

INTERPRETAÇÃO *SECUNDUM CONVENTIONEM* DAS MEDIDAS DE FECHAMENTO DE FRONTEIRAS NO BRASIL: O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* E A PROTEÇÃO DE MIGRANTES EM TEMPOS DE COVID-19

SECUNDUM CONVENTIONEM INTERPRETATION OF THE BRAZILIAN CLOSING BORDERS LEGAL ACTS: NON-REFOULEMENT AND THE PROTECTION OF MIGRANTS IN COVID-19 PANDEMIC

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa¹

Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito (FURG, Rio Grande/RS, Brasil)

Gabriela Mendonça da Trindade²

Mestre em Direito e Justiça Social (FURG, Rio Grande/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito público; direito internacional.

RESUMO: O presente artigo avalia a conformidade convencional das disposições normativas editadas pelo Estado brasileiro em resposta à pandemia Covid-19, no que diz respeito ao fechamento de fronteiras para pessoas, com especial enfoque

ao princípio do *non-refoulement*. Analisamos as disposições da Lei nº 13.979/2020 e de 23 Portarias que trataram do fechamento de fronteiras marítimas, aéreas e terrestres, durante o período de um ano de pandemia. Confrontamos esses atos normativos com instrumentos a que o Brasil está vinculado nos âmbitos do direito internacional dos refugiados, no direito

¹ Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Investigador Visitante na Universidade de Castilla-La Mancha (2014) e na Corte Interamericana de Direitos Humanos (2011). Líder do Grupo de Pesquisas Transnacionalização e Direitos Humanos. *E-mail:* eduardo.pitrez.correa@furg.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6875539624428498>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3061-4156>.

² Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Bacharel em Relações Internacionais na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Transnacionalização e Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande. *E-mail:* gabrielatfurg@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3466542418917257>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9265-353X>.

internacional dos direitos humanos e no direito internacional da saúde. Concluímos que as disposições da Lei nº 13.979/2020 e as Portarias que autorizam o fechamento de fronteiras no Brasil violam disposições convencionais e legais e, em alguns casos, admitem interpretação conforme para excluir de sua incidência os indivíduos carentes de proteção internacional, sob pena de violação de compromissos internacionais a que o Brasil está vinculado, em sede regional e universal, bem como de lesão a direitos humanos fundamentais de migrantes.

ABSTRACT: *This article assesses the treaty compliance of legal acts that closed borders in Brazil in response to the Covid-19 pandemic, with special focus on the principle of non-refoulement. It analyzes the provisions of Law 13.979/2020 and 23 administrative acts (Portarias) that authorize the closing of borders in Brazil during the period of one year of Covid-19 pandemic. The article compares these national legal measures with international obligations of Brazil in the fields of international refugee law, international human rights law and international health law. It is concluded that the provisions of Law 13.979/2020 and the administrative acts (Portarias) can violate national and international law despite they admit, in some cases, interpretation secundum conventionem to exclude migrants subject to the right of international protection. Otherwise, Brazil would be in additional violations on both universal and regional treaty provisions, besides offending fundamental human rights of migrants.*

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19; refugiados; fechamento de fronteiras; princípio do *non-refoulement*; direitos humanos.

KEYWORDS: *Covid-19; refugees; closing borders; principle of non-refoulement; human rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O acesso ao território para pessoas carentes de proteção internacional: a amplitude do *non-refoulement* interamericano; 2 A interpretação convencional dos artigos 7º e 9º da Lei nº 9.474/1997 segundo o *standard* regional de proteção; 3 O preconceito ao estrangeiro em tempos de pandemia e a constituição do regime internacional da OMS; 4 A emergência de saúde pública internacional e as medidas adicionais admitidas à soberania dos estados; 5 A inabilitação do pedido de refúgio por entrada irregular; 6 A interpretação *secundum conventionem* das medidas de fechamento de fronteiras no Brasil; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Territory access for people in need of international protection: the configuration of the inter-American non-refoulement; 2 Treaty interpretation of articles 7 and 9 of Law 9.474/97 according to the regional protection standard; 3 Prejudice to foreigners in times of pandemic and the establishment of the WHO international regime; 4 The international public health emergency and the additional health measures admitted*

to the states sovereignty; 5 The disqualification of the asylum application due to irregular entry; 6 The interpretation secundum conventionem of border closure measures in Brazil; Conclusions; References.

INTRODUÇÃO

A experiência histórica relativa ao deslocamento forçado de pessoas e à conduta dos Estados em relação a deslocados conduziu à consagração de um direito humano fundamental, internacionalmente. Trata-se do assim chamado princípio da não devolução (*non-refoulement*), que assegura a qualquer pessoa o direito de procurar abrigo em outro país, proibindo o Estado de destino de devolver o migrante a país ou região no qual sua vida, integridade pessoal ou liberdade pessoal possa ser ameaçada. O deslocamento forçado não é, como se sabe, algo que apenas remonte à memória coletiva da sociedade internacional. Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), cerca de 1% da população mundial encontra-se deslocada, situação que compreende uma em cada 97 pessoas do globo. O crescimento é vertiginoso. Em 2005, essa relação era de uma em cada 174, e, em 2010, de uma em cada 159 (UNHCR, 2020b).

A situação tem especial relevância para o Brasil, não apenas pelos aspectos normativos e humanitários envolvidos, mas também em virtude das circunstâncias fáticas que emolduram o cenário regional na atual quadra da história. O ACNUR estima que 85% dos deslocados encontram-se em países em desenvolvimento e 73% estejam em países vizinhos, sendo que a Venezuela, atrás apenas da Síria, é o país, atualmente, com o maior número de deslocados externos, contando-se cerca de 3,7 milhões de venezuelanos deslocados fora de seu país. Ainda que a Colômbia seja o país que mais recebe venezuelanos, o Brasil é, naturalmente, por sua expressão regional e localização geográfica, um destino comum de venezuelanos deslocados. Independente da realidade brasileira ou regional, no final do ano de 2019, havia, no mundo, cerca de 79 milhões de pessoas deslocadas em virtude de conflitos, perseguições, violência, violação de direitos humanos ou situações de ruptura da ordem social (UNHCR, 2020b).

Nesse mesmo período histórico, outra emergência começava a se impor a nível global, impactando em curto espaço temporal quase todos os países do

mundo. Em dezembro de 2019, foi detectado, na Cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, China, o surgimento de um novo vírus, designado pelo Comitê Internacional de Taxonomia de Vírus de SARS-CoV2 (*severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*), que veio a tornar-se conhecido como Covid-19. Os primeiros casos fora da China foram confirmados já em janeiro de 2020 na Tailândia e no Japão. Em 30 de janeiro, a OMS declarava a existência de uma emergência de saúde pública de importância internacional, e, em 11 de março, a Organização elevou o estado da contaminação à pandemia, tendo o vírus se espalhado pela Ásia, Europa, Américas, África e Oceania (ACTER *et al.*, 2020). Em 11 de março de 2021, exatamente um ano após o reconhecimento da pandemia pela Organização, haviam sido reportados à OMS 117.799.584 casos confirmados, incluindo 2.615.018 mortes em todo o mundo (WHO, 2021).

Mesmo antes da pandemia, também o aprendizado derivado da experiência conduziu ao fortalecimento do regime internacional relacionado à saúde. Da primeira Convenção Sanitária Internacional de 1892, chegara-se ao primeiro Regulamento Sanitário Internacional de 1951, sucessivamente reformulado (1969, 1973, 1981), até alcançar-se o novo Regulamento Sanitário Internacional (RSI) de 2005, atualmente vigente. O RSI constitui um direito da emergência no âmbito do direito internacional da saúde, tendo a figura da *emergência de saúde pública de importância internacional* como pedra angular (VENTURA, 2013).

Diante do quadro de rápida difusão do vírus, da morte de pessoas e do comprometimento dos sistemas de saúde nacionais, a metáfora da guerra foi usada com frequência por líderes de vários Estados e organizações internacionais. Em uma das mais solenes, contundentes e difundidas dessas referências bélicas, o Presidente francês Emmanuel Macron, em pronunciamento à Nação, dizia repetidamente: “Nós estamos em guerra”. No mesmo pronunciamento de 16 de março, anunciava a decisão adotada pelos países da União Europeia e associados: as fronteiras da União Europeia e do Espaço Schengen seriam fechadas (MARQUES, 2020).

Os Estados Unidos, a partir de 18 de março de 2020, fecharam suas fronteiras terrestres – com diferente rigor para o Sul (México) e para o Norte (Canadá). O Brasil faria o mesmo, no mesmo dia, com a fronteira com a Venezuela. No dia seguinte, as fronteiras nacionais brasileiras com Argentina,

Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname foram fechadas. A última borda terrestre de acesso ao país, a fronteira com o Uruguai, veio a cerrar-se em 22 de março. A prática não foi, de fato, apenas local. Segundo dados do ACNUR, em 13 de maio de 2020, contavam-se 161 Estados com as fronteiras total ou parcialmente fechadas sob o argumento de contenção da epidemia Covid-19 (UNHCR, 2020a).

Como é possível conciliar – desde a perspectiva dos diferentes regimes normativos internacionais incidentes sobre a questão – essas duas emergências globais, Covid-19 e deslocamento forçado; como convivem, sob a perspectiva do direito que vincula o Estado brasileiro, essas duas tragédias?

O presente artigo procura explorar essa indagação emergente com a pandemia, problematizando as medidas legais adotadas pelo Brasil relativas ao fechamento de fronteiras. A pesquisa desenvolve-se a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Analisamos as disposições da Lei nº 13.979/2020 e de 23 portarias que trataram do fechamento de fronteiras marítimas, aéreas e terrestres durante o período de um ano de pandemia³. Confrontamos esses atos normativos com instrumentos a que o Brasil está vinculado nos âmbitos do direito internacional dos refugiados, no direito internacional dos direitos humanos e no direito internacional da saúde, procurando articular as referências relevantes no sentido de verificar quais as bases normativas que devem ser consideradas pelos Estados, e particularmente pelo Brasil, em relação ao tema do fechamento das fronteiras em emergências de saúde pública de importância internacional, considerando a questão dos deslocamentos forçados.

³ Até 10 março de 2021, quando a declaração de pandemia da OMS completou um ano, foram emitidas, ao menos, 23 portarias de restrição ou fechamento de fronteiras no Brasil em virtude da pandemia. Não listaremos aqui as portarias analisadas, a fim de evitar excessiva e desnecessária indicação de atos normativos, tendo em vista que reproduzem todos, em essência, as mesmas questões sobre as quais se debruça o presente artigo, sendo reedições – ainda que com incrementos e modificações – que versaram sobre o fechamento “excepcional e temporário” de fronteiras aéreas, marítimas e terrestres. O espectro normativo-temporal das portarias analisadas foi da Portaria nº 120, de 17 de março de 2020 (“Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa”), até a Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021 (“Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa”). As Portarias são atos administrativos-normativos conjuntos dos Ministros da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública e da Saúde.

1 O ACESSO AO TERRITÓRIO PARA PESSOAS CARENTES DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL: A AMPLITUDE DO *NON-REFOULEMENT* INTERAMERICANO

Admitir ou negar o ingresso e a proteção de pessoas em situação de deslocamento forçado no território do Estado pode salvar vidas, ou, no mínimo, evitar sérias violações à integridade pessoal, liberdade e outros direitos humanos fundamentais. As lições da experiência histórica, que conduziram à constituição do direito internacional dos refugiados na sua feição contemporânea, são marcantes.

Durante e logo após a Segunda Guerra, foram especialmente dramáticas as negativas de Estados ao ingresso de indivíduos fugindo de perseguição ou de violações em seus países de origem. O exemplo suíço é contundente. O país negou o ingresso de aproximadamente 20.000 judeus franceses que fugiam da França ocupada pela Alemanha nazista, obrigando-os a retornar ao seu país de origem, onde a maioria perdeu a vida. Os Estados Unidos negaram ingresso em 1939, por falta de visto, a centenas de judeus alemães embarcados, impondo seu retorno à Europa dominada pelos nazistas, na qual, presumivelmente, viriam a perecer. Já em relação à União Soviética, estima-se que acordos com os Estados Unidos e com o Reino Unido para transferência de pessoas, especialmente prisioneiros, àquele país tenham gerado a morte ou o tratamento desumano de aproximadamente 2 milhões de pessoas (PADMANABHAN, 2011).

O Brasil não deixou de contribuir com o sofrimento do povo judeu deslocado, mesmo após declarar guerra à Alemanha. Não é apenas o famoso caso de Olga Benário que justifica a afirmação. Pesquisa em arquivos do Itamaraty e sobre a conduta de sucessivos governos brasileiros antes e durante a guerra indicam que o Brasil rejeitou pelo menos dezesseis mil pedidos de entrada de judeus que fugiam do Holocausto ou, após o conflito, pretendiam migrar para o Brasil em busca de reconstrução (CARNEIRO, 2010).

É próprio dos direitos humanos fundamentais que emergem de experiências traumáticas, consolidando-se como conquistas civilizatórias. O princípio de *non-refoulement* segue a regra. Contra a indiferença estatal a pessoas em situação de deslocamento forçado, assegura o direito de qualquer indivíduo procurar proteção em outro país, proibindo o Estado de destino de devolver o migrante a país ou região no qual sua vida, integridade pessoal ou liberdade pessoal possa ser ameaçada. A norma é amplamente consagrada no

direito internacional, em caráter regional e universal, sendo reconhecida, no Brasil, também no direito interno.

Em sede internacional, o princípio vem positivado no art. 33 do Estatuto dos Refugiados de 1951 (Decreto nº 50.215/1961), no art. 3.1 da Declaração sobre Asilo Territorial (Resolução nº 2.312/1967 da Assembleia Geral da ONU), no art. 3º da Convenção Internacional contra a Tortura de 1984 (Decreto nº 40/1991) e no art. 8º da Convenção da ONU sobre Desaparecimento Forçado de 2006 (Decreto nº 8.767/2016). Em âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Decreto nº 678/1992) consagra o direito à não devolução no art. 22.8, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto nº 98.386/1989) a assegura no art. 13, § 4º. O Brasil, como acima indicado pelas normas que internalizaram esses tratados, ratificou esses instrumentos e se encontra nacional e internacionalmente obrigado por todos esses dispositivos. Não bastasse, no direito interno, o princípio encontra abrigo no art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.474/1997 e no art. 49, § 4º, da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração).

Outro importante tratado de que o Brasil é signatário, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), embora não preveja expressamente o princípio da não devolução, tem sido interpretado no sentido de compreender o *non-refoulement* por refração do seu art. 7º, relativo à vedação à tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, órgão responsável pelo controle internacional da aplicação do Pacto, em seu Comentário Geral nº 20, expressou entendimento de que, “na visão do Comitê, Estados-partes não devem expor indivíduos ao perigo de tortura, ou tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante ao enviá-lo a outro país por meio de sua extradição, expulsão ou *refoulement*” (UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 1992).

A partir do art. 1 da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1961), considera-se refugiado o indivíduo que, fora de seu país de nacionalidade, não pode ou não quer retornar por temor fundado de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Em seu desenvolvimento ulterior, que deve compreender a Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) sobre refugiados, de 1969, a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, de 1984, a condição de refugiado passou a albergar as pessoas deslocadas de seus países porque sua

vida, liberdade e segurança estão em risco em razão de violência generalizada, conflitos internos, agressão estrangeira, violação massiva de direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham abalado gravemente a ordem pública, de modo que o refúgio, na compreensão contemporânea, alcança um amplo espectro de situações fundantes.

Afora a consagração em direito internacional positivo, a evolução e o amplo reconhecimento na prática dos Estados e das Organizações Internacionais como pedra angular do sistema de proteção de migrantes em deslocamento forçado assentou o princípio do *non-refoulement* como uma bem estabelecida norma consuetudinária de Direito Internacional (UNHCR, 1994), tornando-a obrigatória aos Estados, independentemente de sua adesão a um tratado. Além disso, embora em sua formulação original se orientasse a indivíduos em situação de refúgio, a *opinio iuris* internacional veio a reconhecer que se aplica igualmente a solicitantes de asilo territorial (art. 3.1 da Declaração sobre Asilo Territorial da Assembleia Geral da ONU).

No que diz respeito aos países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o princípio encontra específico desenvolvimento, derivado da interpretação do *corpus iuris interamericano* em matéria de direitos humanos. Partindo da exegese do dispositivo que o consagra expressamente, o art. 22.8 da CADH, mas também o aplicando em relação com outras disposições da Convenção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) já explicitou o conteúdo normativo do *non-refoulement interamericano*, tanto em sede contenciosa como consultiva, concluindo que, no âmbito do SIDH, o direito à não devolução é assegurado não apenas a solicitantes de asilo e refugiados, mas a qualquer estrangeiro.

No Caso Família Pacheco Tineo *v.* Bolívia (CORTE IDH, 2013), a Corte IDH reconheceu a violação pelo Estado boliviano do direito de buscar e receber asilo, bem como do *princípio da não devolução* (art. 22.8 da CADH), tendo em vista um procedimento de expulsão sumária, sem considerar os temores de perseguição e violações indicados pela família Pacheco Tineo, que fugia da ditadura de Alberto Fujimori no Peru. Devolvidos ao Peru arbitrariamente, foram presos e acusados de terrorismo. Para a Corte IDH, “quando um estrangeiro alegue ante um Estado um risco em caso de devolução, as autoridades competentes desse Estado deverão, ao menos, entrevistar a pessoa e realizar uma avaliação prévia”,

com o objetivo de verificar se “existe ou não esse risco em caso de expulsão” (CORTE IDH, 2013, § 136).

Em sede não contenciosa, na Opinião Consultiva nº 21/14, “Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional” (CORTE IDH, 2014), a Corte IDH enfrentou, de maneira específica, o conteúdo normativo do princípio da não devolução no âmbito do SIDH, com especial consideração para a situação dos menores em condição migratória. Posteriormente, na Opinião Consultiva nº 25/18, “a instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no sistema interamericana de proteção (interpretação e alcance dos arts. 5, 22.7 e 22.8, em relação com o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos)” (CORTE IDH, 2018), o Tribunal novamente incursionou expressamente sobre o princípio, reafirmando o entendimento de que o *non-refoulement* “constitui a pedra angular da proteção internacional das pessoas refugiadas e solicitantes de asilo” (CORTE IDH, 2018, § 179).

Analisando, especificamente, a questão da amplitude do princípio da não devolução no SIDH, a Corte assentou o entendimento de que a Convenção “oferece uma proteção complementar para estrangeiros que não são solicitantes de asilo ou refugiados”, tendo em vista que, no Sistema Interamericano, por força do que decorre do art. 22.8 da CADH, o *non-refoulement* “alcança a toda pessoa estrangeira e não somente a uma categoria específica dentro dos estrangeiros, como seriam os solicitantes de asilo e refugiados” (CORTE IDH, 2018, § 186). Com isso, vale enfatizar, diferentemente do que ocorre a partir de uma leitura isolada da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados – mesmo com a ampliação consagrada pela Declaração de Cartagena sobre Refugiados –, os Estados integrantes do SIDH encontram-se submetidos a um *dever de proteção mais amplo*, que não se circunscreve aos tradicionais sujeitos tutelados pelo princípio da não devolução, na medida em que alcança a *qualquer estrangeiro* em situação de vulnerabilidade potencialmente equivalente.

Adicionalmente, cumpre destacar, para os propósitos da presente investigação, a compreensão acerca da *natureza instrumental* do princípio da não devolução em relação a uma série de outros direitos humanos fundamentais, que o princípio serve para garantir finalisticamente. Nesse sentido, o princípio não deve ser compreendido isoladamente, e sim como uma garantia de diversos direitos humanos, como a vida, a liberdade, a integridade física e psicológica, a

proteção à família e o devido processo. Essa a razão pela qual não se poderia, por exemplo, cogitar de uma “suspensão de garantias”, no sentido do art. 27 da CADH, tendo em vista que, conquanto essa disposição convencional autorize, em situações de perigo público ou emergência, a suspensão de algumas obrigações convencionais, essa excepcional faculdade não permite a suspensão das garantias indispensáveis para proteção do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), à vida (art. 6º) e aos direitos das crianças (art. 19).

2 A INTERPRETAÇÃO CONVENCIONAL DOS ARTIGOS 7º E 9º DA LEI Nº 9.474/1997 SEGUNDO O *STANDARD* REGIONAL DE PROTEÇÃO

Na esteira do acima dito, quando um indivíduo ou uma família acede à fronteira de um Estado submetendo supostos fáticos que caracterizam, em tese, situação de proteção internacional, não pode haver rechaço ou expulsão sem uma análise adequada e individualizada de suas alegações, em procedimento que reúna garantias mínimas de devido processo. No Direito brasileiro, essa proteção deve entender-se inicialmente consagrada no art. 9º da Lei nº 9.474/1997, que determina que a “autoridade a quem 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” (BRASIL, 1997), fazendo-se instaurar, a partir daí, o procedimento administrativo para eventual reconhecimento da condição de refugiado pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE).

De fato, para que um indivíduo esteja sob a “jurisdição” estatal, para efeitos de incidência do art. 1.1 da CADH (obrigação de respeitar os direitos), não é imprescindível que se encontre em seu território propriamente dito, mas que o Estado – por qualquer de seus órgãos e poderes – faticamente atue (ou possa atuar) sobre esse indivíduo, segundo as circunstâncias do caso concreto. O Estado torna-se obrigado para com a proteção desses indivíduos na medida em que o dever estatal de respeito e garantia dos direitos humanos se dá “em relação a toda a pessoa que se encontre no território do Estado, ou que, de qualquer maneira, seja submetida a sua *autoridade, responsabilidade ou controle*” (CORTE IDH, 2018, § 171 – grifos nossos). Esse entendimento segue a jurisprudência tanto da Corte IDH como da Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH (CORTE IDH, 2017, §§ 79 *et seq.*) sobre a eficácia

extraterritorial das obrigações convencionais de direitos humanos. Portanto, o alcance das obrigações decorrentes do princípio do *non-refoulement* não se restringe aos indivíduos cujo ingresso já foi admitido no território do Estado de acolhida, sendo especialmente importante em relação aos indivíduos com pretensão de ingresso em “portas de entrada” do Estado, como portos, aeroportos, postos de controle migratório em fronteiras ou em suas legações no exterior. Por isso se diz ser *amplamente aceito* que o princípio da não devolução não tem alcance apenas sobre o território do Estado, mas em todas as suas fronteiras, zonas de trânsito internacional e, inclusive, no mar (CORTE IDH, 2018, § 187; LUIZ FILHO, 2001).

Em exemplo de aplicação e amplitude desse entendimento, o Comitê de Direitos Humanos da ONU declarou, em novembro de 2020, a Itália responsável pela violação ao direito à vida (art. 6 do PIDCP) de migrantes, a maioria sírios, que naufragaram no mar mediterrâneo em uma tentativa de acesso ao território europeu. As autoridades italianas receberam sucessivos pedidos de socorro advindos da embarcação que afundava e deixaram de providenciar a ajuda que poderia ser prestada pelo navio da marinha italiana que estava próximo ao local. Mesmo que os fatos tenham ocorrido fora do território italiano, a Itália foi declarada em violação de sua obrigação de *due diligence* em relação à preservação da vida daqueles migrantes, em virtude de uma especial relação de dependência que se estabeleceu entre os migrantes e o poder de atuação das autoridades italianas no caso concreto (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2021).

Essa compreensão conduz à necessidade de conformação convencional do Direito brasileiro. O art. 7º da Lei nº 9.474/1997, que disciplina o ingresso no território nacional e o pedido de refúgio, estatuiu que “o estrangeiro que *chegar ao território nacional* poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória” (BRASIL, 1997), deve ser submetido a um *controle de convencionalidade*, merecendo *interpretação conforme* à CADH, para o efeito de entender que as obrigações nacionais relativas ao refúgio, bem como o direito do estrangeiro de solicitar a proteção, não estão condicionadas à entrada no “território nacional”, mas sim presentes sempre e quando a pessoa esteja submetida à autoridade, responsabilidade ou controle do Estado brasileiro.

É preciso ter presente que o Estado, por força do disposto no art. 1.1 da CADH (obrigação de respeitar os direitos), tem, em relação às pessoas em deslocamento forçado, *obrigações positivas* – proteger o estrangeiro de violações a direitos humanos-fundamentais e submetê-lo a um procedimento de verificação dotado de garantias de devido processo –, e *obrigações negativas* – não adotar medidas que tenham como resultado sua devolução, direta ou indireta, aos locais de onde provenham as situações de risco reclamadas, é dizer, obrigação de *non-refoulement* – que devem ser adimplidas sempre que a pessoa humana respectiva esteja sob sua jurisdição.

Mas em uma situação de emergência sanitária, na qual um vírus se multiplica rapidamente entre países, continentes e, finalmente, todo o globo, com dramáticas consequências? Existem previsões estabelecidas no direito internacional da saúde capazes de orientar, nesses contextos, a conduta dos Estados? É o que procuraremos definir nas seções seguintes.

3 O PRECONCEITO AO ESTRANGEIRO EM TEMPOS DE PANDEMIA E A CONSTITUIÇÃO DO REGIME INTERNACIONAL DA OMS

O direito internacional contemporâneo se caracteriza pela fragmentariedade. A arquitetura normativa internacional pode-se dizer formada por verdadeiros edifícios autônomos, os regimes normativos internacionais, em geral sem vias de comunicação entre si. Como reconhecido mesmo no âmbito da tradicional *International Law Commission*, cuida-se, na fenomenologia contemporânea, de uma situação em que cada regime internacional “vem com seus próprios princípios, sua própria forma de expertise e seu próprio ‘ethos’, não necessariamente idêntico ao *ethos* da vizinha especialização” (UN, 2006, § 10).

Os Estados se acham, nesse cenário, ao mesmo tempo vinculados a inúmeros regimes normativos internacionais e, ainda, às constituições nacionais. No caso brasileiro, no que aqui importa, ao mesmo tempo em que o Estado está obrigado pelas diversas disposições normativas, nacionais e internacionais, relativas ao direito dos refugiados e aos direitos humanos, também se encontra obrigado pelo direito internacional da saúde e seu regime normativo.

Particularmente no que diz respeito ao direito internacional da saúde, o Brasil é um importante ator global. Como ensina Deisy Ventura (2013), na Conferência de São Francisco (1945), que culminou na constituição da

Organização das Nações Unidas (ONU), as delegações do Brasil e da China apresentaram proposta de declaração, adotada pela Conferência, recomendando a convocação de uma conferência com o objetivo de conduzir à criação de uma organização internacional da saúde, o que, de fato, viria a ocorrer já no início do ano de 1946, com a reunião de uma comissão técnica preparatória. Nessas reuniões, exerceu papel de destaque o professor e médico sanitarista brasileiro Geraldo Horácio de Paula Souza (1889-1951), posteriormente um dos vice-presidentes da Conferência Internacional da Saúde que, nos meses de junho e julho de 1946, em Nova York, adotou a Constituição da OMS.

Naturalmente, em virtude da destacada participação do Estado brasileiro na criação da OMS, o Brasil é signatário e ratificou a Constituição da OMS, estando obrigado internacionalmente e, em âmbito interno, por força do Decreto nº 26.042/1948, que a promulgou. A Constituição da OMS enuncia, já em seu preâmbulo, a *saúde no seu melhor estado* como um direito fundamental de todo o ser humano, independentemente de raça, religião ou condição econômica ou social. Ademais, reconhece que o gozo desse direito fundamental por todos os povos “é condição fundamental para a consecução da paz e da segurança, e depende da mais estreita cooperação de indivíduos e de Estados” (BRASIL, 1948).

Essa redação preambular da Constituição da OMS positiva o entendimento – que a internacionalização das relações econômico-sociais e as pandemias viriam a escancarar – de que os desafios das sociedades contemporâneas não podem ser enfrentados a partir de uma perspectiva territorial, da obsoleta visão do Estado-Nação westphaliano, sendo imprescindível para lidar adequadamente com questões transnacionais como meio ambiente, direitos humanos, segurança e saúde, a coordenação de esforços e a cooperação entre as Nações. Daí o consenso dos Estados signatários da Constituição, e daqueles que a ela viriam a aderir, da necessidade de constituir uma organização internacional, a quem cederam parcela de sua soberania para coordenar e dirigir ações relativas à saúde, *em especial os processos epidemiológicos*, em contexto global.

Mas a compreensão e o consenso não deixaram de ser tardios. Como salienta Berlinguer, “a globalização das doenças, ou seja, a difusão dos mesmos quadros mórbidos por todas as partes do mundo começou no ano de 1492, com

a descoberta (ou conquista) da América, que assinalou, para povos e doenças, a passagem da separação à comunicação” (1999, p. 23), dando causa, naquele momento, a um verdadeiro genocídio das populações nativas. Infelizmente, não tiveram as colônias as condições materiais necessárias para barrar o ingresso do colonizador “contaminado”, e a história, narrada por estes, certamente não viria a descrever os europeus como *migrantes pestilentos*.

Mas, afora essa hipótese de autonarrativa, o registro histórico é, pelo contrário, de que a epidemia, com todo o estigma que lhe próprio, seja sempre vista como “vinda de fora”, portanto, como um *objeto de migração ou próprio do migrante*, e conduza mais à construção de muros do que de pontes. Por isso, na história das epidemias, a tendência de culpar outro povo é uma constante. No surto de peste negra na Europa de 1348-1350, acusavam-se os judeus, uma minoria então marginalizada pelos cristãos, de disseminar a peste negra na Europa (FOLLADOR, 2018). Quando a sífilis se manifestou pela primeira vez na Europa, em 1495, com a conquista de Nápoles pelos franceses, os italianos designaram a doença de “mal francês”, enquanto os franceses, de “mal napolitano”. Quando chegou ao oriente, os japoneses a designaram de “mal português”, sinalizando, em qualquer caso, uma origem e uma “culpa” alienígena, acompanhada naturalmente do estigma ao estrangeiro. Já a pandemia de cólera que ocorreu nas décadas de 40 e 50 do século XIX nos EUA foi atribuída aos imigrantes irlandeses (BERLINGUER, 1999). A epidemia mais letal da história, a gripe “espanhola”, tem sua verdadeira origem desconhecida, e mereceu essa designação não porque tenha surgido na Espanha, mas por razões políticas, associadas à opção de neutralidade da Espanha na 1ª Guerra e a certa simpatia de membros do governo espanhol com os alemães, tendo a Inglaterra estimulado essa designação no âmbito da disputa narrativa da 1ª Guerra Mundial (GOULART, 2005).

Com a pandemia do Covid-19, não é diferente. No Brasil e em outros países, o Covid-19 chegou a ser referido como o “vírus chinês”, uma gramática estigmatizante que acabou tensionando as relações do Brasil com seu mais importante parceiro comercial (FELLET, 2020), para além de gerar preconceito com orientais. A gramática discriminatória chegou à atribuição, à China, da disseminação intencional do vírus, e o então Ministro da Educação brasileiro

viria a responder a inquérito no Supremo Tribunal Federal para apurar o crime de racismo (STF, 2020). Nesse quadro, falando a toda a comunidade internacional, o secretário-geral da ONU António Guterres fez um apelo global alertando para os discursos de ódio relacionados à pandemia do Covid-19, destacando teorias de conspiração antisemita, ataques antimuçulmanos e acusações contra migrantes (ONU NEWS, 2020).

Essas manifestações discriminatórias, que, como se viu, constituem uma marca das epidemias, reforçam a necessidade da regulação internacional, não nacionalista, dos deslocamentos de pessoas e do tráfego de mercadorias em tempos de emergências de saúde, não a partir de perspectivas securitárias, ideológicas ou dogmáticas, mas desde um enfoque orientado a pessoas, com referências valorativas na proteção à saúde, nos direitos humanos e nas liberdades fundamentais (AITH; RACHED; VENTURA, 2020). De fato, há uma experiência centenária de esforços multilaterais desenvolvidos por Estados para conter a disseminação de doenças contagiosas entre Nações, sendo que a *raison d'être* das regulações derivadas dessa concertação é o balanceamento entre as necessidades de saúde pública internacional e as exigências de tráfego internacional de pessoas e bens (HABIBI, 2020).

Derivada dessa evolução histórica, a OMS é a organização internacional à qual os Estados concederam mandato para estabelecer essa regulação, especialmente para enfrentamento de processos epidemiológicos transnacionais. A Organização é uma das raras organizações internacionais que possui poder regulamentar externo, isto é, a capacidade de legislar internacionalmente no campo da saúde, inclusive com a aplicabilidade imediata desses atos normativos internacionais. Essa força normativa dos regulamentos decorre do art. 22 da Constituição da OMS, que *inverte a lógica* dos atos internacionais tradicionais, que, em regra, só passam a integrar a ordem normativa dos Estados após incorporados ao seu direito interno, segundo dispuser sua Constituição. Na disciplina da OMS, após a aprovação dos regulamentos pela Assembleia da Saúde, os Estados-membros que pretendam livrar-se das obrigações decorrentes do ato normativo deverão recorrer ao mecanismo do *opting-out*, expressando suas reservas ou rejeição ao instrumento, sem o que estão plenamente vinculados às suas disposições (VENTURA, 2013), como é o caso do Brasil.

4 A EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA INTERNACIONAL E AS MEDIDAS ADICIONAIS ADMITIDAS À SOBERANIA DOS ESTADOS

O Regulamento Sanitário Internacional (RSI) vigente foi aprovado em 2005 pela Assembleia Geral da OMS. A despeito de sua possível aplicabilidade imediata, nos termos acima indicados, o Brasil internalizou o RSI por força do Decreto nº 10.212/2020 (BRASIL, 2020a). Como leciona Deisy Ventura, “o Regulamento é hoje a única norma internacional capaz de coibir decisões injustificadas de fechar fronteiras e de deter ou expulsar migrantes que fugiram de crises sanitárias” (2015, p. 61).

O evento mais importante em termos epidemiológicos internacionais não é necessariamente uma pandemia, mas o que o RSI caracterizou como *emergência de saúde pública de importância internacional* (ESPII), cujo reconhecimento, de competência do Diretor Geral (art. 12), está condicionado à verificação da existência de um risco para a saúde pública de outros Estados decorrente de doença em *propagação internacional* que exija uma resposta *internacionalmente coordenada* (art. 1º). Essa declaração é precedida do parecer do Comitê de Emergências, das evidências científicas disponíveis e de “uma avaliação do risco para a saúde humana, do risco de propagação internacional da doença e do risco de interferência com o tráfego internacional” (art. 12, § 4º).

Conhecidas as racionalidades securitárias e estigmatizantes que emergem com a ocorrência de pandemias, bem como as repercussões econômicas e sociais que delas podem derivar, o reconhecimento de processos epidemiológicos e de sua gravidade são precedidos de rigorosa cautela técnica, assim como a adoção de medidas de saúde direcionadas à sua contenção. Para isso, a OMS desenvolveu um sistema de fases de acompanhamento de eventos de saúde pública que vão desde a fase 1, na qual um vírus circula exclusivamente entre animais, até a fase 6, em que, após o progressivo aumento da transmissibilidade, encontra-se em curso uma pandemia (WHO, 2009, p. 27). Desde o surgimento, com o RSI, dessa categoria própria do direito internacional da saúde, um total de seis ESPIIs foram declaradas pela OMS: Gripe A - H1N1 (2009), Poliomielite (2014), Ebola (2014), Zikavirus (2016), Ebola (2019) e Covid-19 (2020).

Pertinente à questão do trânsito de pessoas, a Parte V do Regulamento, relativa às medidas de saúde pública internacional, contém uma série de disposições que disciplinam o tráfego de indivíduos segundo o direito

internacional da saúde e as exigências sanitárias que podem ser feitas aos viajantes, como exames e vacinas. O RSI estabelece quais medidas podem ser adotadas em relação a viajantes em termos de saúde pública, dispondo sobre uma série de providências que são admitidas, bem como sobre obrigações do Estado em relação a esses indivíduos, enfatizando expressamente que, no tratamento dispensado às pessoas em trânsito, os Estados atuarão “com respeito à sua dignidade, direitos humanos e liberdades fundamentais” (art. 32 do RSI).

No que diz respeito às restrições admitidas ao tráfego de pessoas, a regra é a de que os Estados estão em princípio submetidos a *standards* internacionais definidos pelo regime da OMS, podendo, todavia, adotar o que o RSI designa como *medidas adicionais de saúde*, que são restrições aditivas àquelas internacionalmente estabelecidas, desde que observadas condicionantes formais e materiais estabelecidas no RSI. A disseminação do conhecimento e a observância dessas condicionantes são fundamentais, para além do aspecto estrito da legalidade internacional das providências (*treaty compliance*), porque as medidas restritivas adotadas pelos Estados, como quarentenas, restrições de viagens ou mesmo fechamento de fronteiras, para além de presumivelmente determinadas em situações de urgência, podem impor severas consequências na vida das pessoas e na economia (HABIBI, 2020).

A aplicação das assim chamadas “Medidas adicionais de saúde” tem sua disciplina estabelecida no art. 43 do RSI, e podem ser determinadas especialmente em situações de ESPII. Como estabelece o próprio RSI, essas medidas devem estar “em conformidade com sua legislação nacional relevante e as obrigações decorrentes do direito internacional” (art. 43). Relativamente às condicionantes materiais, as medidas adicionais devem (i) fundar-se em *bases científicas ou outras informações técnicas disponíveis* e (ii) prover o *mesmo ou maior nível de proteção* à saúde do que as recomendadas pela OMS, isto é, não podem ser medidas de “rebaixamento” dos *standards* internacionais. Por fim, (iii) as medidas adotadas “não deverão ser mais restritivas ao tráfego internacional, nem mais invasivas ou intrusivas em relação às pessoas do que as alternativas razoavelmente disponíveis que alcançariam o nível apropriado de proteção à saúde” (art. 43.1, *in fine*, do RSI), portanto, estão limitadas por um critério de proporcionalidade.

Para além desses *pressupostos materiais* para a regularidade da imposição dessas medidas adicionais, o RSI estatui *pressuposto formal* a ser observado pelo Estado-parte, qual seja, informar em 48 horas a Organização sobre as medidas adotadas, bem como sobre as bases científicas em que se fundaram. Não há notícia de que o Brasil tenha procedido a essa cientificação da Organização, nos termos do RSI. O país estava obrigado à comunicação porque as medidas importaram na “proibição de entrada ou de saída internacionais de viajantes, bagagens, cargas, contêineres, meios de transporte, mercadorias e similares ou atrasos superiores a 24 horas” (art. 43.3).

Essas restrições foram, no âmbito do direito interno, precedidas de autorização legislativa. A Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020b), que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, previu, em seu art. 3º, VI, a possibilidade de restrição temporária de entrada e saída no País. Com base no permissivo legal, o Governo brasileiro, a partir de março de 2020, determinou restrições de ingresso às fronteiras nacionais, inicialmente com a Venezuela (Portaria nº 120/2020), após com os demais vizinhos brasileiros (Portaria nº 125/2020) e, a partir daí, em sucessivas portarias, gradualmente vedando a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, situação que completou um ano em março de 2021. Ao total, contabilizamos, em nossa análise, 23 portarias de restrição de acesso ao território nacional, sendo a primeira a Portaria nº 120, de 17 de março de 2020, e a última, a Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021, ainda em vigor em março de 2021, quando encerramos nossa análise, que buscou compreender o *lapso temporal de um ano* de estado de pandemia declarado pela OMS (11.03.2020 a 11.03.2021).

A lei brasileira é expressamente referenciada ao RSI, não só porque tem a finalidade de disciplinar medidas relativas à “emergência de saúde pública de importância internacional”, mas também porque incorpora declaradamente as definições estabelecidas no art. 1º do RSI. O art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 13.979/2020 diz que as definições adotadas pela norma estão no RSI. Nessa perspectiva, e em configuração típica de uma arquitetura normativa multinível própria ao fenômeno da internacionalização do direito, é possível compreendê-la como uma *norma nacional regulamentadora*, uma nova tipologia normativa na qual o legislador tem sua liberdade de conformação delimitada por um regime normativo internacional no qual se insere.

Essa remissão ao RSI é não apenas declarada, mas pode ser inferida, por exemplo, da preocupação em atender aos pressupostos de cientificidade, temporalidade e proporcionalidade estabelecidos no art. 43 do RSI. O art. 3º da Lei nº 13.979, após definir o rol de medidas admitidas para proteção da saúde pública, dentre as quais a “restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de [...] entrada e saída do País”, estabelece que elas somente serão determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública” (BRASIL, 2020). De seguimento, as sucessivas portarias de fechamento de fronteiras consignaram estarem fundadas em manifestação técnica da Anvisa recomendando a restrição temporária de entrada no país, atendendo, em princípio, ao pressuposto material de base técnico-científica de que trata o art. 43 do RSI.

As recomendações da OMS são, entretanto, hesitantes quanto ao fechamento de fronteiras, e certamente a norma nacional é mais *rígida* relativamente à orientação da Organização. De um lado, a OMS se submete à pressão sofrida em virtude das significativas consequências econômico-sociais de uma deliberação de alcance global atuando, na questão, defensivamente. De outro, a eficácia do fechamento de fronteiras para o controle da pandemia ainda é algo carente de melhor informação científica. Em uma orientação de 29 de fevereiro de 2020, logo antes de os Estados no mundo todo fecharem espontaneamente suas fronteiras, a Organização afirmava continuar a não recomendar a medida. Segundo a OMS, “as evidências demonstram que restringir o movimento de pessoas e bens durante emergências de saúde pública é inefetivo na maioria das situações e pode desviar recursos de outras intervenções” (WHO, 2020b). Com o desenvolvimento da pandemia e com o disseminado fechamento das fronteiras ou severas restrições de circulação internacional adotada pelos Estados durante o ano de 2020, a Organização, ao final do mesmo ano, passou a adotar uma postura mais flexível, sugerindo que cada Estado adotasse uma metodologia de avaliação de risco no processo de tomada de decisão relativa às restrições ao tráfego internacional (WHO, 2020a). De qualquer sorte, a Organização indica que os “viajantes internacionais não devem ser considerados por natureza suspeitos de contato ou contágio de Covid-19”, de modo que não recomenda que “viajantes sejam um grupo prioritário de testagem” (WHO, 2020a).

A eficácia das restrições é, de fato, ainda controversa. No que diz respeito à pandemia Covid-19, estudos sugerem que a adoção de medidas restritivas nas *fases iniciais* de propagação da doença foram efetivas para alterar a dinâmica de disseminação do vírus, mas que, nos estágios avançados de contaminação, as restrições carecem de maior justificação (MALLAPATY, 2021). Uma revisão de 29 pesquisas sobre a efetividade das restrições de viagens na disseminação do Covid-19, por exemplo, aponta nesse sentido, sugerindo o equívoco da OMS ao não recomendar restrições na circulação internacional de pessoas ao tempo em que declarou a existência de uma ESPII (GRÉPIN, 2020) e, portanto, o acerto dos Estados que adotaram, inicialmente, medidas restritivas. Todavia, como acima indicado, as evidências disponíveis ainda não são suficientes para determinar se a manutenção generalizada da restrição ao tráfego internacional de pessoas durante estágios posteriores de desenvolvimento da pandemia promove um nível apropriado de proteção à saúde que justifique os efeitos deletérios das medidas restritivas, prejudicando a análise desde a perspectiva do art. 43.1 *in fine*, do RSI.

A questão, portanto, no que aqui importa, e que merecerá enfrentamento na seção seguinte, é a de se essas restrições foram adotadas, no que diz respeito a sujeitos carentes de proteção internacional, em conformidade com o princípio estrutural do RSI enunciado em seu art. 3º: “A implementação deste Regulamento será feita com pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas” (BRASIL, 2020a).

5 A INABILITAÇÃO DO PEDIDO DE REFÚGIO POR ENTRADA IRREGULAR

O conjunto de portarias objeto do presente estudo contém violação facial à disposição de direito interno que não podemos nos furtar à indicação, tendo em vista que toca diretamente aos indivíduos carentes de proteção internacional. No ponto, o disposto nesses atos administrativos normativos é, para além de inconveniente, ilegal, isto é, não reúne condições de validade diante da própria legislação nacional. De fato, a generalidade das portarias que determinaram o fechamento de fronteiras no Brasil em virtude da pandemia Covid-19 traz, dentre as suas disposições, o enunciado de que o descumprimento das determinações da portaria pelo migrante, isto é, o seu ingresso irregular no território nacional, importará na *inabilitação de pedido de refúgio*.

Ocorre que há uma assentada compreensão no âmbito do direito internacional dos refugiados no sentido de que o ingresso irregular do migrante não implica prejuízo ao reconhecimento da sua condição de refugiado. No Direito brasileiro, essa compreensão é positivada, expressamente, no art. 8º da Lei nº 9.474/1997, que estatui que “o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes” (BRASIL, 1997).

Assim se entende por que o reconhecimento da condição de refugiado tem natureza declaratória, e não constitutiva. Como salienta Carneiro, “a pessoa se torna refugiada a partir do momento em que, na sua experiência real, preenche as condições da definição de refugiado como tal”, de modo que o “Estado receptor não confere o estatuto, ele apenas o reconhece, não o torna refugiado, o reconhece porque ele já é um refugiado” (CARNEIRO, 2017, p. 95). Em decorrência da natureza desse reconhecimento, prossegue, não se sanciona o ingresso irregular no território, “porque se aplica um tipo particular de ‘estado de necessidade’, uma vez que se subentende que a pessoa devia salvar-se e poderia não ter a possibilidade de observar os ritos legais do regime de fronteiras” (CARNEIRO, 2017, p. 96).

Portanto, a hipótese de inabilitação do pedido de refúgio por entrada irregular, prevista invariavelmente nas portarias analisadas, em um juízo de dupla compatibilidade material – direito nacional e direito internacional – não ultrapassa sequer o primeiro filtro de validade, que é o da lei infraconstitucional nacional, violando expressamente o disposto no art. 8º da Lei nº 9.474/1997.

Tanto mais é assim quando as evidências empíricas indicam que as medidas de fechamento de fronteiras são responsáveis por estimular o ingresso informal e oculto desses migrantes indesejados. De fato, há uma série de riscos, próprios à condição de vulnerabilidade dos refugiados, que são criados ou potencializados pela negativa de acesso às fronteiras, especialmente nas compartilhadas com Estados em contexto de ruptura econômico-social. Conforme documentado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), desde meados de março de 2020, quando os fechamentos de fronteira começaram a ocorrer, um número crescente de venezuelanos têm se submetido a esquemas informais de trânsito fronteiriço, aumentando sua exposição ao vírus, ao tráfico de pessoas e a violações praticadas por grupos armados (OECD, 2020).

Assim, pretender que um migrante em situação de deslocamento forçado “perca” o direito ao reconhecimento da condição de refugiado porque não se submeteu aos trâmites ordinários de fronteiras – porque estavam fechadas, vedando-se-lhe, justamente, estes trâmites – configura medida que viola direito nacional e internacional, sendo manifestação destacada de incompreensão do Poder Executivo brasileiro da própria condição humana da pessoa em busca de refúgio.

6 A INTERPRETAÇÃO *SECUNDUM CONVENTIONEM* DAS MEDIDAS DE FECHAMENTO DE FRONTEIRAS NO BRASIL

No sistema europeu de direitos humanos, tem-se afirmado o dever de os Estados interpretarem suas disposições nacionais relativas aos direitos e liberdades dos indivíduos *secundum Conventionem* (ROCA, 2010). No SIDH, a interpretação conforme como ferramenta de conversação de fontes se reafirma, estando frequentemente associada à ideia de controle de convencionalidade. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juiz da Corte IDH, salienta os estreitos vínculos entre a técnica da interpretação conforme e o controle de convencionalidade, sustentando tratar-se de uma das formas mais efetivas de harmonizar o direito nacional e o direito internacional (MAC-GREGOR, 2011).

Para versar as relações entre o direito nacional e os regimes jurídicos internacionais a que está vinculado, a interpretação conforme tem também lugar no Brasil, tanto para o direito internacional dos direitos humanos como para outros tratados considerados “comuns”. Na compreensão esboçada por Mazzuoli, os órgãos nacionais devem “adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado” (2004, p. 133). Com efeito, a incorporação dos tratados ao direito interno autoriza, desde logo, a “compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país”, de modo que cabe “ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem” (MAZZUOLI, 2004, p. 133). De fato, no Direito brasileiro, a interpretação conforme como instrumento de harmonização pode ser encontrada nas cláusulas constitucionais de abertura ao direito internacional que orientam nosso modelo de estado constitucional cooperativo (art.1º, III; arts. 4º e 5º, § 2º, da CF).

Nessa perspectiva, as disposições relativas ao “direito da pandemia Covid-19”, particularmente as disposições do art. 3º, VI, da Lei nº 13.979/2020

- que autorizam o fechamento de fronteiras - e as portarias que fecharam as fronteiras brasileiras, que aqui nos interessam, devem ser lidas e ter sua validade afirmada somente se e quando em conformidade com o quadro normativo, já explicitado, do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional dos refugiados e do direito internacional da saúde, para além de, evidentemente, estarem adequadas ao direito interno.

Para essa conformação, tendo em vista o que expusemos relativamente ao princípio do *non-refoulement* na Seção 1 do presente artigo, é imprescindível excluir qualquer interpretação do art. 3º, VI, da Lei nº 13.979/2020 e das portarias que fecharam as fronteiras brasileiras, que compreenda, incluídos na chamada *restrição temporária de entrada no país*, migrantes em situação de deslocamento forçado titulares de direito à postulação de proteção internacional, nos termos acima também já definidos, é dizer, não apenas refugiados e solicitantes de asilo, mas também - por força da amplitude específica da proteção outorgada pela jurisprudência da Corte IDH -, a qualquer estrangeiro em condição potencialmente equivalente.

Essa interpretação é imprescindível porque as portarias *não excluem* expressamente de sua aplicação esses indivíduos carentes de proteção internacional. Pior: as portarias estabelecem *restrições adicionais para venezuelanos*, que, como visto em seção anterior do presente escrito, constituem neste momento, no mundo, o segundo maior contingente de pessoas em situação de deslocamento forçado.

O art. 3º da Portaria nº 340/2020, da Casa Civil, por exemplo, que estende o impedimento de ingresso no País até 30 de julho de 2020, ao excepcionar indivíduos cujo ingresso é permitido, *não prevê* a permissão de ingresso de pessoas em situação de deslocamento forçado. Não bastasse, reafirmando a verve discriminatória e contrária aos direitos humanos que a subjaz, estabelece (art. 3º, § 6º) - contrariamente ao que permite a todos as outras nacionalidades - *restrição adicional para "estrangeiros" provenientes da Venezuela*, barrando o ingresso de, inclusive, *imigrantes regulares* e portadores de Registro Nacional Migratório (RNM) provenientes deste país.

Portanto, para conformação do Direito brasileiro aos compromissos internacionais a que está vinculado, é preciso excepcionar das restrições de ingresso de que tratam as portarias, bem como da aplicação do art. 3º, VI, a, da Lei nº 13.979/2020, as pessoas em situação de deslocamento forçado. Esta

é a única interpretação compatível com o art. 33 do Estatuto dos Refugiados de 1951 (Decreto nº 50.215/1961); com o art. 3º da Convenção Internacional contra a Tortura de 1984 (Decreto nº 40/1991); com o art. 8º da Convenção da ONU sobre Desaparecimento Forçado de 2006 (Decreto nº 8.767/2016); com os arts. 22.7 e 22.8 da CADH; com o art. 13, § 4º, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto nº 98.386/1989). Por fim, em relação ao direito internacional da saúde, é a única interpretação que se coaduna com os art. 2º, 3.1 e 32 do RSI, que condicionam a sua aplicação à observação de direitos humanos dos indivíduos em deslocamento.

CONCLUSÕES

As crises de saúde pública de caráter transnacional evocam sentimentos securitários, discriminações e a construção de barreiras entre as sociedades, grupos e indivíduos. A pandemia do Covid-19 configura a memória mais recente dessas manifestações que são características dos processos epidemiológicos com escala relevante.

Em um contexto dessa natureza, emergem duas providências fundamentais: proteção dos mais vulneráveis e coordenação de ações em nível internacional. No seio da questão sobre a qual nos debruçamos – a do tratamento dos deslocados em tempos de pandemia –, a proteção dos mais vulneráveis implica observar rigorosamente a disciplina, especialmente do direito internacional dos refugiados e do direito internacional dos direitos humanos, atribuindo “portões de acesso” diferenciados aos indivíduos carentes de proteção internacional, e não erguendo muros, como se fazia no medievo. Já no que diz respeito à coordenação de ações, cuida-se de fortalecer e seguir o regime jurídico da Organização Internacional a qual se atribuiu o mandato para liderar o conserto e a cooperação dos Estados no enfrentamento de eventos de saúde pública em escala global, a OMS.

A análise procedida na presente investigação problematizando as medidas legais adotadas pelo Brasil relativas ao fechamento de fronteiras na pandemia Covid-19, em perspectiva com disciplina normativa incidente sobre as pessoas em deslocamento forçado, permitiu alcançar as seguintes conclusões:

1. Em virtude da natureza instrumental do princípio da não devolução em relação a uma série de outros direitos humanos fundamentais, não se

poderia cogitar de uma “suspensão de garantias”, no sentido do art. 27 da CADH, tendo em vista que, conquanto essa disposição convencional autorize, em situações de perigo público ou emergência, a suspensão de algumas obrigações convencionais, essa excepcional faculdade não permite a suspensão das garantias indispensáveis para proteção do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), do direito à vida (art. 6º) e aos direitos das crianças (art. 19).

2. O art. 7º da Lei nº 9.474/1997, que disciplina o ingresso no território nacional e o pedido de refúgio, deve ser submetido a um controle de convencionalidade, merecendo interpretação conforme à CADH, para o efeito de entender que as obrigações nacionais relativas ao refúgio, bem como o direito do estrangeiro de solicitar a proteção, não estão condicionadas à entrada no “território nacional”, mas sim presentes sempre e quando a pessoa esteja submetida à autoridade, responsabilidade ou controle do Estado brasileiro.

3. A conformidade convencional da aplicação de “Medidas adicionais de saúde”, na forma do art. 43 do RSI, submete-se a condicionantes formais e materiais. As condicionantes materiais se podem resumir em critérios de cientificidade, temporalidade e proporcionalidade. A condicionante formal resume-se à notificação à OMS sobre proibições à entrada de viajantes superiores a 24 horas. Conquanto não tenha, ao que se sabe, cumprido a condicionante formal, não é possível afirmar que o Brasil, ao impor a medida de restrição ao tráfego em suas fronteiras, tenha descumprido as condicionantes materiais estabelecidas no art. 43 do RSI, tendo em vista que as evidências disponíveis (i) sugerem a eficácia dessas medida durante as fases iniciais de disseminação do vírus e (ii) ainda são inconclusivas relativamente aos efeitos da manutenção de restrições durante os desenvolvimentos ulteriores da pandemia, admitindo-se a postura prudencial a partir da realidade de cada Estado.

4. A hipótese de inabilitação do pedido de refúgio por entrada irregular, prevista invariavelmente nas Portarias analisadas, em um juízo de dupla compatibilidade material – direito nacional e direito internacional – não ultrapassa sequer o primeiro filtro de validade, que é o da lei infraconstitucional nacional, violando expressamente o disposto no art. 8º da Lei nº 9.474/1997.

5. Tendo em vista o princípio do *non-refoulement*, deve-se excluir qualquer interpretação do art. 3º, VI, da Lei nº 13.979/2020 e das portarias que fecharam as fronteiras brasileiras, que compreenda incluídos na chamada restrição

temporária de entrada no país migrantes em situação de deslocamento forçado titulares de direito à postulação de proteção internacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Genebra: ACNUR, 2007.

ACTER, T.; UDDIN, N.; DAS, J.; AKHTER, A.; CHOUDHURY, T.; KIM, S. Evolution of severe acute respiratory syndrome coronavirus 2(SARS-CoV-2) as coronavirus disease 2019 (Covid-19) pandemic: a global health emergency. *Science of the Total Environment*, v. 730, abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138996>. Acesso em: 15 maio 2020.

AITH, F. M. A.; RACHED, D. H.; VENTURA, D. de F. L. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro: Ahead of Print, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>. Acesso em: 12 maio 2020.

ANVISA. *Regulamento Sanitário Internacional – RSI*. Versão em português aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 395/2009, publicado no DOU de 10.07.2009, p. 11. Agência Nacional de Vigilância Sanitária/Organização Mundial de Saúde. Brasília, 2009.

BERLINGUER, G. Globalização e saúde global. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 13, n. 35, p. 21-38, abr. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020a*. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm#anexo. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961*. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948*. Promulga os atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.693, de 13 de agosto de 1929. Approva o Código Sanitário Pan-Americano assignado em Havana a 14 de Novembro de 1924, o Protocollo anexo a esse Código e a Convenção Internacional firmada em Paris a 21 de Junho de 1926. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5693-13-agosto-1929-561879-publicacaooriginal-85642-pl.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020b. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.979-2020?OpenDocument. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

CARNEIRO, M. L. T. *Cidadão do mundo: o Brasil diante do holocausto e dos judeus refugiados do nazifascismo (1933-1948)*. São Paulo: Fapesp, 2010.

CARNEIRO, W. P. O conceito de proteção no Brasil: o artigo 1 (1) da Lei 9.474/97. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. de (org.). *Refúgio no Brasil: comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin, p. 95-103, 2017.

CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, No. 272.

CORTE IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A, No. 21.

CORTE IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018. Serie A, No. 25.

CORTE IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Serie A, No. 23.

FELLET, João. “Vírus chinês”: como o Brasil se inseriu em disputa geopolítica entre EUA e China sobre pandemia. *BBC Brasil*, 19 de março de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51963251>. Acesso em: 24 maio 2020.

FOLLADOR, K. J. A relação entre a peste negra e os judeus. *Revista Vértices*, [s.l.], n. 20, p. 26-46, dez. 2018. Disponível em: <http://revistas.fflch.usp.br/vertices/article/view/2903/2610>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GOULART, A. da C. Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro. *Hist. Cienc. Saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 101-142, abr. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702005000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jun. 2020.

GRÉPIN, K. A. et al. Evidence of the effectiveness of travel-related measures during the early phase of the Covid-19 pandemic: a rapid systematic review. *medRxiv* 2020.11.23.20236703. Disponível em: <https://doi.org/10.1101/2020.11.23.20236703>. Acesso em: 20 jan. 2021.

HABIBI, R. et al. The Stellenbosch Consensus on Legal National Responses to Public Health Risks. *International Organizations Law Review*, (2020), 1-68. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/15723747-2020023>. Acesso em: 20 dez. 2020.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning Communication No. 3042/2017*. CCPR/C/130/D/3042/2017. 27 January 2021. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/ITA/CCPR_C_130_DR_3042_2017_32338_E.docx. Acesso em: 12 fev. 2021.

LUZ FILHO, J. F. S. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ALMEIDA, G. A. de; ARAÚJO, N. de (org.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAC-GREGOR, E. F. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

MALLAPATY, S. What the data say about border closures and Covid Spread. *Nature*, v. 589, 14 January 2021, p. 185. Disponível em: <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-020-03605-6/d41586-020-03605-6.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

MARQUES, F. Emmanuel Macron declara “guerra” à Covid-19. *Euronews*, março de 2020. Disponível em: <https://pt.euronews.com/2020/03/16/emmanuel-macron-declara-guerra-a-covid-19>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MAZZUOLI, V. de O. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

OECD. *The impact of coronavirus (Covid-19) on forcibly displaced persons in developing countries*. OECD, 15 June 2020. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/>

view/?ref=134_134464-6xiiqyqrb7d&title=The-Impact-of-COVID-19-on-Forcibly-Displaced-Persons-in-Developing-Countries. Acesso em: 25 jun. 2020.

ONU News. *Secretário-Geral alerta para “tsunami de ódio e de xenofobia” durante pandemia*. 8 de maio de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/05/1712982>. Acesso em: 2 jun. 2020.

PADMANABHAN, V. To transfer or not to transfer: identifying and protecting human rights interests in non-refoulement. *Fordham Law Review*, n. 80, 2011, p. 73-123. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss1/3>. Acesso em: 20 maio 2020.

ROCA, J. G. *El margen nacional de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

STF. *Decano determina abertura de inquérito para investigar suposto ato de racismo de Weintraub*. Imprensa, 29.04.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442297&ori=1>.

UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC), *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 March 1992. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>. Acesso em: 26 maio 2020.

UN. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. A/CN.4/L.702, Geneva, 18 July 2006.

UNHCR. *Coronavirus emergency appeal: UNHCR's preparedness and response plan (revision)*. UNHCR, May 2020a. Disponível em: <http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/COVID-19%20appeal%20%20REREVISED%20-%2011%20May%202020.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

UNHCR. *Global Trends: forced displacement in 2019*. UNHCR Global Data Service. Copenhagen, 2020b.

UNHCR. *The principle of non-refoulement as a norm of customary international law*. Response to the questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93, 31 January 1994. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/437b6db64.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

VENTURA, D. *Direito e saúde global: o caso da gripe A(H1N1)*. São Paulo: Dobra Editorial, 2013.

VENTURA, D. Mobilidade humana e saúde global. *Revista USP*, São Paulo, n. 107, p. 55.64, out./nov./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/115113/112818>. Acesso em: 20 jun. 2020.

WHO. *Considerations for implementing a risk-based approach to international travel in the context of Covid-19*. 16 December 2020a. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/considerations-for-implementing-a-risk-based-approach-to-international-travel-in-the-context-of-covid-19>. Acesso em: 15 jan. 2021.

WHO. *Pandemic influenza preparedness and response: a WHO guidance document*. Geneva: WHO Press, 2009.

WHO. *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to Covid-19 outbreak*. 29 February 2020b. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>. Acesso em: 8 jan. 2021.

WHO. *WHO Coronavirus Disease (Covid-19) Dashboard*. Last update 11.03.2021. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 11 mar. 2021.

Submissão em: 22.03.2021

Avaliado em: 02.07.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 03.05.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 28.05.2023