, podendo ser adquirida também do setor privado⁴⁴⁰. Destarte, quando se fala em direitos a prestações em sentido estrito – *soziale Grundrechte* –, estamos falando de direitos fundamentais à assistência social, ao trabalho, à moradia, à saúde e à educação⁴⁴¹.

Grosso modo, exsurge um panorama classificatório envolvendo três critérios distintos concernentes aos direitos a prestações em sentido estrito, a saber i) se tais direitos são vinculantes; ii) se tais direitos são regras ou princípios, i.e., se estão configurados como direitos definitivos ou apenas *prima-facie*; e iii) se tais direitos são subjetivos ou normas que apenas garantem deveres objetivos ao Estado⁴⁴². O entrelaçamento dos critérios supra forja as possibilidades normativas de concreção dos direitos fundamentais sociais, e o grau vinculatório do Estado na consecução de tais direitos. Há mister de enfatizar que a adoção dos critérios cabe ao constituinte de cada Estado, de modo que, em verdade, cada Constituição, individualmente considerada, refletirá *in casu* as condições de possibilidade normativa para a efetividade de tais direitos. No contexto constitucional e dogmático alemão, um direito social condicionado à

⁴⁴⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 7ª ed. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2015. p. 454.

⁴⁴¹ Cf., por todos, BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2007. Em especial, sobre a noção de direitos condicionais e incondicionais, bem como a análise jurisprudencial dos direitos sociais nos Estados Unidos, na Inglaterra e na África do Sul.

⁴⁴² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 7ª ed. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2015. p. 456.

assim designada “reserva do possível”, como, v.g., o direito de cursar uma graduação de livre escolha”, é classificado como um direito fundamental vinculante, subjetivo e *prima-facie*⁴⁴³. De outra face, ainda imerso no direito tedesco, um direito vinculativo, subjetivo e definitivo é, *par excellence*, o direito ao mínimo existencial – *Recht auf Existenzminimum*⁴⁴⁴.

Per summa capita, ocorre por vezes uma deturpação metodológica dos direitos econômicos, sociais e culturais, reconduzindo-os a meros deveres objetivos *prima facie* do Estado, em detrimento da sua configuração como autênticos direitos subjetivos⁴⁴⁵. Isso porque a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais pressuporia a adoção de critérios distributivos (macro justiça), uma vez que os gastos variam em função das necessidades específicas e individuais de cada cidadão ou grupo de pessoas. Destarte, a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais resultaria inapelavelmente em escolhas alocativas, uma vez que inexistente suporte financeiro para a satisfação de todas as necessidades sociais, figurando como o principal argumento contrário a judicialização, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da reserva do “financeiramente” possível (*Vorbehalt des Möglichen*).

Em retrospectiva histórica, no ano de 1966 foram elaborados em Nova York dois Tratados internacionais de direitos humanos, um relativo aos direitos civis e políticos⁴⁴⁶, e outro alusivo aos direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁴⁷. A razão de ser desta dicotomia era a existência à época da tensão entre os blocos geopolíticos antagônicos liderados pelos Estados Unidos e pela União Soviética. O objetivo primacial das Nações Unidas era de ampliar o reconhecimento e a vinculação dos direitos humanos num espectro mais amplo possível de países, ainda que para tanto fossem necessários dois pactos internacionais de proteção⁴⁴⁸.

No estágio atual do desenvolvimento do direito internacional público e da configuração política global, a distinção entre categorias de direitos humanos se tornou obsoleta, porquanto todos os direitos humanos adquirem a mesma importância jurídica, e merecem a mesma tutela

⁴⁴³ *Ibidem.*, p. 457.

⁴⁴⁴ BVerfGE 125, 175, j. 09.02.2010.

⁴⁴⁵ Cf, por todos, CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da “Constituição Social”), in: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 4 e ss.

⁴⁴⁶ Adotado em 16.12.1966 pela Resolução da Assembleia-Geral 2200A(XXI). Ratificado pelo Brasil no ano de 1992.

⁴⁴⁷ Adotado em 16.12.1966 pela Resolução da Assembleia-Geral 2200A(XXI). Ratificado pelo Brasil no ano de 1992.

⁴⁴⁸ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 3ª ed. Oxford University Press - OUP, 2008. p. 264.

internacional de proteção⁴⁴⁹. A interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos contribui para a liberdade individual, para o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito. Com tanto mais razão, os mais recentes e importantes tratados de proteção dos direitos humanos englobam de modo indistinto tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos econômicos, sociais e culturais, como exemplificativamente a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Nice/França (2001)⁴⁵⁰, Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais “Protocolo de San Salvador”, São Salvador/El Salvador (1988)⁴⁵¹, bem como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Banjul/Gâmbia (1981)⁴⁵².

No Brasil, em virtude de sua estrutura constitucional, o tema relativo à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais adquiriu contornos jurídicos e dogmáticos peculiares. *Ab initio*, é importante destacar que a atual Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988, ou seja, mais de duas décadas após a adoção do Pacto Internacional da ONU sobre os direitos econômicos, sociais e culturais em 1966, resultando no fato de que os direitos fundamentais sociais têm ampla previsão constitucional no país, influenciados pelo arquétipo normativo internacional existente e até mesmo, em certa medida, expandindo a lista de direitos além daqueles já consagrados no direito internacional. Conseqüentemente, a judicialização (inclusive individual) dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos no Brasil dispensa, em grande parte, a aplicação direta e imediata dos tratados internacionais, uma vez que a proteção judicial pode ser requerida em decorrência do próprio texto constitucional. O exemplo mais característico é, de fato, o direito fundamental à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição brasileira de forma quase ilimitada, o que às

⁴⁴⁹ Esta concepção foi adotada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 1993.

⁴⁵⁰ No seu art. 14, a Carta de Nice assegura o direito à educação e acesso à formação profissional, bem como no seu art. 22 garante o direito à diversidade cultural. Ademais, reconhece os direitos das crianças e dos idosos à existência condigna e à participação na vida social e cultural. Ainda no seu art. 34, o Tratado assegura o direito à assistência social e auxílio à habitação, de modo a garantir uma existência digna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes.

⁴⁵¹ Adotado durante a XVIII Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em São Salvador, em 17 de novembro de 1988. Ratificado pelo Brasil no ano de 1999.

⁴⁵² Adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. A Carta de Banjul assegura em seus arts. 16 e 17 o direito à saúde e à educação, respectivamente.

vezes causa certa perplexidade no contexto de sua implementação judicial, especialmente em vista dos limites orçamentários e financeiros do Estado⁴⁵³.

Na contextura jurídico-constitucional brasileira, os direitos fundamentais sociais estão amplamente previstos em diversos artigos ao longo do texto constitucional. Nada obstante, o art. 6º da Constituição inaugura de forma solene o rol dos principais direitos sociais assegurados, *ad litteram*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Através da Emenda Constitucional n. 114, do ano de 2021, foi assegurado ao nível constitucional o direito a uma renda básica a todos os brasileiros em situação de vulnerabilidade social, *ipsis verbis*: “Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária”.

O conceito jurídico-dogmático do assim chamado “mínimo existencial” vem desempenhando um papel central nas mais recentes e importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, não apenas acerca do direito à saúde, mas concernente aos direitos sociais em geral. Tal conceito foi importado do Direito constitucional e administrativo alemão, cuja primeira decisão remonta ao ano de 1954, não em Karlsruhe, mas em Leipzig, no âmbito da judicatura do Tribunal Administrativo Federal (BVerwGE 1, 159; *Fürsorge-Entscheidung*)⁴⁵⁴.
Ad litteram:

“Im Rechtsstaat (Art. 20 in Verbindung mit Art. 28) sind die Beziehungen des Bürgers zum Staat grundsätzlich solche des Rechts, daher wird auch das Handeln der öffentlichen Gewalt ihm gegenüber der gerichtlichen Nachprüfung unterworfen (Art. 19 Abs. 4). Mit dem Gedanken des demokratischen Staates (Art. 20) wäre es unvereinbar, daß zahlreiche Bürger, die als Wähler die Staatsgewalt mitgestalten, ihr gleichzeitig hinsichtlich ihrer Existenz ohne eigenes Recht gegenüberstünden. Auch der Gemeinschaftsgedanke, der in den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaats (Art. 20 und 28) und der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs.

⁴⁵³ Cf., FUHRMANN, Italo Roberto. Social Rights in Comparative Constitutional Law: Right to Health in the Perspective of the Brazilian and German Constitutional Courts, in: *Verfassung und Recht in Übersee* (VRÜ), n. 56, v. 4, 2023. p. 785.

⁴⁵⁴ Cf., por todos, HAUER, Katharina M. *Die “Fürsorge-Entscheidung” des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 1, 159) aus rechtshistorischer Sicht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020.

2) Ausdruck gefunden hat, erschöpft sich nicht in der Gewährung von materiellen Leistungen, sondern verlangt, daß die Teilnehmer der Gemeinschaft als Träger eigener Rechte anerkannt werden, die grundsätzlich einander mit gleichen Rechten gegenüberstehen (vgl. auch Art. 3), und daß nicht ein wesentlicher Teil des Volkes in dieser Gemeinschaft hinsichtlich seiner Existenz ohne Rechte dasteht. Endlich ist auch das Grundrecht auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2) Ausfluß jenes Grundgedankens⁴⁵⁵.

O conceito de “mínimo existencial” no direito alemão foi posteriormente desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal, sobretudo na decisão do primeiro Senado BVerfGE 125, 175, julgada em 09 de fevereiro de 2010⁴⁵⁶. Por certo, vale consignar que uma adaptação metodológica e dogmática ao direito constitucional brasileiro se faz ainda necessária, justamente pela configuração jurídico-constitucional brasileira em relação aos direitos fundamentais sociais⁴⁵⁷.

Outra decisão de suma significância como paradigma jurisprudencial diz respeito ao descredenciamento de diplomatas venezuelanos e a ordem de retirada compulsória dos mesmos do território nacional em um prazo peremptório de 48 horas pelo governo brasileiro em meio à crise sanitária da COVID-19. A ação de *Habeas Corpus* n. 184828, j. 02.05.2020, min. rel. Roberto Barroso, em sede de liminar, a despeito do embate diplomático entre Brasil e Venezuela, suspendeu temporariamente a retirada compulsória dos diplomatas venezuelanos descredenciados, fulminando provisoriamente a ordem presidencial editada por intermédio do

⁴⁵⁵ Tradução livre do alemão: “Num Estado de direito (art. 20º em conjugação com o art. 28º), a relação entre o cidadão e o Estado é fundamentalmente uma relação de direito, razão pela qual os atos das autoridades públicas também estão sujeitos ao controle judicial (art. 19º, nº 4). Seria incompatível com a ideia de um Estado democrático (artigo 20.º) se numerosos cidadãos, que, enquanto eleitores, ajudam a moldar a autoridade do Estado, não tivessem ao mesmo tempo os seus próprios direitos em relação à sua existência. O conceito de comunidade, que encontrou expressão nos princípios do Estado social de direito (art. 20º e 28º), e do carácter social da propriedade (art. 14º, nº 2), também não se limita à concessão de benefícios materiais, mas exige que os participantes na comunidade sejam reconhecidos como portadores de direitos próprios, que se confrontem, em princípio, com direitos iguais (cf. também art. 3º), e que nem uma parte substancial das pessoas desta comunidade esteja desprovida de direitos relativamente à sua existência. Finalmente, o direito fundamental à vida e à saúde (art. 2.º, n.º 2) é também uma expressão desta ideia básica.”

⁴⁵⁶ Ver, por todos, WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1, Abs. 1 Satz 2 GG, in: *Juristen Zeitung* 4, 63, Jahrgang 15, Februar 2008, p. 158. BVerfGE 125, 175 – *Regelleistung*.

⁴⁵⁷ FUHRMANN, Italo Roberto. “Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito à Saúde – Por Uma Reconstrução do Objeto do Direito à Saúde no Direito Brasileiro. Brasília: Editora Consulex, 2014. p. 148.

Ministro de Estado das Relações Exteriores. A admoestação judicial visava, *in limine litis*, a assegução da integridade física e psíquica dos diplomatas venezuelanos no Brasil, notadamente pelo contexto pandêmico e pela exiguidade do prazo de 48 horas para a saída do país. Assim se manifestou o ministro relator Roberto Barroso do pretório excelso: “*Em meio à pandemia reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, viola razões humanitárias mínimas a determinação de saída imediata do território nacional de agentes diplomáticos estrangeiros que não representam qualquer perigo iminente*”.

No quadro das argumentações expendidas pelo Procurador-Geral da República (PGR), ficou sedimentado que a própria Lei de Migração brasileira (Lei n. 13.445/17) previa o direito fundamental de acesso aos serviços públicos de saúde sem discriminação em razão da nacionalidade (art. 4º, inciso VIII), bem como que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, reconheceria que os direitos essenciais da pessoa humana não derivariam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas dos atributos inerentes à personalidade, razão por que recebe proteção internacional complementar à prevista no direito interno dos Estados. Deste modo, a ordem de expulsão dos diplomatas venezuelanos pelo governo brasileiro foi sobrestada pelo STF até que sejam esclarecidos a forma e os meios de execução da retirada compulsória, como forma de evitar risco à integridade física e psíquica dos requerentes.

Alfim, impende referir duas importantes decisões da Corte constitucional brasileira sobre os direitos sociais e o direito à integração dos imigrantes e refugiados, especialmente em face do aumento progressivo de pedidos de asilo e refúgio provindos da Venezuela nos últimos anos⁴⁵⁸. Aliás, a problemática assumiu no Brasil novos contornos legais e dogmáticos desde a promulgação da nova Lei de migração (13.445/17) e do seu decreto regulamentador (9.199/17).

No bojo da Ação Cível Originária (ACO) n. 3121, min. rel. Rosa Weber, julgada pelo Tribunal pleno do STF aos 13.10.2020, o Estado de Roraima formulou pedido para o fechamento das fronteiras com a Venezuela defronte ao massivo fluxo migratório de venezuelanos, que estaria deveras inviabilizando os serviços públicos da região, em termos

⁴⁵⁸ O fluxo migratório para o norte do Brasil (Roraima e Amazonas), em especial de venezuelanos, pôs em xeque toda uma política voltada apenas para assuntos internos. Entre 2011 a 2021, o Brasil reconheceu 48.789 mil venezuelanos com *status* de refugiados, bem como 3.682 sírios e 1.078 congolezes (ACNUR). Segundo a Organização dos Estados Americanos (OEA), a estimativa é que haja mais de 5 milhões de migrantes e refugiados venezuelanos nos próximos anos, situação análoga às provocadas por guerras como a da Síria e a do Afeganistão. Em 2021, 72,2% das solicitações de refúgio apreciadas pelo CONARE foram registradas nas Unidades da Federação que compõem a região norte do Brasil, em especial os Estados do Acre e de Roraima. CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados. Relatório “Refúgio em Números”. 7.ª edição. 2022.

logísticos e orçamentários. Nada obstante o requerimento insólito da demanda, que à evidência transborda as competências legais e administrativas dos Estados-membros, trata-se *in casu* da aplicação concreta do *federalismo cooperativo*, uma vez que os dados estatísticos oficiais asseveram o aumento populacional desproporcional no Estado de Roraima em face do maciço deslocamento de venezuelanos para o Brasil nos últimos anos. Outrossim, é amplamente consabido que sequer há recursos financeiros suficientes para suportar as necessidades materiais básicas da população nativa de Roraima, quanto mais para atender adequadamente todos os migrantes venezuelanos que chegam em território brasileiro em situação de extrema vulnerabilidade econômica e psicológica.

O STF rejeitou o pedido de fechamento temporário das fronteiras entre o Brasil e a Venezuela, designadamente pela violação flagrante aos patamares mínimos protetivos dos direitos humanos, previstos na legislação nacional migratória, na Constituição brasileira e nos Tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, incluindo o Acordo bilateral entre Brasil e Venezuela para a cooperação sanitária fronteiriça. *Ad litteram*: “No marco do Estado democrático de direito, as opções disponíveis à solução de crises restringem-se àquelas compatíveis com os padrões constitucionais e internacionais de garantia da prevalência dos direitos humanos fundamentais. Pretensão que contraria o disposto nos arts. 4º, II e IX, e 5º, LIV, da Constituição da República, no art. 45, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017 e no artigo XVIII do Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela”.

A problemática migratória já não pode ser mais objeto de menoscabo pelos agentes públicos; não se trata de uma hipostasia ou de uma questão concernente estritamente à ideologia política e ao talante da soberania nacional. Os efeitos reais da política migratória levarão inapelavelmente a uma tragédia econômica, social e humana sem precedentes, e que afetará um sem-número de países em escala global. A decisão do STF, para além de colocar em pauta o federalismo cooperativo, na esfera interna dos Estados, obrigando a União *in casu* a ajudar financeiramente o ente federado de Roraima com a metade dos gastos despendidos nos serviços públicos de caráter social prestados aos imigrantes da Venezuela, *in verbis*: “Ação Cível Originária julgada procedente em parte para determinar à União a transferência de recursos adicionais ao Estado de Roraima em quantia correspondente à metade do vindicado pelo autor, conforme se apurar em liquidação, observados como parâmetros máximos os valores documentados nos autos, para assim suprir a metade dos custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes oriundos da Venezuela, ou autorizar a compensação do débito”.

Na contextura jurisdicional da corte constitucional brasileira, o princípio da solidariedade e da cooperação entre os três níveis federativos do Estado são cogentes e obrigatórios, porquanto em uma situação de excepcionalidade e anormalidade, como no caso da imigração Venezuelana em Roraima, a União tem o dever jurídico-constitucional de maximizar o seu grau participativo na solução da crise, para além dos parâmetros já fixados de competência insertos no art. 23 da Constituição Federal, atendendo aos vetores da equidade e da proporcionalidade, sobretudo em vista da capacidade econômica e administrativa diminutas dos Estados federados defronte a graves crises sociais.

Mais enfática ainda foi a decisão tomada pela Corte na Suspensão de Tutela Provisória (STP) n. 705, julgada pelo Ministro Luiz Fux (então presidente do Tribunal), em 17.12.2020, na qual ficou sedimentada a obrigação jurídica do Estado brasileiro na promoção dos direitos fundamentais sociais dos migrantes venezuelanos na cidade de Manaus (Amazonas), assegurando o mínimo existencial e a integração no País (alimentação, saúde, habitação, capacitação profissional, dentre outras). O STF manteve a decisão da instância inferior que condenou a União, o Estado do Amazonas e o município de Manaus a atuarem para assegurar, inclusive em colaboração com as entidades da sociedade civil, as agências internacionais e os demais agentes da Operação Acolhida, a continuidade no fornecimento de todas as refeições diárias necessárias a todas as pessoas migrantes e refugiadas que sejam atendidas pelas estruturas da Operação Acolhida⁴⁵⁹ em Manaus, nos seguintes termos: 1) Garantam que as refeições sejam diversificadas, tenham valor nutricional e quantidade adequados e estejam adaptadas aos hábitos alimentares do público destinatário; 2) Realizem levantamento, junto às estruturas de acolhimento, sobre a existência de pessoas doentes e/ou com necessidades especiais de alimentação, a fim de que haja o fornecimento de refeições adequadas a este público.

A *Operação Acolhida* é uma política de Estado brasileira, criada em 2018 no âmbito das Forças Armadas, que visa a proteção e o auxílio humanitário aos refugiados venezuelanos

⁴⁵⁹ A *Operação Acolhida* é uma política de Estado brasileira, criada em 2018 no âmbito das Forças Armadas, que visa a proteção e o auxílio humanitário aos refugiados venezuelanos em situação de vulnerabilidade em face da crise política, institucional e socioeconômica que ocorre na República Bolivariana da Venezuela, e é, em suma, estruturada em três pilares: a) ordenamento da fronteira; b) abrigamento dos imigrantes; c) interiorização. No âmbito desta operação, os seguintes órgãos e instituições trabalham de forma interrelacionada, especialmente na cidade de Pacaraima/RR: (Forças Armadas, Ministério da Cidadania; Polícia Federal; Receita Federal; Defensoria Pública da União (DPU); Tribunal de Justiça de Roraima; Organização Internacional para as Migrações (OIM); Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR); Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA); Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

em situação de vulnerabilidade em face da crise política, institucional e socioeconômica que ocorre na República Bolivariana da Venezuela, e é, em suma, estruturada em três pilares: a) ordenamento da fronteira; b) abrigamento dos imigrantes; c) interiorização. No âmbito desta operação, os seguintes órgãos e instituições trabalham de forma interrelacionada, especialmente na cidade de Pacaraima/RR: (Forças Armadas, Ministério da Cidadania; Polícia Federal; Receita Federal; Defensoria Pública da União (DPU); Tribunal de Justiça de Roraima; Organização Internacional para as Migrações (OIM); Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR); Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA); Comitê Internacional da Cruz Vermelha⁴⁶⁰.

Conforme o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), desde a criação da Operação Acolhida, mais de 950 mil pessoas ingressaram no território brasileiro, sendo que 500 mil continuam no país. Mais de 112 mil migrantes e refugiados venezuelanos foram interiorizados de Roraima para outros estados do Brasil. A Operação envolve mais de 120 agências participantes e conta com dez abrigos e alojamentos distribuídos em Boa Vista e Pacaraima. Em cinco anos de operação, são mais de 10 mil acolhidos nos abrigos e alojamentos da Operação e mais de 2,6 milhões de atendimentos realizados nos postos de triagem. Foram realizados cerca de 900 mil atendimentos médicos e aplicadas 1,1 milhão de doses de vacinas⁴⁶¹.

A titularidade de direitos fundamentais sociais, conquanto iniludível e insofismável em relação aos brasileiros (natos e naturalizados) e aos estrangeiros residentes no país (art. 5º, *caput*, da CF/88), estende-se igualmente aos migrantes *lato sensu*, incluindo, neste âmbito protetivo, os refugiados, ainda que indocumentados e sem *status* formal de refúgio. Isto significa, outrossim, que o Estado brasileiro tem o dever jurídico-constitucional de tutela dos direitos sociais fundamentais aos refugiados situados no território brasileiro, como, por exemplo, direito à saúde, à educação (v.g., idioma), à alimentação, à cultura (integração), ao trabalho e ao transporte, assim como o direito à regularização documental para fins assistenciais e de cadastramento bancário. Não se trata, pura e simplesmente, de fruição de tais direitos pelos refugiados a partir de eventual existência de política pública governamental, que, a rigor, são transitórias e existem apenas em situações de crise extremada, como a Operação Acolhida,

⁴⁶⁰ <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/operacao-acolhida>. Acesso aos 05.02.2024.

⁴⁶¹

delineada supra (1.7.3). Trata-se, isto sim, de autênticos direitos fundamentais sociais, passíveis de judicialização individual e coletiva, ainda que ausente lei ou política pública regulamentadora, de modo a atender, minimamente, os *standards* internacionais de tutela dos direitos humanos, à semelhança da CIDH, e de possibilitar a integração econômica, jurídica e cultural dos migrantes.

4.5 Direito Migratório nos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos

4.5.1 O Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Como produto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 22 de novembro de 1969 (entrou em vigor em 18.06.1978)⁴⁶², a Corte Interamericana, fundada em 22 de maio de 1979, com sede em São José da Costa Rica, constitui-se de 7 juízes de diferentes nacionalidades, pertencentes à Organização dos Estados Americanos. O Tribunal exerce, simultaneamente, uma função jurisdicional⁴⁶³ e consultiva. Até hoje, vinte e cinco nações Americanas ratificaram ou aderiram à Convenção, embora também tenham ocorrido algumas denúncias (Trindade e Tobago, 1998) e (Venezuela, 2012).



(Sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em São José (Costa Rica).

⁴⁶² Até o momento, os Estados Unidos e o Canadá ainda não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴⁶³ Os Estados Unidos não ratificaram sua adesão à jurisdição da Corte Interamericana, embora sejam membros efetivos da Organização dos Estados Americanos.

O Brasil⁴⁶⁴ aderiu formalmente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) tão-somente após o término da ditadura militar (1964-1985), no ano de 1992 (Decreto n. 678). Da mesma forma, o Brasil se submeteu voluntariamente à jurisdição da Corte Interamericana (1998)⁴⁶⁵ e à atuação da Comissão Interamericana, fazendo apenas a ressalva quanto ao direito automático de visitas e inspeção *in loco*⁴⁶⁶.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁶⁷, com judicatura efetiva desde 1979, já se posicionou amiúde sobre a temática, como no caso *Wong Ho Wing vs. Peru*, 22 de junho, 2016, no qual foram garantidos os direitos do estrangeiro no processo extradicional, que, também reproduzida na Lei brasileira sobre refúgio (art. 33, da Lei nº 9474/97), impediu a extradição com fundamento idêntico que serviu de base para a concessão de refúgio. Na condição de *leading case* está a decisão *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, que vedou, em termos categóricos, a política de expulsão coletiva (não-individualizada) dos haitianos e dominicanos descendentes de haitianos por parte dos governantes da República Dominicana, garantindo-lhes igualmente o direito à nacionalidade e à residência.

Com efeito, também no ano de 2014, a pedido de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu um parecer sobre o padrão protetivo mínimo das crianças refugiadas nos Estados de origem, de trânsito e nos de destino⁴⁶⁸. Foi asseverada, nesta oportunidade, que, não obstante os Estados possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos pelas mesmas devem respeitar os direitos humanos das pessoas migrantes, ainda mais quando se trate de crianças, em que deve

⁴⁶⁴ Atualmente, há 14 processos pendentes de julgamento contra o Estado brasileiro. Já houve prolação de 18 sentenças e 50 medidas provisórias contra o Brasil. https://www.corteidh.or.cr/mapa_casos_pais.cfm?lang=pt. Acesso aos 11.02.2024.

⁴⁶⁵ Desta forma, em virtude da chamada competência *ratione temporis*, o Estado brasileiro só pode ser responsabilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente a fatos ocorridos após a data de 10.12.1998.

⁴⁶⁶ Para uma análise contextual do Brasil na Corte IDH, máxime em relação aos direitos sociais, v., FUHRMANN, Italo Roberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Brazil*, in: NUSSBERGER, Angelika; LANDAU, David. *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights*. Cambridge: Intersentia, 2023. p. 394 e ss.

⁴⁶⁷ A Corte Interamericana de Direitos Humanos já julgou casos emblemáticos envolvendo o Brasil, como, por exemplo, *Damião Ximenes Lopes, Brasil* (Caso 12.237, 1 de outubro, 2004); *Julia Gomes Lund e outros (Guerilha do Araguaia), Brasil* (Caso 11.552, 26 de março, 2009); *Vladimir Herzog e outros, Brasil* (Caso 12.879, 22 de abril, 2016).

⁴⁶⁸ Opinião Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a pedido da República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai.

prevalecer inelutavelmente a proteção integral de seus direitos. Igualmente foi consignado o princípio da não devolução *non-refoulement*, conceituando-o como um princípio que permite dotar de eficácia o direito de buscar e receber asilo, mas também como um direito autônomo estabelecido na Convenção e uma obrigação derivada da proibição da tortura e outras normas de direitos humanos e, em particular, da proteção da infância.

A Constituição brasileira predispõe de um amplo acervo normativo sobre a incorporação de Tratados Internacionais, bem como sobre o correlativo diálogo institucional entre o Brasil, os países estrangeiros e as Organizações Internacionais⁴⁶⁹. Ademais, adota-se, entre nós, um sistema ambivalente, no qual o Brasil só se obriga, em regra⁴⁷⁰, a respeitar o direito internacional e comunitário após a celebração formal pelo executivo da união e a subsequente ratificação congressual (art. 84, inciso VIII, da CF/88), nada impedindo, contudo, o juízo de aferição de sua constitucionalidade pelo STF. Impende ressaltar que o Brasil, por imperativo constitucional, adota um regime de facilitação apriorística para a acolhida de estrangeiros por meio do asilo político (art. 4º, inciso X, da CF/88), constituindo-se em verdadeiro princípio constitucional regente das relações internacionais nas quais o Brasil faça parte.

Malgrado as assimetrias jurídicas e históricas entre os sistemas regionais protetivos de direitos humanos interamericano e europeu, é possível chegar à conclusão de que tanto o sistema interamericano quanto o europeu indicam diretrizes sedimentadas no que atine à proteção e ao acolhimento dos migrantes em condição de refúgio e/ou asilo, de tal modo que o princípio do *non-refoulement* está sendo aplicado indistintamente e em larga escala em ambos os modelos de jurisdição.

O sistema judicial internacional europeu deve ser, neste compasso, um exemplo a ser seguido pela judicatura da Corte de São José, especialmente tendo em vista o caso paradigmático *Hirsi Jamaa e Outros vs. Itália*. Um dos pontos fulcrais do entendimento consolidado neste caso é a proibição enfática e categórica da deportação/expulsão coletiva de imigrantes refugiados, ainda que não haja o pedido formal de refúgio. A análise dos casos individualizados e o acesso às instâncias administrativas e judiciais do país de destino já podem ser considerados direitos humanos sedimentados na jurisdição internacional.

⁴⁶⁹ Cf., SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 203 e ss.

⁴⁷⁰ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados prevê, designadamente em seu art. 53, a existência de normas imperativas de direito internacional geral, reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo, e que são insuscetíveis de derrogação por Tratados, acordos e convenções internacionais.

No caso supra, os requerentes, onze nacionais da Somália e treze nacionais da Eritreia, faziam parte de um grupo de cerca de duzentos indivíduos que deixaram a Líbia em 2009 a bordo de três navios com o objetivo de alcançar a costa italiana. Em 6 de maio de 2009, quando as embarcações se encontravam na região de responsabilidade maltesa de busca e salvamento, foram interceptadas por navios da polícia fiscal italiana (*Guardia di finanza*) e da guarda costeira. Os ocupantes das embarcações interceptadas foram transferidos para navios militares italianos e regressaram a Trípoli.

Os recorrentes afirmaram que, durante essa viagem, as autoridades italianas não os informaram do seu destino e não tomaram qualquer medida para os identificar. À chegada ao porto de Trípoli, após uma viagem de dez horas, os migrantes foram entregues às autoridades líbias. Segundo a versão dos fatos apresentada pelos demandantes, estes opuseram-se à entrega às autoridades líbias, mas foram obrigados a abandonar os navios italianos. Numa conferência de imprensa realizada no dia seguinte, o Ministro do Interior italiano declarou que as operações de intercepção de embarcações no alto mar e de expulsão dos migrantes para a Líbia eram a consequência da entrada em vigor, em fevereiro de 2009, dos acordos bilaterais celebrados com a Líbia e representavam um ponto de viragem (*turning point*) na luta contra a imigração clandestina. Dois dos requerentes morreram em circunstâncias desconhecidas após os factos em questão. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em Trípoli concedeu o estatuto de refugiado a catorze dos requerentes entre junho e outubro de 2009. Na sequência da revolução que eclodiu na Líbia em fevereiro de 2011, a qualidade do contato entre os requerentes e os seus representantes deteriorou-se.

A Itália reconheceu que os navios em que os requerentes tinham sido embarcados estavam inteiramente sob jurisdição italiana. O Tribunal recordou o princípio de direito internacional consagrado no Código de Navegação italiano, segundo o qual um navio que navegue no alto mar está sujeito à jurisdição exclusiva do Estado sob a bandeira em que navega. O Tribunal não aceitou a descrição do Governo dos acontecimentos como "*operações de salvamento no alto mar*", nem o alegado nível mínimo de controle exercido sobre os requerentes. Os fatos ocorreram *inteiramente* a bordo de navios das forças armadas italianas, cujas tripulações eram compostas exclusivamente por militares italianos. No período que decorreu entre o embarque nesses navios e a sua entrega às autoridades líbias, os recorrentes estiveram sob o controle contínuo e exclusivo, *de jure e de facto*, das autoridades italianas. Por conseguinte, os fatos que deram origem às alegadas violações eram da competência da Itália, na acepção do artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Embora consciente da pressão exercida sobre os Estados pelo afluxo cada vez maior de migrantes, situação particularmente complexa no meio marítimo, o Tribunal salientou, no entanto, que essa situação não os eximia da obrigação de não afastar um indivíduo que corresse o risco de ser objeto de um tratamento contrário ao artigo 3º da CEDH. Não foi feita qualquer distinção entre migrantes clandestinos e requerentes de asilo, que são sistematicamente presos e detidos em condições que os observadores qualificaram de desumanas, referindo, nomeadamente, casos de tortura. Os migrantes clandestinos correm o risco de serem reenviados a qualquer momento para os seus países de origem e, quando conseguem recuperar a liberdade, são sujeitos a condições de vida precárias e ao racismo. Em resposta ao argumento do Governo italiano de que a Líbia era um destino seguro para os migrantes e que este país respeitava os seus compromissos internacionais em matéria de asilo e de proteção dos refugiados, o Tribunal observou que a existência de leis internas e a ratificação de tratados internacionais que garantem o respeito dos direitos fundamentais não eram, por si só, suficientes para assegurar uma proteção adequada contra o risco de maus tratos, quando fontes fiáveis tinham relatado práticas contrárias aos princípios da CEDH.

Além disso, a Itália não podia eximir-se à sua própria responsabilidade nos termos da Convenção, invocando as suas obrigações posteriores decorrentes de acordos bilaterais com a Líbia. O Gabinete do ACNUR em Trípoli nunca foi reconhecido pelo Governo líbio. Uma vez que a situação na Líbia era bem conhecida e fácil de verificar na altura dos fatos, as autoridades italianas tinham, ou deviam ter sabido, ao expulsar os requerentes, que estes seriam expostos a um tratamento que violava a CEDH. Além disso, o fato de os requerentes não terem pedido expressamente asilo não isenta a Itália do cumprimento das suas obrigações. O Tribunal registou as obrigações dos Estados decorrentes do direito internacional dos refugiados, incluindo o "*princípio da não devolução*", também consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O Tribunal, considerando, além disso, que a situação comum dos requerentes e de muitos outros migrantes clandestinos na Líbia não tornava o alegado risco menos individual, concluiu que, ao transferir os requerentes para a Líbia, as autoridades italianas, com pleno conhecimento dos factos, os expuseram a um tratamento proibido pela Convenção. O Tribunal foi chamado, pela primeira vez, a examinar se o artigo 4º do Protocolo nº 4 se aplicava a um caso de afastamento de estrangeiros para um Estado terceiro efetuado fora do território nacional. O Tribunal procurava saber se a transferência dos requerentes para a Líbia tinha constituído uma "expulsão coletiva de estrangeiros" na acepção desta normativa. O Tribunal observou que nem o artigo 4º do Protocolo nº 4 nem os *travaux préparatoires* da Convenção se opõem à aplicação extraterritorial desse artigo. Além disso, limitar a sua

aplicação às expulsões coletivas do território nacional dos Estados-Membros significaria que um componente significativo dos padrões migratórios contemporâneos não seria abrangido pelo âmbito de aplicação dessa disposição, e privaria os migrantes que se lançaram ao mar, muitas vezes arriscando a vida, e que não conseguiram chegar às fronteiras de um Estado, de um exame das suas circunstâncias pessoais antes de serem expulsos, ao contrário dos que viajam por terra.

A noção de "expulsão" é essencialmente territorial, tal como a noção de "competência". No entanto, quando, como no caso em apreço, a Corte verificou que um Estado contratante exerceu, a título excepcional, a sua competência fora do seu território nacional, é possível aceitar que o exercício da competência extraterritorial por esse Estado tenha assumido a forma de uma expulsão coletiva. A Convenção de Genebra (estatuto do refugiado) não prevê a possibilidade de uma expulsão coletiva. Por outro lado, a especificidade do meio marítimo não pode justificar um espaço fora da lei onde os indivíduos não são abrangidos por um sistema jurídico suscetível de lhes proporcionar a fruição dos direitos e garantias protegidos pela CEDH. O artigo 4º do Protocolo nº 4 era, por conseguinte, aplicável no caso em apreço⁴⁷¹.

Ambos os sistemas regionais protetivos de direitos humanos, a saber o europeu e o interamericano, são assimétricos, possuindo peculiaridades e idiosincrasias concernentes às questões geográficas e culturais. Na Europa, o sistema tem que lidar com 46 países distintos, alguns com traços culturais e políticos bastante díspares entre si. Neste diapasão, um instrumento de suma relevância é a assim chamada "margem de apreciação",⁴⁷² segundo a qual a Corte pode realizar um sopesamento e um juízo de proporcionalidade consoante a estrutura jurídica interna do Estado e o contexto político no qual se insere, justamente para tentar evitar a ruptura do sistema, e a manutenção da autoridade e credibilidade das decisões perante os Estados membros.

No sistema interamericano, embora igualmente haja discrepâncias entre os Estados signatários, há um número menor de países membros, comparativamente ao sistema europeu, bem como as distinções políticas e culturais internas não são tão dissonantes entre si como na Europa. Destarte, reputamos ser o sistema interamericano mais propício às decisões uniformes e impositivas, de modo a alterar a legislação interna dos Estados membros quando incompatíveis com a Convenção, relegando a doutrina da "margem de apreciação" apenas para

⁴⁷¹ Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-102%22%5D%7D>>. Acesso aos 01.04.2024.

⁴⁷² Para uma abordagem minudente e extensiva da designada "margem de apreciação", cf. NUSSBERGER, Angelika. A Convenção Europeia de Direitos Humanos – uma Constituição para a Europa? In: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020.

casos específicos em que possa ser dada interpretação conforme a Convenção de Direitos Humanos, respeitando, destarte, as idiossincrasias internas de cada Estado, e desde que não se trate, em qualquer hipótese, de violações mais gravosas, concernentes ao direito à vida, à liberdade e à dignidade dos jurisdicionados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), enquanto órgão jurisdicional internacional, que atua na condição de intérprete última e autêntica do Pacto de San José da Costa Rica, e de todo o *corpus iuris* interamericano (*bloque de convencionalidad*)⁴⁷³, vem gradualmente desenvolvendo uma jurisprudência adstrita à tutela específica em situações de vulnerabilidade, isto é, casos judiciais envolvendo grupos vulneráveis e minorias⁴⁷⁴.

Em relação ao ato interpretativo *per se*, e à formação dos *standards* internacionais, que servem como diretrizes objetivas aos Estados, gizando diretrizes e esclarecendo conceitos, além de analisar o caso concreto, é possível destacar que as sentenças proferidas pela Corte se dividem, a rigor, em duas partes, quais sejam, a *res interpretata* e a coisa julgada. É de suma importância a distinção desses dois conceitos, tendo-se em vista que é a partir da manifestação de posicionamentos da Corte Interamericana que se constroem *standards*, e que se fixam orientações a respeito da garantia de direitos humanos, assim como da proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade.

Sem embargo, a parte da sentença que se refere à “coisa julgada” é a parte dispositiva, i.e., resolutiva, que impõe penalidades e determinações a serem cumpridas pelo Estado condenado, sendo individualizada e específica, referindo-se à situação analisada concretamente e, em razão disso, possui efeito meramente *inter partes*, atingindo apenas as partes do processo (Estado-parte e vítima). Deve ser cumprida na sua integralidade, tendo caráter obrigatório, em razão do compromisso firmado pelos Estados ao reconhecerem a competência contenciosa da Corte Interamericana, *id est*, em razão do respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* e ao princípio da *bona fide* em matéria internacional.

Quanto à outra parte da sentença, isto é, a coisa interpretada (*res interpretata*), trata-se de todo o conteúdo da decisão que aborda uma construção jurisprudencial, os argumentos elucubrados, os entendimentos ali assentados, ou seja, a interpretação conferida pela Corte aos dispositivos normativos da Convenção. Trata-se, pois, da *ratio decidendi*, e possui efeito *erga*

⁴⁷³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo Interjurisdicional, control de convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n. 2, 2012, p. 57-140.

⁴⁷⁴ Cf., LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. *A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Proteção de Grupos em Situação de Vulnerabilidade*. Discriminação Estrutural e Sentenças Estruturantes. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 67 e ss.

omnes, devendo ser estritamente observada não somente pelas partes do processo, mas sim por todos os órgãos e Estados que compõem o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos⁴⁷⁵.

Também deve ser enfatizado a distinção terminológica e conceitual entre “minorias”, “grupos vulneráveis” e “grupos em situação de vulnerabilidade”, muito embora sejam utilizados não raras vezes como sinônimos. Não há um consenso doutrinário quanto a essa terminologia, entretanto, alguns traços podem ser definidos, para que seja factível a engendração de estratégias e ferramentas mais condizentes com a proteção específica de cada um deles. Compreendem, neste compasso, que “grupo vulnerável” é um conceito mais abrangente e genérico, podendo ser considerado como gênero (ou minoria *lato sensu*), enquanto o conceito “minorias” seria espécie (ou minoria *stricto sensu*) - no sentido de que toda “minorias” seria um “grupo vulnerável”, mas nem todo “grupo vulnerável” é, obrigatoriamente, uma “minorias” – que, por sua vez, não precisa ser uma minorias numérica, e sim sociológica em termos de baixo poder de atuação política ou econômica. Outro ponto que os distingue é o que concerne à questão da preservação de uma identidade cultural homogênea, de características específicas, do fator de discriminação.

Desse modo, enquanto os grupos vulneráveis, apesar de serem grupos discriminados que sofrem opressão social, econômica e política, não possuem uma identidade, isto é, um amálgama, comum entre si, as minorias, por outro lado, apresentariam um traço cultural comum e muito perceptível, sendo esse traço cultural que difere o grupo dos demais integrantes da sociedade. Ressalta-se, contudo, que não se objetiva elidir o elemento que os torna diferentes, objetiva-se, do contrário, o reconhecimento e o respeito, com fundamento na pluralidade, tendo em vista que são justamente esses elementos que formam a identidade de cada minorias, isto é, o que se busca, por meio de sua proteção, é uma “igualdade na diferença”, uma igualdade que valorize e que respeite essa diferença⁴⁷⁶.

Embora o Estado brasileiro já tenha sido condenado em vários casos envolvendo o sistema penal persecutório, sobretudo no que diz respeito à impunidade em crimes de homicídio, além de crimes contra ativistas defensores de direitos humanos (*Sales Pimenta vs. Brasil*, 30.06.2022), em matéria de direitos sociais a decisão mais emblemática foi tomada em

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁷⁶ Cf., *par excellence*, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. *A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Proteção dos Grupos em Situação de Vulnerabilidade. Discriminação Estrutural e Sentenças Estruturantes*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 70-1.

20.10.2016 (Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil)⁴⁷⁷, que tratou sobre trabalhos forçados (análogos à escravidão) e servidões por dívidas na Fazenda denominada “Brasil Verde”, localizada no Estado do Pará.

Os fatos do caso se enquadravam em um contexto no qual milhares de trabalhadores eram submetidos anualmente a trabalho escravo. Neste contexto, havia ameaças de morte caso os trabalhadores abandonassem a fazenda, o impedimento de saírem livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o fazendeiro, a falta de moradia, alimentação e saúde dignas. Além disso, esta situação poderia ser atribuível ao Estado, pois teve conhecimento da existência destas práticas em geral e, especificamente, na Fazenda Brasil Verde, desde 1989 e, apesar deste conhecimento, não adotou as medidas razoáveis de prevenção e resposta, nem fornecido às vítimas um mecanismo judicial efetivo para a proteção de seus direitos, a punição dos responsáveis e a obtenção de uma reparação.

Em sumária síntese, a Corte condenou o Estado brasileiro nos seguintes termos:

- a) No presente caso, a Corte IDH considerou que, no momento dos fatos, as ações gerais para combater o fenômeno do trabalho escravo —pois já se sabia da existência da problemática do trabalho escravo no Brasil— que haviam sido implementadas desde 1995 até 2000 não haviam sido suficientes e efetivas; além disso, para o Tribunal Interamericano, a expressão “não adota medidas específicas com respeito à situação particular”, significa que, independentemente das ações gerais implementadas, quando seja identificável um setor específico do grupo (por exemplo, geograficamente), o Estado deve implementar medidas adicionais às ações gerais para reverter essa situação que requer a atuação prioritária da estrutura estatal.
- b) Diferentemente dos Sistemas Europeu e Africano de Direitos Humanos, os Sistemas Universal e Interamericano mostram uma tendência a considerar que as pessoas que se encontram em situação de pobreza constituem um grupo em situação de vulnerabilidade diferenciado dos grupos tradicionalmente identificados; esta condição é reconhecida como categoria de proteção especial e é parte da proibição de discriminação por “posição econômica” contemplada de maneira expressa no artigo 1.1 da Convenção Americana.

⁴⁷⁷ No contexto específico do direito à saúde e proteção à integridade corporal e psíquica, vale registrar a decisão *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 04.06.2006.

- c) No presente caso, a situação de especial vulnerabilidade pela posição de pobreza em que se encontravam os 85 trabalhadores, fez com que fossem vítimas de tráfico de pessoas devido ao modus operandi existente na região do Estado do Pará; e, também, considerando outras características similares, deixava-os propensos a aceitar, mediante enganos, ofertas de trabalho na Fazenda Brasil Verde, que se materializaram em formas de trabalho escravo. Esta situação particular não foi um ato isolado, mas, como foi explicitado na Sentença, possui antecedentes históricos e se perpetuou em relação a setores específicos da população e determinadas regiões geográficas após 1995, data na qual o Brasil reconheceu expressamente a existência de “trabalho escravo” no país. A partir disso, foi analisada conjuntamente a posição de pobreza como o fator estrutural determinante para a perpetuação histórica do trabalho escravo no Brasil.
- d) A pobreza “é o principal fator da escravidão contemporânea no Brasil, por aumentar a vulnerabilidade de significativa parcela da população, tornando-a presa fácil dos aliciadores para o trabalho escravo”. A pobreza, no caso sub judice, não se enquadra como um fenômeno, mas como uma afetação de especial vulnerabilidade, na qual a situação de exclusão e marginalização, somada à negação estrutural e sistêmica de direitos (com antecedentes históricos para o caso particular), provocaram uma afetação nos 85 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde.
- e) Não pode passar inadvertido para um juiz interamericano que a escravidão, em suas formas análogas e contemporâneas, tem origem e consequência na pobreza, na desigualdade e na exclusão social, repercutindo nas democracias substantivas dos países da região. Deste modo, a análise da experiência interamericana de proteção de direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais) demanda que sejam consideradas as peculiaridades da região, já que a América Latina é a região com o mais alto grau de desigualdade no mundo. Nesse sentido, os Estados na região devem ser consequentes com o que proclama a Carta Social das Américas (2012) e seu Plano de Ação (2015), para buscar alcançar progressivamente a realização plena da justiça social em nosso continente.

O caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana no ano de 2016, constitui a primeira vez na qual o Tribunal reconheceu a existência de uma *discriminação estrutural histórica*, em razão do contexto no qual ocorreram as violações de direitos humanos. De modo emblemático, também constitui o primeiro caso judicial no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos expressamente determinou a responsabilidade internacional contra um Estado por perpetuar uma situação estrutural histórica de exclusão social.

5 Digitalização e a Aplicação da “Legal Technology” no Âmbito Migratório

É sofisticado o argumento segundo o qual inexistente controle tecnológico da migração em virtude da inexistência de regras jurídicas correspondentes. Ocorre, isto sim, uma ausência de controle e regulamentação jurídica das atuais tecnologias empregadas intensamente para limitar, selecionar e controlar os fluxos migratórios em escala global, como predições por *big data* nos movimentos migratórios no mediterrâneo, decisões automatizadas concernentes às solicitações de refúgio e a aplicação de inteligência artificial em detectores de mentiras nas fronteiras da Europa⁴⁷⁸.

Um contrapeso a este cenário de alvedrio ingente seria uma forte e massiva regulamentação dos usos das novas tecnologias no tráfego migratório, na perspectiva da “Legal Technology”. Também conhecida como “*Legal Tech*”, trata-se, em suma, do uso do Direito, e de seu conteúdo ético, como sucedâneo aos interesses exclusivamente econômicos e políticos na regulação e utilização das novas tecnologias⁴⁷⁹. Não apenas a regulação *per se*, mas o próprio uso das novas tecnologias para atos ou decisões judiciais e administrativas (automatizadas), formulações de contratos (*smart contracts*) e conciliação de litígios deve ser estruturado desde uma concepção jurídico-normativa regulatória. A variabilidade de ações no campo de direito que passaram a ser realizadas por meio das novas tecnologias indicam uma disrupção na própria noção do Direito, jungido dantes a procedimentos morosos, físicos, e dependente exclusivamente da ação humana.

⁴⁷⁸ MOLNAR, Petra. New Technologies in Migration: Human Rights Impacts, in: *Forced Migration Review*, n. 61, 2019.

⁴⁷⁹ Cf., HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation: Herausforderungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 244 e ss.

Tal revolução digital vem na esteira do que se denomina de quarta revolução industrial (Indústria 4.0), caracterizada pela sua velocidade, num mundo fortemente interligado e multifacetado, pela amplitude e profundidade, que alteraram, de modo sem precedentes, os paradigmas da economia, da sociedade e da configuração da vida individual, e, alfim, pelos efeitos sistemáticos, que se sobrepõem aos países, às empresas e que permeia a sociedade como um todo⁴⁸⁰. Uma das mudanças mais significativas neste cenário pode ser reconduzida a uma única força: empoderamento – *empowerment*. Este empoderamento, ou capacitação, à *autodeterminação* altera profundamente a relação entre Estado e seus cidadãos, entre empresas e seus colaboradores, entre acionistas e consumidores, bem como entre superpoderosos e pequenos países, configurando um novo modelo de sociedade em que os novos atores empoderados ajam de forma cooperativa⁴⁸¹.

A *digitalização* igualmente possibilita um acesso facilitado ao Direito, inclusive de pessoas leigas no âmbito jurídico. Dessarte, as pessoas em geral podem utilizar plataformas/softwarees digitais para concretizar de modo mais fácil e prático os seus direitos, formalizar contratos e encontrar respostas a questionamentos jurídicos sem a necessidade de orientação técnica⁴⁸². Para o fundador e presidente do Fórum Econômico Mundial, nunca houve um tempo que proporcionasse tão grandes possibilidades e, a mesmo tempo, tantos riscos (*Nie hat es eine Zeit gegeben, die so grosse Möglichkeiten und zugleich so grosse Gefahren bereithielt*)⁴⁸³.

No que tange ao fenômeno *per se* da *digitalização*, podemos indicar como pilares da sua existência: a) os dados (pessoais e não-pessoais); b) os algoritmos e os sistemas

⁴⁸⁰ SCHWAB, Klaus. *Die Vierte Industrielle Revolution*. München: Pantheon Verlag, 2016. p. 12.

⁴⁸¹ *Ibidem.*, p. 46.

⁴⁸² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 247.

⁴⁸³ SCHWAB, Klaus. *Die Vierte Industrielle Revolution*. München: Pantheon Verlag, 2016. Einleitung.

algorítmicos⁴⁸⁴; c) a Internet; d) os *Big Data*⁴⁸⁵; e) a Inteligência Artificial⁴⁸⁶; f) as Plataformas Digitais; g) os Robôs e a Robótica; h) os Sistemas Cibernéticos; i) a Internet das Coisas; j) o *Blockchain*⁴⁸⁷. A junção e interação sistemática entre todos estes elementos conferem condição de possibilidade para a revolução tecnológica atualmente em curso, impactando estruturalmente a existência e a aplicação do Direito, inclusive no âmbito das migrações internacionais.

Trata-se, sem embargo, da transformação digital do Direito. Neste compasso disruptivo, o Direito é alicerçado por técnicas digitais sustentáveis – *nachhaltig* –, podendo, inclusive, gerar decisões automatizadas, à maneira de auxiliar o trabalho dos juristas na condição de consultores ou mesmo de aplicadores da lei, sem descurar do auxílio prestimoso na própria elaboração de contratos e na resolução de conflitos através da conciliação online (*Online Dispute Resolution*)⁴⁸⁸. Por meio do uso da inteligência artificial, modelos de argumentação e de conflitos podem ser aplicados para economizar tempo significativo de análise, mormente em face da similaridade das lides.

No bojo desta tessitura digital, já há instrumentário à aplicação da *legal prediction*, *id est*, aplicativos de previsão das decisões judiciais com base no acesso a dados *online*, a documentos e a pesquisas jurídicas, sobremaneira defronte ao aumento de decisões administrativas e judiciais automatizadas⁴⁸⁹. Espera-se que, no âmbito da advocacia, os grandes escritórios tendam a ter mais trabalho e oportunidades de ganho, enquanto os pequenos

⁴⁸⁴ Algoritmos, ou sistemas algorítmicos, são regras para solver problemas. Nos tempos atuais, a sociedade da informação e do conhecimento confere um crescente grau de importância às regras técnicas contidas nos algoritmos digitais, e sua conversão em códigos, com vistas a influência do comportamento humano, da ordem e do desenvolvimento social. Dessarte, e em última análise, os algoritmos servem para moldar a nossa vida diária e nossas realidades. Cf., HOFFMANN-RIEM., op. cit., p. 35.

⁴⁸⁵ Os assim designados *Big Data* se referem ao modo de utilização das técnicas digitais, que pressupõe o emprego de grandes e diversificadas quantidades de dados, assim como às diversas possibilidades de armazenamento, de aplicação conjunta, classificação, avaliação e processamento por órgãos públicos e privados em diferentes contextos. Os *Big Data* são comumente caracterizados pelos 5 “Vs”, a saber: a) High Volume; b) High Variety; c) High Velocity; d) Veracity; e) Value. Cf., por todos, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation – Herausforderungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 37 e ss.

⁴⁸⁶ Em termos conceituais, a inteligência artificial é referida como as tecnologias que automatizam o processamento de vastas quantidades de dados, bem como processos que imitam a cognição humana e chegam a novas decisões sobre resultados. Os sistemas de decisão automatizados processam informações na forma de dados de entrada, usando um algoritmo para gerar uma saída. Cf., MOLNAR, Petra. *Technology on the Margins: AI and Global Migration Management from a Human Rights Perspective*, in: *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2019. p. 310.

⁴⁸⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 32 e ss.

⁴⁸⁸ Cf., *par excellence*, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 244.

⁴⁸⁹ *Ibidem.*, p. 245.

escritórios sejam orientados para a especialização em “casos menores”. A utilização de técnicas digitais em relação ao Direito não está limitada apenas ao exercício profissional dos juristas. Muitas pessoas leigas se beneficiam de atividades jurídicas relevantes através das técnicas de auxílio digital, tanto pelo acesso de informações na Internet, em especial pelos modelos de contratos, quanto por serviços de base digital, que substituem os serviços oferecidos pelos juristas profissionais.

O fenômeno da *digitalização* no Direito tende a propiciar vantagens como eficiência e efetividade desde a elaboração e manejo de saberes estandardizados⁴⁹⁰. Outrossim, primordialmente mostra-se a identificação *ex ante* dos riscos concretos decorrentes da utilização das novas tecnologias, sobretudo na tutela holística dos direitos humanos fundamentais. A inteligência artificial tem o potencial de desenvolver a maneira como os governos gerenciam a migração internacional, em especial para executar tarefas como verificação de identidade, entrada/saída de uma pessoa de/para um Estado, questões de segurança (nacional), análise de solicitações de visto para migrantes e dados sobre solicitantes de asilo/refúgio, bem como em relação ao procedimento designado na União Europeia de *Dublin*⁴⁹¹. O tema das decisões automatizadas com uso de IA tem repercussões jurídicas, uma vez que as múltiplas possibilidades do uso de sistemas decisórios podem atingir direitos humanos fundamentais, incluindo direitos à igualdade e à não discriminação, liberdade de locomoção, expressão, religião e associação; privacidade, intimidade, vida, liberdade e segurança dos indivíduos, bem como entrelaça-se com questões constitucionais e administrativas; acesso à justiça, responsabilidade estatal e do setor privado, capacidade de gestão pública e governamental, regulação e autorregulamentação, em perspectiva global⁴⁹².

⁴⁹⁰ BREIDENBACH, S.; GLATZ, F. *Digitalisierung des Rechts*, in: beck.digitax 2020, p. 18 e ss.

⁴⁹¹ O procedimento migratório cognominado *Dublin* (Dublin-Verfahren) constitui-se numa parte central do Sistema Europeu Comum de Asilo (GEAS). Tal procedimento utiliza critérios objetivos para determinar qual Estado-membro europeu é responsável pelo processamento de uma solicitação de asilo. O objetivo do procedimento é garantir que cada pedido de asilo seja examinado (apenas) uma vez na União Europeia. O procedimento é regido pelo "*Regulamento Dublin III*" europeu (Regulamento da UE nº 640/2013), que se aplica a todos os Estados-membros da UE, bem como à Suíça, Noruega, Liechtenstein e Islândia. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/dach/de/was-wir-tun/asyl-in-europa/dublin-verfahren>>. Acesso aos 04.07.2024.

⁴⁹² PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e Inteligência Artificial na (não) Redução de Desigualdades Globais: Decisões Automatizadas na Imigração e Sistemas de Refugiados, in: *Revista Direitos Culturais*, v. 15, n. 37, set/dez. 2020. p. 309.

5.1 Novas Tecnologias e o Controle do Fluxo Migratório

O discurso autoritativo de limitação dos fluxos migratórios em função do nacionalismo exacerbado vem acompanhado pelo uso generalizado das novas tecnologias no controle migratório, *maxime* nos aeroportos e nos postos alfandegários. O ponto nodal mais sensível concernente à *digitalização* no controle migratório é a substituição das decisões humanas por decisões automatizadas, especialmente pelo uso de *machine learning*, inteligência artificial e análises preditivas⁴⁹³. Como já sinalado *aliunde*, esta quarta revolução industrial, que começou na virada do século, baseia-se numa internet móvel e onipresente, pequenos sensores altamente performáticos, cujos custos de produção caíram significativamente nos últimos anos, assim como na inteligência artificial e no aprendizado por máquinas⁴⁹⁴. O cimo das preocupações refere-se, em primeira linha, à coleta e tratamento massivos de dados pessoais – *Big Data* – e a substituição do Estado por algoritmos na tomada de decisões em matéria de direitos humanos.

A elucubração de decisões automatizadas, sem interferência *a priori* de humanos, tende a por em xeque o grau de *legitimidade* democrática e de *accountability*, porquanto se torna evanescente a responsabilidade (e a própria existência) do agente decisor. Esses sistemas processam informações na forma de entrada dados (*data input*), usando um algoritmo para gerar uma saída (*output*). Na sua forma mais rudimentar, um algoritmo, *ad exemplum*, pode ser elucubrado como um conjunto sistêmico de instruções, como uma receita que tem a capacidade de aprender “sozinho”. Os dados que o algoritmo utiliza para aprender são variados e multifacetados, e podem ser um conjunto de jurisprudência, uma coleção de fotografias ou mesmo uma base de dados de estatísticas, algumas ou todas pré-categorizadas com base nos critérios do *designer*. Essas tecnologias, via de consequência, podem ser utilizadas de várias maneiras em diferentes facetas da “gestão da migração”⁴⁹⁵.

As novas tecnologias *automatizadas* de tomada de decisão requerem *a priori* grandes quantidades de dados (pessoais e não-pessoais), a partir dos quais elas possam aprender de modo autônomo. Nesta senda, vários projetos das Nações Unidas (ONU) dependem, cada vez mais, de conjuntos sistemáticos de dados extremamente grandes – “*big data*” – para prever os movimentos populacionais durante e após os conflitos ou desastres naturais, bem como para prestar ajuda humanitária de modo mais eficiente. Porém, a coleta de dados não é um exercício

⁴⁹³ MOLNAR, Petra. New Technologies in Migration: Humans Rights Impacts, in: *Forced Migration Review*, n. 61, 2019.

⁴⁹⁴ SCHWAB, Klaus. *Die Vierte Industrielle Revolution*. München: Pantheon Verlag, 2016. p. 17.

⁴⁹⁵ MOLNAR, *op. cit.*, p. 7.

neutro e *apolítico*, mormente quando atores poderosos intervêm, como Estados ou organizações internacionais, que tratam dados informativos sobre pessoas em regra vulneráveis, sem quaisquer métodos regulamentados de supervisão e responsabilização.

Neste cipoal oriundo do uso indiscriminado das novas tecnologias, exsurge a problemática do consentimento livre e informado, sobremaneira pela irrupção abrupta da coleta ingente de dados biométricos para os mais variados escopos. Na Jordânia, por exemplo, os refugiados sírios já têm suas íris escaneadas à maneira de receberem as rações alimentares diárias⁴⁹⁶.

No mundo digital, inexistem homizio, ou controlabilidade *ex post facto*, para os dados coletados e tratados. Portanto, condicionar o consentimento dos refugiados em ceder os seus dados pessoais ao recebimento de alimentação, ou de eletricidade e moradia, fulmina a “liberdade” de tal assenso, tornando-o imperativo e irrefragável. Uma preocupação adicional radica no crescente papel do setor privado na coleta, tratamento e armazenamento desses dados. A título exemplificativo, o Programa Mundial de Alimentos (*The World Food Programme*) recentemente assinou um contrato de US\$ 45 milhões de dólares com a *Palantir Technologies*, uma empresa privada que tem sido severamente criticada por fornecer a tecnologia que apoia os programas de detenção e deportação pela Imigração e Alfândega dos EUA (ICE)⁴⁹⁷. O que acontecerá com os dados de milhões de beneficiários de auxílio quando compartilhados com a empresa *Palantir*? Ainda não resta cristalino se os titulares de tais dados poderão recusar o compartilhamento *a posteriori* dos seus dados coletados, ou se haverá um modelo padrão de responsabilidade e transparência para o compartilhamento de dados já coletados e tratados.

Para atenuar os efeitos deletérios dimanantes da ausência regulamentar no uso indiscriminado das novas tecnologias no campo migratório, os Estados devem criar e reforçar mecanismos específicos de supervisão, como, por exemplo:

- a) Comprometer-se com a transparência e reportar publicamente quais meios tecnológicos estão sendo desenvolvidos e empregados no controle migratório;

⁴⁹⁶ Por intermédio de uma parceria institucional com o *Cairo Amman Bank*, a Jordânia é o primeiro país do mundo a utilizar a tecnologia de leitura da íris para permitir que os refugiados sírios tenham acesso aos seus fundos sem a necessidade de um cartão bancário ou código PIN. Atualmente, cerca de 23 mil famílias sírias que vivem em áreas urbanas na Jordânia se beneficiam de assistência monetária mensal. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/news/stories/iris-scan-system-provides-cash-lifeline-syrian-refugees-jordan>>. Acesso aos 25.06.2024.

⁴⁹⁷ Disponível em: <<https://www.wfp.org/news/palantir-and-wfp-partner-help-transform-global-humanitarian-delivery>>. Acesso aos 25.06.2024.

- b) Adotar leis e diretivas vinculantes que atendam as obrigações de proteção internacional de direitos humanos;
- c) Estabelecer um órgão independente para supervisionar e revisar todas as tecnologias automatizadas utilizadas na gestão do controle migratório;
- d) Promover conversas e interações entre políticos, acadêmicos, técnicos e sociedade civil sobre os riscos e as possibilidades no uso das novas tecnologias⁴⁹⁸.

À maneira de contextualização, o controle global da gestão migratória (governança global da migração) já é uma realidade palpável. Consoante a profa. *Petra Molnar*, da Universidade de Toronto/Canadá, um número inaudito de pessoas está em movimento devido a conflitos, instabilidade, fatores ambientais e razões econômicas, sobrecarregando os Estados receptores em termos de recursos, e desafiando *pari passu* a fiscalização das fronteiras e a segurança nacional. Via de consequência, muitos Estados e organizações internacionais envolvidos na gestão da migração estão desenvolvendo experiências tecnológicas em vários domínios, como o fortalecimento das fronteiras, a tomada de decisões e a prospecção de dados. Nada obstante, toda esta experimentação ocorre num espaço extensamente desregulamentado, com mecanismos de supervisão e governança débeis, impulsionados pela inovação e interesse ingente do setor econômico privado. Malgrado surjam discussões em torno da regulamentação adequada, a experimentação tecnológica na governança global migratória ocorre em espaços opacos, onde a responsabilização do Estado é fraca⁴⁹⁹.

Interessante ponderar nesta nova esfera de vigilância, que as novas tecnologias, como análise de dados biométricos, *big data* e inteligência artificial nos aeroportos estão sendo correntemente empregadas para todos os migrantes, e não apenas ao grupo constricto de refugiados, sem um mecanismo apropriado de controle e responsabilização⁵⁰⁰. A introdução

⁴⁹⁸ Cf. *par excellence*, MOLNAR, Petra. New Technologies in Migration: Humans Rights Impacts, in: *Forced Migration Review*, n. 61, 2019. p. 9.

⁴⁹⁹ MOLNAR, Petra. Technology on the Margins: AI and Global Migration Management from a Human Rights Perspective, in: *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2019. p. 306.

⁵⁰⁰ *Ibidem.*, p. 307. Empresas privadas de tecnologia já estão testando novos mecanismos digitais de controle como, por exemplo, o projeto *iBorderCtrl* no contexto da União Europeia. O objetivo primacial do *iBorderCtrl* é de contribuir para um desenvolvimento de tecnologias que pudessem acelerar os processos de travessia de fronteira e, ao mesmo tempo, aumentar a segurança e a confiança em relação às verificações de controle fronteiriço. O *iBorderCtrl* vem testando um sistema abrangente que permite o pré-registro dos migrantes, e que os operadores usem unidades portáteis nos pontos de passagem da fronteira terrestre: estradas, passarelas e estações de trem. Os objetivos específicos são de investigar como a solução proposta poderia a) aumentar significativamente a eficiência e a segurança em termos

sistemática de novas tecnologias no âmbito migratório afeta tanto os procedimentos de afluxo de migrantes *per se*, quanto os resultados práticos associados às decisões que, de outra forma, seriam tomadas por órgãos administrativos, oficiais de imigração, agentes de fronteira, analistas e outros funcionários normalmente responsáveis pela administração dos sistemas de imigração e de refugiados, pela fiscalização das fronteiras e pelo gerenciamento de respostas aos migrantes. A tecnologia vem se desenvolvendo em um ritmo acelerado e sem precedentes, e os Estados estão envolvidos em uma corrida internacional pela liderança em Inteligência Artificial⁵⁰¹.

A irrupção desta nova ambiência digital engendra novos sistemas de decisão automatizados, à medida que processam informações na forma de dados de entrada, usando um algoritmo para gerar uma saída. O algoritmo, que desempenha um papel central nesta novel arquitetura decisória, pode ser concebido como um conjunto de instruções gerais, isto é, como uma “receita” composta de etapas previamente programáveis, de modo a organizar e agir em um conjunto de dados para alcançar rapidamente um resultado adremente desejado. Alguns algoritmos são “treinados” usando um grande conjunto de dados existentes, o que permite que o algoritmo classifique e generalize além dos exemplos do conjunto de treinamento. Os dados de treinamento, dessarte, podem ser, por exemplo, um conjunto de jurisprudência, uma coleção de fotografias ou um banco de dados de estatísticas pré-categorizados ou rotulados com base nos critérios “aleatórios” do *designer*⁵⁰².

Em regra, os chamados *algoritmos digitais* têm sido criticados por sua opacidade e ausência de compliance; assim, seriam *a priori* “caixas pretas/black boxes”. Isso se deve ao fato

de fluxo de migrantes e menos travessias ilegais; b) reduzir o custo e o tempo na fronteira, permitindo o uso de dispositivos pessoais para migrantes e unidades portáteis para operadores; c) introduzir uma etapa de pré-registro para informar melhor os migrantes sobre seus direitos, os procedimentos de viagem e os dados coletados de acordo com os requisitos legais nacionais e da União Europeia; d) reduzir a carga de trabalho e os erros subjetivos dos agentes humanos; e) aumentar o controle objetivo com meios automatizados que não são invasivos e não consomem tempo; f) fornecer uma plataforma de controle de fronteira terrestre mais robusta e eficiente.

Disponível em: <<https://cordis.europa.eu/project/id/700626/reporting>>. Acesso aos 01.07.224.

⁵⁰¹ A corrida para se tornar o líder global em inteligência artificial (IA) começou oficialmente. Nos últimos quinze meses, o Canadá, a China, a Dinamarca, a Comissão da UE, a Finlândia, a França, a Índia, a Itália, o Japão, o México, a região nórdico-báltica, Cingapura, a Coreia do Sul, a Suécia, Taiwan, os Emirados Árabes Unidos e o Reino Unido lançaram estratégias para promover o uso e o desenvolvimento da IA. Não há duas estratégias iguais, e cada uma delas se concentra em diferentes aspectos da política de IA: pesquisa científica, desenvolvimento de talentos, habilidades e educação, adoção pelos setores público e privado, ética e inclusão, padrões e regulamentações, e dados e infraestrutura digital. Disponível em: <<https://medium.com/politics-ai/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd>>. Acesso aos 01.07.2024.

⁵⁰² Para o tema da configuração por *design*, v. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Recht im Sog der Digitalen Transformation – Herausforderungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 143 e ss.

de que o *código-fonte* de um algoritmo, seus dados de treinamento ou outros dados de entrada (*input*) podem ser considerados como propriedade privada, à revelia do escrutínio público, com base na legislação de propriedade intelectual, ou mesmo como ativos comerciais confidenciais. Além disso, quando os algoritmos são usados em questões de imigração e refugiados, e formam um vínculo com questões relacionadas à *segurança nacional*, tanto os dados de entrada (*input*) quanto o *código-fonte* igualmente podem ser classificados como confidenciais⁵⁰³.

Neste contexto, uma vez que os dados de entrada não podem ser examinados minuciosamente para compreender como o algoritmo começa a tomar decisões, interagir e melhorar a si mesmo de maneiras imprevisíveis ou ininteligíveis, sua lógica interna se torna cada vez menos compreensível e controlável para a supervisão humana. Uma das principais preocupações com o fato de não ser possível examinar e criticar a tomada de decisões automatizadas é a introdução de critérios preconceituosos. Os dados de treinamento podem ser moldados pela ação humana direta ou indiretamente, bem como por conceitos pré-existentes, ou quando variáveis, aparentemente não-discriminatórias, se tornam "sucedâneos" de outras categorias, como códigos postais que podem servir como indicadores para preconceitos econômicos, raciais ou de nacionalidade⁵⁰⁴. Nos Estados Unidos, *ad exemplum*, o algoritmo denominado *COMPAS*, usado para prever a probabilidade de reincidência em matéria criminal, foi amplamente criticado por recomendar falsamente a indivíduos negros sentenças mais altas do que a infratores brancos⁵⁰⁵.

Mutatis Mutandis, tais preconceitos e discriminações podem ocorrer no próprio transcurso migratório. A título de exemplo, nos aeroportos da Hungria, Letônia e Grécia, um novo projeto-piloto de uma empresa chamada *iBorderCtrl* introduziu detectores de mentiras com tecnologia de IA nos postos de controle de fronteira. Desta forma, os rostos dos passageiros serão monitorados em busca de sinais de mentira e, se o sistema se tornar mais "cético" por meio de uma série de perguntas cada vez mais complicadas, a pessoa será selecionada para uma triagem adicional por um funcionário humano. No entanto, não está claro como esse sistema será capaz de lidar com diferenças culturais na comunicação, ou levar em conta o trauma e seus efeitos sobre a memória, como ao lidar com um requerente de refúgio traumatizado. As solicitações de refúgio e imigração são repletas de nuances e complexidade, qualidades que

⁵⁰³ MOLNAR, Petra. Technology on the Margins: AI and Global Migration Management from a Human Rights Perspective, in: *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2019. p. 310.

⁵⁰⁴ Cf., ZLATESCU, Irina; BUCUR-IOAN, Alexandra. Current Challenges on Migration, Artificial Intelligence and the Covid-19 Pandemic, in: *Fiat Iustitia*, n. 2, 2020. p. 32.

⁵⁰⁵ Cf., Helsinki Institute for Information Technology. Disponível em: < <https://www.hiit.fi/fairness-and-bias-of-the-compas-algorithm-compared-to-human-assessments/>>. Acesso aos 03.07.2024.

podem ser perdidas em tecnologias automatizadas, levando a graves violações de direitos humanos protegidos internacional e internamente na forma de preconceito, discriminação, violações de privacidade e questões de devido processo legal e justiça processual, dentre outros⁵⁰⁶.

5.2 A Proteção dos Dados Pessoais no Contexto Migratório Internacional

A tutela jurídica dos dados pessoais traduz *per se* uma finalidade do Estado de Direito e um dever constitucional adstrito à garantia da dignidade humana e dos direitos fundamentais⁵⁰⁷. Uma vez que as novas tecnologias pressupõem o armazenamento e o tratamento de grandes quantidades de dados – *Big Data* – (v. acima, nota de rodapé n. 451), pessoais e não-pessoais, e que a esfera migratória pressupõe o processamento *transnacional* de dados pessoais, o potencial de risco *a fortiori* recrudesce, em especial ao direito à igualdade, à privacidade, à liberdade de locomoção e à autodeterminação informativa.

Com apenas uma única aplicação de inteligência artificial, direitos fundamentais podem ser afetados largamente. Nesse compasso, é necessário destacar a necessidade de se chegar a um consenso sobre às referências éticas (e jurídicas) a partir das quais se pode confrontar a regulamentação da inteligência artificial e da robótica⁵⁰⁸. O aprendizado de máquina é descrito como "um campo da ciência da computação que dá a uma máquina a capacidade de aprender" – *Machine Learning*. De fato, o aprendizado de máquina é considerado um sub-ramo da Inteligência Artificial (IA). Nos últimos anos, o aumento do *big data* e da computação em nuvem – *cloud computing* – permitem que os especialistas em IA e, especificamente, especialistas em aprendizado de máquina “mergulhem” profundamente nos dados e extraiam conhecimento a partir deles usando algoritmos⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ MOLNAR, Petra. Technology on the Margins: AI and Global Migration Management from a Human Rights Perspective, in: *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2019. p. 316.

⁵⁰⁷ No contexto constitucional brasileiro, o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, foi inserido por intermédio da emenda constitucional n. 115, de 2022 (art. 5º, inciso LXXIX, da CF/88).

⁵⁰⁸ ASÍS, Rafael de. Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, in: *Materiales de Filosofía del Derecho*, n. 2020/04, Universidad Carlos III de Madrid.

⁵⁰⁹ IMAN, Hosseini Seyed; TARASYEV, Alexandr. Machine Learning Methods in Individual Behavior, in: *Business Informatics and Mathematical Modeling in The Digital Economy*. LLC Publishing office EMC UPI, 2018. p. 72 e ss.

As informações concernentes aos migrantes têm impacto ingente na política estatal no mercado de trabalho. Afirma-se que o influxo incontrolável de mão de obra estrangeira (em regra, precária) em um determinado país reduz severamente o salário relativo dos trabalhadores locais em virtude do aumento do nível de concorrência entre os migrantes, argumento este usado amiúde em pleitos eleitorais. As redes internacionais de migração ajudam a propagar informações sobre as condições de vida e a situação do mercado de trabalho em diferentes países, e ajudam os migrantes a encontrarem emprego nessas redes de informação. Como resultado, a redistribuição migratória, que pode ser alicerçada com auxílio da Inteligência artificial, ajudaria em tese a regular os salários e a estabilizar o mercado de trabalho global de duas maneiras: a) diretamente, por meio da redução da oferta no mercado de trabalho do país com excesso de mão de obra, b) e indiretamente, por meio das transferências (remessas) internacionais de dinheiro feitas pelos migrantes a países de baixa-renda⁵¹⁰.

Os dados (digitais) são compreendidos, a partir da literatura teórica da informação, como sinais ou símbolos para mensagens, que são formalizáveis e reproduzíveis, bem como facilmente transportáveis com a ajuda de meios técnicos apropriados⁵¹¹. Os dados *per se* não possuem um sentido próprio. São apenas portadores de informações, isto é, de informações codificadas.

A partir do ano de 2018, o STF vem atuando no sentido de criar um direito fundamental (autônomo) à proteção de dados pessoais, e moldar, no direito constitucional brasileiro, um direito fundamental à autodeterminação informativa, a exemplo da doutrina e jurisprudência alemã⁵¹². Neste compasso, foram três as decisões mais significativas sobre o tema, a saber a Medida Cautelar em Mandado de Segurança 36150, julgada pelo ministro relator Roberto Barroso, que, em linhas gerais, suspendeu a ordem de compartilhamento de dados do INEP (Instituto Educacional Anísio Teixeira) proferida em acórdão do TCU para fins de auditoria do programa Bolsa Família. Neste caso, os dados de alunos colhidos através do ENEM e do Censo escolar foram protegidos face uma medida estatal de controle interno de políticas públicas⁵¹³.

⁵¹⁰ *Ibidem.*, p. 79.

⁵¹¹ HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 32.

⁵¹² Cf., *par excellence*, FUHRMANN, Italo Roberto. Vigilância e Liberdade de Comunicação na Era Digital à Luz da atual Jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, in: *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, 21(1). 2024.

⁵¹³ Tal decisão cautelar foi confirmada pela primeira turma do STF por ocasião do julgamento do agravo em Mandado de Segurança 36150, em 10 de outubro de 2022.

Outra decisão relevante foi a ADI 6393, com grande repercussão nacional, inclusive em termos midiáticos, abordando o caso da Medida Provisória 954/2020⁵¹⁴, que autorizava o compartilhamento de dados de usuários de telefonia móvel e fixa com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A decisão foi proferida em sede de julgamento monocrático pela min. Rosa Weber, que, de modo expresso, vedou, cautelarmente, o acesso aos dados pessoais cadastrados nas empresas de telefonia, ainda que o objetivo governamental fosse de combate à pandemia da Covid-19 no sentido da tutela coletiva da saúde.

Finalmente, cite-se o *decisum* ADPF 695, cuja relatoria coube ao min. Gilmar Mendes, na qual foi suspenso o compartilhamento de dados referentes a carteira nacional de habilitação de 76 milhões de brasileiros cadastrados pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) à Agência Brasileira de Inteligência (Abin).

A partir destas três decisões referenciais do STF, podemos sinalar que no Brasil, pela via da criação jurisprudencial, contamos com um direito fundamental à autodeterminação informativa e à proteção qualificada dos dados pessoais, lastreado pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor no ano de 2020. Defronte a emenda constitucional n. 115, de 2022, a proteção dos dados pessoais se tornou um direito fundamental (formal e material) na Constituição brasileira de 1988, cláusula pétreia, parâmetro para o controle de constitucionalidade e passível de judicialização, individual e coletiva. A emenda constitucional n. 115 ainda estipula que é de competência privativa da União legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais⁵¹⁵.

Na esfera normativa internacional, *maxime* da União Europeia, os dados pessoais, enquanto direitos humanos fundamentais, são objeto de holística regulamentação supranacional. A Resolução Europeia para a Proteção de Dados (DSGVO), em vigor no bloco desde 24 de maio de 2016, unificou o regramento jurídico dos dados pessoais, independentemente do país em que são coletados e tratados. Dessarte, consoante o art. 4º da Resolução, são dignas de tutela *todas informaciones* relacionada a uma pessoa física identificada ou identificável, isto é, o "titular dos dados", que, em última análise, pode ser identificado, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como, por exemplo, um

⁵¹⁴ No âmbito do julgamento, o STF suspendeu a eficácia da MP 954/2020. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/08/stf-suspende-eficacia-de-mp-sobre-compartilhamento-de-cadastrados-telefonicos-com-o-ibge>>. Acesso aos 05.04.2024. A vigência da MP encerrou na data do dia 14 de agosto de 2020.

⁵¹⁵ Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais>. Acesso na data do dia 05.04.2024.

nome, um número de identificação, dados de localização, um identificador *on-line* ou a um ou mais fatores específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social.

No plano jurídico e institucional da União Europeia, a proteção dos dados pessoais é orientada desde as seguintes diretrizes normativas vinculantes, *ad litteram*:

- a) tratados de forma legal, justa e compreensível para o titular dos dados ("legalidade, justiça e transparência");
- b) coletados para finalidades específicas, explícitas e legítimas, e não serão processados *a posteriori* de maneira incompatível com tais finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivamento de interesse público, pesquisa científica ou histórica, ou fins estatísticos, não será considerado incompatível com as finalidades iniciais "limitação de finalidade";
- c) serem adequados, relevantes e limitados ao que for estritamente necessário para os fins do tratamento "*Datenminimierung*";
- d) serem precisos e, quando necessário, atualizados; todas as medidas razoáveis devem ser tomadas para garantir que os dados pessoais imprecisos, considerando as finalidades para as quais são processados, sejam apagados ou retificados sem demora "precisão";
- e) armazenados de forma a permitir a identificação dos titulares dos dados por um período que não exceda o necessário para as finalidades do tratamento; os dados pessoais podem ser armazenados por períodos mais longos, desde que sejam processados exclusivamente para fins de arquivamento de interesse público, para fins de pesquisa científica ou histórica ou para fins estatísticos, sujeito à implementação de medidas técnicas e organizacionais adequadas para proteger os direitos e liberdades do titular dos dados "limitação de armazenamento";
- f) processados de forma a garantir a segurança adequada dos dados pessoais, incluindo proteção contra tratamento não autorizado ou ilegal e contra perda, destruição ou dano acidental, usando medidas técnicas e organizacionais adequadas "integridade e confidencialidade";

O Direito internacional migratório, *ipso juri*, está holisticamente jungido às diretrizes do direito comunitário supranacional, e, portanto, deve incorporar a proteção dos dados pessoais dos migrantes, independente do país da coleta e tratamento, mormente em face da transparência, da limitação da finalidade, da minimização dos dados “*Datenminimierung*”, da precisão, da limitação do armazenamento e da integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos. O direito à autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*) alcança conseqüentemente a figura do migrante refugiado, cujos dados, pessoais e não pessoais, não estão ao livre talante e alvedrio do Estado, das Instituições e Órgãos internacionais e de empresas privadas que, a rigor, buscam lucros e dividendos com base na coleta de dados.

Desta feita, se torna premente a vinculação dos agentes estatais e privados que atualmente estão empregando as novas tecnologias, *maxime* a inteligência artificial, para controlar e sistematizar o fluxo de migrantes em escala global. Avulta, a rigor, a problemática adstrita ao “livre” e “informado” consentimento do migrante refugiado para a coleta e tratamento dos seus dados pessoais, muitas vezes condicionado ao recebimento de ajuda humanitária essencial e urgente, como alimentação e moradia, bem como para a manutenção da própria existência quando instado a deixar o seu país por perseguições ou graves e generalizadas violações de direitos humanos.

6 Conclusão e Perspectivas

À maneira de conclusão, esquadrihar o campo analítico e dogmático do Direito Internacional Migratório, como ciência autônoma, no âmago de uma pesquisa de direito comparado, suscita um leque amplíssimo e desafiador de dados, questionamentos, orientações políticas, dispositivos legais e jurisprudências de distintos jaezes. A sobreposição normativa e as diferentes culturas jurídicas complexificam o fenômeno atual da migração, em especial do refúgio, requerendo uma análise técnica e dogmática, em termos metodológicos, para solver, no campo jurídico, a premente *questão migratória*. Como formulado por *Josef Esser*, a relação entre Estado e Direito, e do primado do Direito Internacional Público, é a questão mais profunda acerca das fontes da vinculatividade do direito estatal⁵¹⁶.

Nos contextos europeu e interamericano, avultam, *par excellence*, conforme escolha das próprias Cortes como definições de *standards* na matéria, os julgados *Hirsi jamaa and Others v. Italy*, n. 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012 e o caso *Personas Dominicanas y Hatianas Expulsadas v. República Dominicana*, de 28 de agosto de 2014, cujas razões decisórias – *ratio decidendi* – vinculam objetivamente todos os países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, respectivamente, incluindo a Alemanha e o Brasil.

Com o desiderato de evitar o menoscabo da condição jurídica e existencial do migrante, *maxime* o migrante refugiado, em termos de um *déficit* protetivo em comparação com os parâmetros já sedimentados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto no plano europeu, quanto na dimensão interamericana, foram gizados analiticamente os seguintes arquétipos mínimos (*Standards*) de tutela do refugiado: a) proscrição *absoluta* das expulsões coletivas, mesmo que o refugiado ainda não tenha ingressado fisicamente no território de destino; b) direito de acesso amplo às instâncias administrativas do Estado de destino para a solicitação do refúgio, mediante a facilitação e simplificação da defesa administrativa e judicial; c) direito à informação, ampla defesa e devido processo legal; d) direito de reunião familiar, ainda que os membros da família não detenham a nacionalidade do país de destino; e) direito a não ser deportado/expulso a Estado onde a vida e a integridade física do refugiado estejam ameaçadas – *non-refoulement*; f) reconhecimento pelo Estado de destino da condição de refugiado, independentemente da existência de solicitação formal neste sentido; g) garantia de

⁵¹⁶ ESSER, Josef. *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie. Wien: Springer Verlag, 1949. p. 113-4.

proteção especial às necessidades específicas das crianças, dos idosos, das vítimas de tráfico de seres humanos, das pessoas que necessitem de assistência médica urgente, e das que se encontrem, por outros motivos, em situação de vulnerabilidade extrema, e h) proibição de triagem sem prazo e cronograma previamente definidos para alocação (e confinamento) de migrantes em campos de refúgio.

Dessarte, desde uma contrastação analítica dos *standards* internacionais de tutela do refugiado e as legislações internas do Brasil e da Alemanha, isto é, a Lei de Migração brasileira (Lei n. 13.445/17) e a Lei do Refúgio (9.474/97), e a Lei de Imigração alemã (ZuwandG) c/c a Lei de Asilo alemã (AsylG), constatou-se que há algumas assimetrias e incongruências graves, que impactam negativamente na condição jurídica do migrante refugiado nestes países, obnubilando a existência de um direito fundamental ao refúgio amplo, suficiente e adequado, na esteira da preceituação dos standards regionais de direitos humanos. Uma alternativa factível seria, outrossim, a reforma constitucional, tanto na Alemanha, quanto no Brasil, de modo a prever, constitucionalmente, o direito fundamental ao refúgio, *autônomo, amplo, vinculativo e suficiente*, apartando-se de uma mera benesse ou concessão estatal submetida aos interesses políticos e de ordem pública.

Inicialmente, a legislação interna brasileira não prevê, *de modo expresse*, a proibição de expulsão coletiva, especialmente na Lei nacional sobre refúgio (n. 9474/97), estando, desta forma, ao livre alvedrio político de conveniência, bem como não prevê, em termos legais, um amplo acesso às instâncias administrativas e judiciais (incluindo recursos) para o requerimento de refúgio, nem a possibilidade de reconhecimento *ex officio* defronte uma situação clara e objetiva de refúgio que prescindia de um requerimento protocolar formal, ou mesmo da manifestação expressa da pessoa em situação concreta e premente de vulnerabilidade extrema. A assistência jurídica, consular e de tradução também não estão previstas na lei nacional. Dessarte, a lei brasileira, máxime a do refúgio, é omissa, e neste sentido deficitária concernente ao sistema supranacional de tutela dos direitos humanos, quanto ao reconhecimento automático da situação de refúgio, ainda que ausente requerimento expresse pelo migrante.

Tal lapso, intencional ou não, impacta sobremaneira a condição jurídica do migrante refugiado, porquanto a falta de informação e ausência de conhecimento do idioma obstaculizam sobremaneira a integração do refugiado no país de destino. Por fim, em especial o Decreto 9.199/17, retoma um viés de *criminalização do estrangeiro* e dificulta a sua integração social (e laboral) e participação política ativa, indo de encontro com a própria lei de migração brasileira. Alfim, a lei de refúgio brasileira contraria a tutela internacional dos direitos humanos na medida que faculta a expulsão do refugiado do território nacional, regularmente registrado,

por motivos de segurança nacional ou de ordem pública (art. 36, *caput*, da Lei n. 9474/97), motivos deveras abstratos e com alto nível de discricionariedade política, deturpando a noção de vinculatividade jurídico-normativa estrita dos *standards* internacionais do Direito Migratório.

Na contextura legislativa e jurisprudencial alemã, em contraste com os *standards* mínimos de tutela dos refugiados, inexistente uma proscrição absoluta *expressa* de expulsões coletivizadas, e o reconhecimento direto e automático da condição de refúgio para o evitamento da deportação por mera irregularidade documental ou falta de informação e conhecimento do requerente em situação de vulnerabilidade extrema.

Ainda remanesce no Direito alemão um alto nível de discricionariedade política, própria da noção tradicional (e obsoleta) de *soberania*, para o reconhecimento da condição de refugiado, conjugado com os interesses políticos (eleitorais) e econômicos momentâneos. Ademais, a legislação alemã não prevê a tutela especial dos refugiados em situação de vulnerabilidade extrema, como idosos, crianças e necessitados de assistência médica urgente. A manutenção de imigrantes em campos de refugiados, sem prazo e cronogramas de triagem previamente definidos, igualmente viola os *standards* internacionais de tutela dos refugiados, porquanto obstaculiza a integração social e cultural dos imigrantes, bem como viola a liberdade de locomoção por razões de nacionalidade.

Em termos jurisprudenciais das Cortes Constitucionais, tanto o STF, quanto o BverfG, proscreveram a possibilidade eventual de fechamento de fronteiras para solver a questão migratória, mesmo em situações graves, inclusive no contexto da inaudita crise de saúde pública eclodida pela COVID-19. Ademais, há mister de colacionar o importante *standard* da Corte IDH, segundo o qual os migrantes indocumentados devem auferir a mesma proteção jurídica-estatal dos nacionais, quando em jogo a tutela dos direitos fundamentais trabalhistas, e dos demais direitos fundamentais cuja vinculação estreita e angusta com o princípio da dignidade da pessoa humana obste a irrogação de critérios distintivos e discriminatórios para fins de Direito migratório (Opinião Consultiva OC-18/03).

No âmbito dogmático do Direito Internacional Público, malgrado a existência de inúmeros instrumentos normativos de tutela do migrante refugiado, impende, a título de clareza conceitual, a proposição de um conceito abrangente, e que, em última análise, ancore o direito do refugiado aos patamares do Direito Internacional, conferindo autonomia em relação ao Estado de destino. Desta feita, o direito autônomo ao refúgio é *um direito humano e fundamental de qualquer pessoa em situação de perseguição, concreta ou temida, em virtude da sua etnia, grupo social, opinião política, orientação sexual, religião, nacionalidade, ou por*

crises climáticas e violações generalizadas de direitos humanos, independentemente de critérios subjetivos estatais para fins concessivos, de ser acolhida e integrada socialmente em Estado diverso da sua nacionalidade ou da sua habitual residência.

No que se refere aos *standards* internacionais de tutela, com o desiderato último de conferir legitimidade e factibilidade jurídica, inclusive para fins de controle jurisdicional de convencionalidade, impende conceituar, em termos analíticos, a essência normativa dos *standards* no Direito Internacional Público. Destarte, embora haja uma cornucópia de normas jurídicas de distintos jaezes no plano nacional e internacional, podemos conceituar, em especial, os *standards internacionais* de proteção dos direitos humanos, com supedâneo no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como *arquétipos jurídico-normativos mínimos de tutela dos direitos humanos, de vinculação jurídico-política imperativa, aptos a anularem ou a modificarem os ordenamentos jurídicos e as políticas públicas internas dos Estados, e a orientar e a fundamentar as decisões judiciais e as proposições legislativas, nacionais e internacionais, constituídos de tratados, convenções, costumes e decisões judiciais, compreendidos de forma individual ou conjunta, de amplo alcance, independentemente de uma auto vinculação prévia, expressa e formal do Estado individualmente considerado, sem prejuízo da aplicação da norma de direitos humanos mais benéfica na perspectiva da primazia do standard de maior proteção.*

Concernente ao tema da “judicialização” dos direitos sociais por migrantes refugiados, mormente na dimensão individual protetiva, os designados direitos a prestações *stricto sensu* não podem ser meramente obstados em virtude da ausência da nacionalidade autóctone do seu titular (ver acima 4.4.1.1), com fundamento na principiologia constitucional de tutela do ser humano *per se* – dignidade humana –, e da própria equiparação jurídico-legal entre migrante e nacional para fins de fruição dos direitos e garantias fundamentais (Lei n. 13.445/17, art. 4º, *caput*). A garantia jurídica de acolhimento e integração social, decorrente do *non-refoulement* e do Direito internacional humanitário, cria um direito ao *mínimo social integrativo* que, à semelhança do direito fundamental ao *mínimo existencial*, é passível de judicialização individual e coletiva, *maxime* em relação aos direitos e garantias à alimentação, à moradia, à educação e ao trabalho do migrante refugiado.

Consoante o já sedimentado aforismo jurídico, segundo o qual onde há mesma razão de fato, deveria haver o mesmo Direito, abonar a segurança jurídica, o Estado de Direito e a vinculatividade do Direito Internacional público pressupõe a uniformização da tutela dos refugiados em prol dos *standards* internacionais dos direitos humanos. As lacunas e *déficits* normativos explorados na presente tese desnudaram, em parte, a assimetria, ainda presente,

entre a proteção internacional do refugiado e a tutela doméstica, em especial legislativa, do Direito brasileiro e alemão. O controle de convencionalidade exercido pelos juízes e Tribunais, e a aplicação do juízo de proporcionalidade como controle externo ao legislador, oferecendo a melhor perspectiva de *racionalização* no nível da ponderação⁵¹⁷, diminuem o risco de inobservância dos *standards* internacionais de tutela dos refugiados.

Na perspectiva do meio ambiente, constatou-se a emergência internacional do assim designado refúgio ambiental, ou melhor: refugiado ambiental, mormente em face da crise climática recrudescente, desastres naturais, catástrofes ambientais, enchentes, tufões e terremotos, afora o calor cada vez mais excessivo em algumas regiões do planeta, e o desaparecimento de países banhados pelos oceanos (v. 1.2.6 supra). A lacuna normativa de proteção interna, no Brasil e na Alemanha, também remanesce para a novel figura jurídica do refugiado ambiental, porquanto ausente tutela específica e contextualizada para este grupo específico de refugiados.

Na perspectiva da *digitalização* e do uso da inteligência artificial no campo migratório, o Direito internacional deve regulamentar a prática, cada vez mais frequente, de utilização das novas tecnologias, em especial para a proteção dos dados pessoais dos migrantes, independente do país da coleta e tratamento, levando em consideração a transparência, a limitação da finalidade, a minimização dos dados “*Datenminimierung*”, a precisão “*Richtigkeit*”, a limitação do armazenamento e a integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos. O direito à autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*) alcança conseqüentemente a figura do migrante refugiado, cujos dados, pessoais e não pessoais, não estão ao livre talante e alvedrio do Estado, das Instituições e Órgãos internacionais e de empresas privadas que, a rigor, buscam lucros e dividendos com base na coleta de dados.

Desta feita, se torna premente a vinculação dos agentes estatais e privados que atualmente estão empregando as novas tecnologias, *maxime* a inteligência artificial, para controlar e sistematizar o fluxo de migrantes em escala global. Avulta, a rigor, a problemática adstrita ao “livre” e “informado” consentimento do migrante refugiado para a coleta e tratamento dos seus dados pessoais, muitas vezes condicionado ao recebimento de ajuda humanitária essencial e urgente, como alimentação e moradia, bem como para a manutenção da própria existência quando instado a deixar o seu país por perseguições ou graves e generalizadas violações de direitos humanos.

⁵¹⁷ GRIMM, Dieter. *Ich bin ein Freund der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 177.

A alternativa factível para solver este *vacuum* protetivo, num curto espaço de tempo, parece ser a limitação ao extremo da discricionariedade e do alvedrio político dos Estados para o reconhecimento do *status* de refugiado, mormente defronte os conceitos abstratos de interesse político e ordem pública, a adstrição estrita e objetiva à *ratio decidendi* da jurisprudência internacional dos direitos humanos em detrimento das peculiaridades e interesses políticos dos Estados, o uso dos arquétipos internacionais de tutela dos direitos humanos como sucedâneo e modelo para a elaboração legislativa interna futura, e a descriminalização do migrante, ainda que irregular, com o escopo precípua de integração pela cultura, educação e direito ao trabalho.

Distinções de *status* jurídico entre refugiado, migrante (estrangeiro) e nacional (nato ou naturalizado), quando em causa o exercício de direitos fundamentais e a tutela da dignidade da *pessoa humana*, deveriam ser evitadas, ainda que escudadas na soberania nacional e nos interesses políticos e econômicos do Estado, em prol da concreção do direito fundamental ao refúgio, autônomo, amplo e suficiente, consoante os critérios assentados em *standards* de tutela internacional dos direitos humanos.

7 Referências Bibliográficas

ABRIDGED ANNUAL REPORT. International Organization for Migration (IOM), in: *C/113/4/Rev.1*, Geneva, 2021.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo Interjurisdiccional, control de convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n. 2, 2012

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 7ª ed. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2015.

ANNUAL RISK ANALYSIS 2015. Frontex. 27 de agosto de 2015.

ANZILOTTI, Dionisio. *Direito Internacional nos Julgamentos Internos*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2021.

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. We Refugees. *The Jewish Writings*. Schocken Books: New York, 1943.

ASÍS, Rafael de. Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, in: *Materiales de Filosofía del Derecho*, n. 2020/04, Universidad Carlos III de Madrid.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Prática Jurídica no Domínio da Proteção Internacional dos Direitos do Homem, in: *Revista de Informação Legislativa*, 35, n. 137, jan/mar. 1998.

BASHIR, Bashir; GOLDBERG, Amos. *The Holocaust and the Nakba – A New Grammar of Trauma and History*. New York: Columbia University Press, 2018.

BECKER, Ulrich; KERSTEN, Jens. Democracia como Forma Otimista de Estado – 10 Perguntas sobre a Crise dos Refugiados, in: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, vol. 48, n. 151, dezembro, 2021.

BENDA, Ernst. O Espírito da Nossa Lei Fundamental, in: FERREIRA, Ivette Senise; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). *50 Anos da Lei Fundamental*. São Paulo: Edusp, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a Synthese dos Princípios e a Contribuição do Brazil*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1911. Tomos I e II.

BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *NJW*, 1974.

BREIDENBACH, S.; GLATZ, F. *Digitalisierung des Rechts*, in: beck.digitax 2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional*. Volumen I. 5ª ed. Tecnos: Madrid, 2010.

_____. Possibilidades e Limites da Reforma Constitucional na Espanha no Contexto do Estado Autônomo Integrado na União Europeia, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 6, jan/mar, 2009.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2ª ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da “Constituição Social”), in: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ ; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

CANOTILHO, Mariana. A Vulnerabilidade como Conceito Constitucional: Um Elemento para a Construção de um Constitucionalismo do Comum, in: *OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES*, Volume 12, ISSUE 1 (2022).

CARVALHO, Claudia Rodrigues Emilio de; COSTA-CÔRREA, André L. Direitos de Cidadania das Pessoas em Situação de Refúgio no Brasil, in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; BERTELLI, Luiz Gonzaga; SIQUEIRA, Julio Homem de. *Direitos dos Refugiados*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

CHOMSKY, Noam. *Language and Mind*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CLARO, Carolina. O Caso *Hirsi Jamaa e Outros vs. Itália* e a Responsabilidade Estatal no Tratamento de Estrangeiros, in: *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, vol. 1 (2), 2010.

COELHO, Larissa A. Imigração e Integração: Notas sobre o Caso Português, in: FAGGIANI, Valentina (Org.). *Desafíos y Límites de la Política Migratoria en Europa y América – Perspectivas de Derecho Comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022.

COUTURE, Eduardo Juan. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nr. 02: Personas en Situación de Migración o Refugio / Corte

Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). San José, C.R.: Corte IDH, 2022.

DAVY, Ulrike; ÇINAR, Dilek. Deutschland, in: DAVY, Ulrike. (Org.). *Die Integration von Einwanderern*. Rechtliche Regelungen im Europäischen Vergleich. Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2001.

DUHOUX, Jonathan. *El Exterminio de los Tutsis en Ruanda*. El Último Genocidio del Siglo XX. Bruselas: 50Minutos.es, 2017.

DUNEIER, Mitchell. *Ghetto – The Invention of a Place*. The History of an Idea. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2017.

DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Nairobi/Kenya: United Nations Environment Programme – UNEP, 1985.

ESSER, Josef. *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie. Wien: Springer Verlag, 1949.

FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno*. 2ª ed. Laterza: Bari, 1997.

FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft*. 2ª ed. München, 1971.

_____. *Der Totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRIEDMAN, Elisabeth Jay; HOCHSTETLER, Kathryn; CLARK, Ann Marie. *Sovereignty, Democracy and Global Civil Society: State-Society Relations at UN World Conferences*. New York: State University of New York Press, 2005.

FUHRMANN, Italo Roberto. “Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito à Saúde – Por Uma Reconstrução do Objeto do Direito à Saúde no Direito Brasileiro. Brasília: Editora Consulex, 2014.

_____. Social Rights in Comparative Constitutional Law: Right to Health in the Perspective of the Brazilian and German Constitutional Courts, in: *Verfassung und Recht in Übersee* (VRÜ), n. 56, v. 4, 2023. pp. 783-798.

_____. Vigilância e Liberdade de Comunicação na Era Digital à Luz da atual Jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, in: *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, 21(1). 2024.

_____. Revisando a Teoria “Dimensional” dos Direitos Fundamentais, in: *Revista Direito & Justiça*, v. 39, n. 1, jan./jun. 2013.

_____; SARLET, Gabrielle Sales. Direito Internacional Migratório e Discriminação Algorítmica – Desafios e Perspectivas, in: FUHRMANN, Italo Roberto; SARLET, Gabrielle Sales (Orgs.). *Tecnologia & Discriminação*. Tomo I. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023.

_____; SARLET, Gabrielle Sales. Os Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos e o Direito Internacional Migratório – Uma Perspectiva Comparada, in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; BERTELLI, Luiz Gonzaga; SIQUEIRA, Julio Homem de. (Coord.). *Direitos dos Refugiados*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang. The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Brazil, in: NUSSBERGER, Angelika; LANDAU, David. *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights*. Cambridge: Intersentia, 2023.

GATTA, Francesco Luigi. The Migration Crisis Goes East: The EU’s Eastern Borders Under Strain, Between Hybrid Attacks, Threats to Human Rights and Ukrainian Exodus, in: FAGGIANI, Valentina (Org.). *Desafíos y Límites de la Política Migratoria em Europa y América – Perspectivas de Derecho Comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022.

GIANNAZI, Carlos. *A Doutrina de Segurança Nacional e o “Milagre Econômico” (1969/1973)*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GOSEPATH, Stefan. Zu Begründungen Sozialer Menschenrechte, in: LOHMANN, Georg; GOSEPATH, Stefan. (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998.

GRIMM, Dieter. *Ich bin ein Freund der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

GUSKAR-WEBER, Eva; BRANDHORST, Mario. (Org.). *Menschenwürde – Eine Philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz*. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor – SAFE, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates – Methoden und Inhalte, kleinstaat und Entwicklungsländer*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

HAUER, Katharina M. *Die “Fürsorge-Entscheidung” des Bundeverwaltungsgerichts (BVerwGE 1, 159) aus rechtshistorischer Sicht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020.

HELLER, Hermann. *La Soberanía*. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

HEGEL, G. W. F., *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

HOBSBAWM, Eric. *A Revolução Francesa*. São Paulo: Paz & Terra, 2008.

_____. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFMANN, Bianca. Grundlagen und Auswirkungen des Völkerrechtlichen Refoulement-Verbots, in: *Studien zu Grund- und Menschenrechten*, Heft 3, 1999.

HOFMANN, Hasso. *Filosofia Jurídica Pós 1945 – Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fundação Fênix Editora, 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. *Recht im Sog der Digitalen Transformation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

HONNETH, Axel. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

IMAN, Hosseini Seyed; TARASYEV, Alexandr. Machine Learning Methods in Individual Behavior, in: *Business Informatics and Mathematical Modeling in The Digital Economy*. LLC Publishing office EMC UPI, 2018.

IRIYE, Akira. Historicizing the Cold War, in: IMMERMANN, Richard H; GOEDDE, Petra (Orgs.). *The Oxford Handbook of the Cold War*. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2013.

JAEGER, Gilbert. On The History of The International Protection of Refugees, in: *International Review of The Red Cross*, n. 83 (843), 2001.

JARDIM, Denise Fagundes. Os Refugiados Palestinos e a *Nakba*: Reflexões sobre Estados Nacionais, Colonialismo e a Proteção Internacional nos anos 1950, in: *Travessia – Revista do Migrante*. Ano XXXII, n. 85, janeiro/abril de 2019.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1921.

JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. *Refúgio em Números* (7ª Edição). 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, 2022.

KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden*. Ein Philosophischer Entwurf. Darmstadt, vol. 9, 1968.

_____. *Zum Ewigen Frieden*. 2ª ed. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1919

KARAGEORGIU, Eleni; NOLL, Gregor. What Is Wrong with Solidarity in EU Asylum and Migration Law? In: *Jus Cogens* 4, 131-154 (2022).

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre. 2ª d. Tübingen: Mohr Siebeck, 1928.

_____. *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. 5ª Neudruck. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2020.

_____. Souveränität, in: SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen (Or.). *Wörterbuch des Völkerrechts*. Berlin: de Gruyter, 1962.

KEYS, Barbara; BURKE, Roland. Human Rights, in: IMMERMANN, Richard H; GOEDDE, Petra. (Orgs.). *The Oxford Handbook of the Cold War*. Oxford University Press – OUP, 2013.

KLUTH, Winfried. Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, n. 10/2015.

KREIENBRINK, Axel. 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Kontext der deutschen Migrationspolitik, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik – ZAR*, 33. Jahrgang, 11-12/2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. *A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Proteção de Grupos em Situação de Vulnerabilidade*. Discriminação Estrutural e Sentenças Estruturantes. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

LUTHER, Martin. *Die Bibel: Lutherbibel Revidiert*. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft, 2017.

MAHRDT, Helgard. Rethinking our Refugee Crisis with Hannah Arendt, in: *Revista de Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, vol. 43, n. 3, set/dez. 2017.

MANZO, Paolo. *Il Caso Cesare Battisti – Dagli Omicidi Fino All’Arresto Del Terrorista Più Ricercato D’Italia*. Roma: Paesi Edizioni, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das Fontes. Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Futuro do Direito Internacional Público, in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*, vol. 130, abril, 2020.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MCAULIFFE, M., A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.). *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021.

MARX, Reinhard. (Org.). *AsylG - Kommentar zum Asylgesetz*. 11ª ed. Lutherhand Verlag, 2022.

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. 100ª ed. München: C.H. Beck Verlag, vol. II, 2023.

MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. A Nova Lei de Migração Brasileira e Sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes, in: *Sequência* (Florianópolis), n. 84, abril de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direito de Nacionalidade e Regime Jurídico do Estrangeiro, in: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 1, out/dez., 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.

MIGRATIONSBERICHT. Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge im Auftrag der Bundesregierung. *Migrationsbericht 2015*. Berlin, 2016.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MOHL, Robert von. *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, em 1844.

MOLITERNO, Laila. *Niños Migrantes no Acompañados: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos*. Porto Alegre: Fundação Fênix Editora, 2022.

MÖLLERS, Christoph. *Das Grundgesetz – Geschichte und Inhalt*. München: C.H. Beck Verlag: 2009.

MOLNAR, Petra. New Technologies in Migration: human rights impacts, in: *FM Review*, 61, The Ethics Issue, junho de 2019.

_____. Technology on the Margins: AI and Global Migration Management from a Human Rights Perspective, in: *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2019.

MORRIS, Justin. Origins of the United Nations, in: WEISS, Thomas G.; DAWS, Sam. (Org.). *The Oxford Handbook on the United Nations*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2018.

NALINI, José Renato. Era Exceção: Será a Regra?, in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; BERTELLI, Luiz Gonzaga; SIQUEIRA, Julio Homem de. (Coord.). *Direitos dos Refugiados*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo Além de Colisões, in: *Lua Nova*, n. 93, São Paulo, 2014.

NUSSBERGER, Angelika. A Convenção Europeia de Direitos Humanos – Uma Constituição para a Europa?, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42.

O'NEILL, Onora. Transnationale Gerechtigkeit, in: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg. (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998.

PAJARES, Miguel. *Refugiados Climáticos: Un Gran Reto del Siglo XXI* (ebook). Barcelona: Rayo Verde Editorial, 2020.

PAPIER, Hans-Jürgen. *Freiheit in Gefahr – Warum unsere Freiheitsrechte bedroht sind und Wie wir sie schützen können*. Dresden: Heyne Verlag, 2021.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *Direitos Humanos e Hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados*. São Paulo: Atlas, 2014.

PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, in: *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015.

PERRY, Michael J. The Morality of Human Rights, in: *Human Rights Quarterly* 42 (2020).

PERRY, John; PERRY, Erna. *Contemporary Society: An Introduction to Social Science*. 13^a ed. New York: Person Education, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma, in: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 6 (2), julho/setembro de 2014.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; GOES, Carl. Brasilien. In: SCHLEGELBERGER, Franz (Coord.). *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*. Berlin: Vahlen, 1929.

RAMOS, André de Carvalho. *Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Expressa, 2021.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados Ambientais: Em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011.

RAVENSTEIN, Ernest Georg. The Laws of Migration, in: *Journal of the Statistical Society of London*, v. 48, n. 2, June, 1885.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2000.

RESEK, José Franciso. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraternal*. 9ª ed. Bari: Laterza, 2005.

ROBINSON, Patrick; ALVES, Danilo Garrido. International Court of Justice – Tributes to Judge Antônio Augusto Cançado Trindade, in: *Leiden Journal of International Law* (2023), n. 36.

RORIZ, João Henrique Ribeiro. Direito e Política em Alto-Mar: *Non-Refoulement* e Política Migratória no Caso Hirsi Jamaa e Outros vs. Itália, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 7, n. 23, abr./jun., 2013.

RÚA, Teófilo Altamirano. *Refugiados Ambientales: Cambio Climático y Migración Forzada*. 2ª ed. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. (última edição) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e Obra de Pontes de Miranda a partir de uma Perspectiva Alemã, in: *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr., 2014.

SCHMIDT, Siegmund; SCHÜNEMANN, Wolf. *Europäische Union – Eine Einführung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009.

SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

SCHPUN, Mônica Raisal. *Justa: Aracy de Carvalho e o Resgate de Judeus – Trocando a Alemanha Nazista pelo Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SCHWAB, Klaus. *Die Vierte Industrielle Revolution*. München: Pantheon Verlag, 2016.

SCURATI, Antonio. *M, o Filho do Século*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

SHUE, Henry. Menschenrechte und Kulturelle Differenz, in: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg. (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SINHA, Surya Prakash. *Asylum and International Law*. Haia (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 1971.

SMITH, Tiffany Tinoco. Efectos Humanos y Transnacionales de las Políticas Migratorias em México y Estados Unidos, in: FAGGIANI, Valentina (Org.). *Desafíos y Límites de la Política*

Migratoria en Europa y América – Perspectivas de Derecho Comparado. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Law, Politics, Morals. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STURZA, Janaína Machado; DUTRA, Gabrielle Scola; MARTINI, Sandra Regina (Orgs.). *Direito à Saúde e Migração – Uma Aposta na Fraternidade*. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2023.

TAVARES, André Ramos. *O Juiz Digital*. Da Atuação em Rede à Justiça Algorítmica. São Paulo: Expressa, 2022.

TUGENDHAT, Ernst. Die Kontroverse um die Menschenrechte, in: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg (Org.). *Philosophie der Menschenrechte*. STW: Frankfurt am Main, 1998.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita, in: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, vol. 1, n. 46, jul/dez 2006.

VILLA, Marco Antônio. Quando Eu Vim-me Embora: História da Migração Nordestina para São Paulo (*e-book*). São Paulo: Leya, 2017.

VINCENT, Nicholas. *Magna Carta – A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press – OUP, 2012.

WALDRON, Jeremy. *The Law*. Theory and Practice in British Politics. New York: Routledge, 2001.

WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1, Abs. 1 Satz 2 GG, in: *Juristen Zeitung* 4, 63, Jahrgang 15, Februar 2008,

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Fundamentalismo, Pluralismo, Crenças, Cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WEISSBRODT, David; AOLÁIN, Fionnuala Ní; FITZPATRICK, Joan; NEWMAN, Frank. *International Human Rights: Law, Policy, and Process*. New York: LexisNexis, 2009

ZACHER, Hans Friedrich. Soziale Grundrechte und Teilhaberechte, in: *Menschenrechte 2: Ihre Geltung Heute*. Berlin: Colloquium Verlag, 1982.

ZAPE, K. A Nova Lei de Migrações Brasileiras: Uma Análise Sobre os Impactos Decorrentes do Decreto 9.199/2017. *Revista Olhares*, Salvador, Brasil, v. 1, n. 11, p. 93–98, 2021.

ZLATESCU, Irina; BUCUR-IOAN, Alexandra. Current Challenges on Migration, Artificial Intelligence and the Covid-19 Pandemic, in: *Fiat Iustitia*, n. 2, 2020.