

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

SUSANA CATARINA SIMÕES DE ALMEIDA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Maria Creusa De Araújo Borges; Susana Catarina Simões de Almeida; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-989-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

O GT Direito Internacional dos Direitos Humanos, coordenado pelos professores Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB, Brasil), Vladimir Oliveira da Silveira (UFMS, Brasil) e Susana Catarina Simões de Almeida (Instituto Jurídico Portucalense, Portugal), reúne os textos apresentados no VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado em 2024, sob o tema mais abrangente da Pesquisa Jurídica na Perspectiva da Transdisciplinaridade. O debate se dividiu em três blocos, conforme o núcleo temático dos artigos: no primeiro bloco, foram apresentados os artigos que problematizaram as relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Mudanças Climáticas. Por sua vez, no segundo bloco, teve lugar a discussão sobre os desafios migratórios e suas questões no marco dos conflitos armados, dos impactos da pandemia de COVID-19 e da problemática de promoção da igualdade de gênero. Por fim, e não menos importante, foram problematizadas questões concernentes aos desafios emergentes e as possíveis respostas dos tribunais para a solução dos problemas que impactam na dignidade da pessoa humana no cenário de recrudescimento dos conflitos armados e de violações de direitos humanos de grupos vulneráveis. Destaca-se a trajetória do GT nos eventos do CONPEDI, como um lócus dinâmico e transfronteiriço de socialização das pesquisas no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Enfatiza-se, também, a tarefa empreendida por todos os pesquisadores de problematizar temas da pesquisa jurídica considerados de vanguarda e que suscitam a necessidade de respostas eficazes desde uma perspectiva transdisciplinar e de articulação teórico-prática.

**O DESAFIO DA PROTEÇÃO JURÍDICA A MIGRANTES E REFUGIADOS
SEGUNDO A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY**
**THE CHALLENGE OF LEGAL PROTECTION FOR MIGRANTS AND REFUGEES
ACCORDING TO ROBERT ALEXY'S THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

Mario Jorge Philocreon De Castro Lima ¹
Arabi de Andrade Melo da Costa ²

Resumo

O presente artigo examina a aplicação da Teoria dos Direitos Fundamentais de autor Robert Alexy, no contexto dos persistentes fluxos migratórios atuais, onde diversos grupos de pessoas de múltiplas nacionalidades são compelidos a deixar seus países de origem e se deslocar para outras regiões ou territórios de outros países, devido a fundados temores de perseguição relacionados a conflitos armados, questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, violações generalizadas dos direitos humanos ou escassez econômica. Essas pessoas são juridicamente protegidas em sua dignidade humana nos termos dos direitos humanos estipulados em normas internacionais, que são válidos mesmo em estadia em territórios de outros Estados. Entretanto, a maioria dos países receptores costuma oferecer dificuldades de admissão, permanência e proteção de direitos dessas pessoas em seus territórios através de restrições de seus ordenamentos internos com fundamento no princípio da soberania estatal. Esse conflito entre a soberania dos Estados e os direitos humanos de migrantes e refugiados, caracteriza potencial colisão de direitos fundamentais na esfera dos direitos nacionais e do direito internacional, que pode encontrar soluções de equilíbrio na ponderação proposta pela teoria de Alexy, na busca de implantar um padrão mínimo existencial indispensável à dignidade humana para migrantes e refugiados, enfatizando a necessidade de alocação de recursos e proteção que respeite os princípios de proteção de pessoas vulneráveis. A metodologia utilizada no trabalho adota abordagem analítica documental com revisão de artigos acadêmicos, convenções internacionais e leis brasileiras.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais, Convenções internacionais, Migrantes, Refugiados

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the application of the Theory of Fundamental Rights by Robert Alexy, in the context of current persistent migratory flows, where diverse groups of people of multiple nationalities are compelled to leave their countries of origin and move to other regions or territories of other countries, due to well-founded fears of persecution related to armed conflict, issues of race, religion, nationality, social group or political opinion.

¹ Professor Associado, Faculdade de Direito/UFBA

² Mestranda em Direito, UFBA

widespread violations of human rights or economic scarcity. These people are legally protected in their human dignity under the terms of human rights stipulated in international standards, which are valid even when staying in the territories of other States. However, most receiving countries tend to face difficulties in admitting, staying and protecting the rights of these people in their territories through restrictions in their internal systems based on the principle of state sovereignty. This conflict between the sovereignty of States and the human rights of migrants and refugees characterizes a potential collision of fundamental rights in the sphere of national law and international law, which can find balancing solutions in the consideration proposed by Alexy's theory, in the quest to implement a minimum existential standard indispensable to human dignity for migrants and refugees, emphasizing the need for allocation of resources and protection that respects the principles of protection of vulnerable people. The methodology used in the work adopts a documentary analytical approach with a review of academic articles, international conventions and Brazilian laws.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity of human person, Fundamental rights, International conventions, Migrants, Refugees

1 INTRODUÇÃO

O Princípio da Dignidade Humana se constitui no eixo central de orientação para reconhecimento e efetivação dos direitos humanos e fundamentais, sendo referenciado de maneira exaustiva para justificar sua relevância, necessidade e investimento.

O Princípio da Dignidade Humana se encontra afirmado no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), especificamente anunciado nos 1º e 5º parágrafos, que o torna em diretriz para o direito internacional, inclusive para justificar ações de garantia dos direitos humanos dos imigrantes, refugiados e apátridas.

Isso porque as graves violações cometidas na 2ª Guerra Mundial e a inobservância da necessidade de dignidade no tratamento dos combatentes, prisioneiros e da população civil, reavivaram o consenso internacional acerca dos titulares de direitos e dos bens jurídicos a serem preservados pela espécie humana.

Nesse desfecho, a Declaração Universal de Direitos Humanos veio a ser proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, com a presença de 48 países, presente o Brasil entre esses, e embora a maior parte das nações não participarem daquele momento, a DUDH representa, como lembra (Bobbio, 1992, p 27), um consenso de validade para os direitos humanos como sistema de princípios de conduta livre e expressamente aceito.

A mobilidade humana entre nações e/ou países sempre existiu na história, motivada por diversas variantes., em busca por melhores condições de vida do que a oferecida pelo seu país de origem, seja por causa ambiental, econômica ou cultural, ou mesmo fuga de conflitos bélicos, que desloca milhares de pessoas para outras partes do planeta.

Ocorre que o posicionamento de alguns Estados frente a vulnerabilidades de imigrantes e refugiados demonstra contradição para com arcabouço normativo internacional, porque, mesmo tratando-se de países signatários da DUDH, esses atuam em violação de diversos princípios e regras de normas internacionais para migração, sob a justificativa da soberania nacional e segurança. Assim, famílias são separadas e pessoas são expostas à situações precárias sem assistência quanto ao mínimo para sua subsistência.

O presente artigo pretende analisar a eficácia da Teoria da Dignidade Humana na perspectiva de Robert Alexy no contexto da migração forçada, ou seja, daqueles indivíduos que são obrigados a imigrar devido a fundados temores de perseguição relacionados à conflitos armados, questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, como também devido a violação generalizada de direitos de direitos humanos.

A metodologia adotada é documental com revisão de artigos acadêmicos e relatórios de agências não-governamentais, decretos e leis.

2 CRISE MIGRATÓRIA INTERNACIONAL NO SÉCULO 21

No século 21 verifica-se aumento acentuado no fluxo de migrações que assediam países desenvolvidos na Europa, América do Norte, e também atingem a América do Sul, obrigando ações de controle e contenção pelos países receptores.

Os movimentos migratórios ocorrem por razões semelhantes embora por efeito de acontecimentos diferentes, onde alguns aspectos comuns podem ser reconhecidos, a exemplo de escassez econômica, falta de segurança, corrupção ou conflitos internos em territórios de países, e mesmo todos esses fatores em conjunto.

As maiores causas do forte fluxo migratório atual para a Europa decorrem das agitações sócio-políticas no norte da África e Oriente Médio desde o início do século 21, algumas saudadas em 2011 como ‘primavera árabe’, que atingiram e ainda afetam diversos países.

Por sua vez, na América do Norte, o fluxo migratório agudo atinge a fronteira terrestre entre México e EUA, decorrente de grandes êxodos oriundos na América Central e do Sul, assim como ocorre na América do Sul onde fluxos migratórios se espalharam pelo continente na última década, o maior deles composto por venezuelanos tangidos pela carência econômica e agitações políticas no seu país, que repercutiu de modo acentuado no Brasil e na Colômbia.

Os atuais fluxos migratórios que assolam Europa e Américas, trazem a percepção da existência de uma crise migratória, propalada na mídia com traços indutores de crise política e até uma crise internacional. O resultado mais visível do potencial perturbador desse fenômeno se constata na retirada do Reino Unido da União Européia, no fato político conhecido como Brexit, bem como o prestígio crescente de partidos da chamada direita (*alt right*), justamente com apelos de resgate do nacionalismo tradicional.

Entende-se aqui a crise política como algo capaz de induzir não-governabilidade, segundo as causas hipotéticas de sobrecarga de problemas para o Estado que leva ao colapso de recursos, ou emergência de complexidades que desafiam a autonomia e legitimidade das instituições, e induzem o surgimento de uma crise administrativa que reduz o apoio político dos cidadãos ao governo (Bobbio, Matteucci, Pasquino, 2004, V1, p 548).

Por sua vez, essa crise política se transforma em crise internacional, na medida em que as situações internas nos países provocam perturbações além das suas próprias fronteiras, sobretudo quando os distúrbios internos ocorrem simultaneamente em vários países ou regiões, e se tornam em problema comum que demanda o esforço conjugado dos afetados para apaziguamento das perturbações.

Por conseguinte, as ações individuais ou combinadas de Estados, com efeito sobre pessoas e outros Estados, eventualmente incorrem em situações reguladas em convenções

internacionais, como acontece nas possíveis afetações dos direitos humanos de populações deslocadas.

No caso, os fluxos migratórios atuais induzem crises políticas, porque provocam significativas tensões nos fundamentos das concepções históricas e culturais que sedimentam o mundo ocidental, ainda mais antigos que os sistemas de proteção dos direitos humanos, a exemplo da tensão entre globalização/integração *versus* soberania territorial estatal e controle de fronteiras, considerando que, em termos culturais, o conceito de soberania estatal remonta aos séculos 15 e 16 (Ferrajoli, 2002, p. 2), e sempre inclusa nesta soberania a prerrogativa de domínio pleno por um Estado do seu território nacional.

A soberania estatal permanece validada no sistema internacional contemporâneo, malgrado as evoluções do século 20 ainda em andamento, que preconiza asserção progressiva de uma comunidade de nações ou sociedade internacional, que predomine sobre as soberanias ainda que parcialmente sobre as soberanias estatais que fundamentou originalmente a concepção da coletividade de estados pos-westfaliana. A justificativa para esse predomínio internacional se encontra justamente na garantia da paz e segurança para todos os países e garantia de direitos humanos para os povos.

O princípio da soberania estatal transparece no art 1º, parágrafo 2 da Carta da ONU, insculpido nos princípios de autodeterminação dos povos e igualdade de direitos entre as nações.

A autodeterminação significa, nas relações internacionais, o direito de um povo de organizar seu próprio governo e de não se submeter à soberania de outro Estado (Bobbio, Mateucci, Pasquino, V1, p 70), e a igualdade de direitos, afirmada no art 2º, parágrafos 1 e 2, da Carta, materializa as relações entre os membros ao modo soberano, no sentido de não subordinados a uma autoridade superior (Bobbio, Mateucci, Pasquino, V2, p 1090), senão pela própria vontade, malgrado a assimetria no Conselho de Segurança.

No Brasil, a autodeterminação dos povos e a igualdade entre Estados estão afirmadas respectivamente no art 4º, incisos III e V, da CF/88, como princípios das relações internacionais da república brasileira.

3 AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS PARA MIGRANTES E REFUGIADOS

Os fluxos migratórios atuais se compõem de pessoas que podem ser classificadas como Migrantes ou Refugiados. Essas duas categorias de pessoas são muito semelhantes no que diz respeito a seu estado de vida, porém podem ser diferenciadas segundo as características de sua trajetória, por isso podem receber um tratamento normativo diverso, desde que mantida sua dignidade através da proteção e garantia de seus direitos humanos.

Em linhas gerais, a principal diferença entre Migrantes e Refugiados se encontra justamente na voluntariedade da pessoa Migrante que se transfere para o território do qual não é nacional, enquanto que os Refugiados são pessoas que se transferem para outros países não por vontade própria, mas forçados por situação exasperante de constrangimento e ameaça insuportável e insuperável para sua vida e de sua família.

Em adendo, cabe observar que a situação de Imigrante pode abranger os dois estados de vida que motivam uma pessoa ou grupo a se deslocar para outros territórios, seja como Migrante ou Refugiado, que se tornará Imigrante do ponto de vista do país receptor para com seu próprio território, porque com relação ao seu território de origem será entendido como Emigrante, isto é, aquele que se desloca para área externa.

Nesse sentido, observe-se as definições de - Migrante - no Glossário sobre Migração da OIM – Organização Internacional para Migrações, e de - Refugiado - no Estatuto dos Refugiados da ONU, que informam a diversidade entre as duas categorias.

Migrante - No plano internacional não existe uma definição universalmente aceite de migrante. O termo migrante compreende, geralmente, todos os casos em que a decisão de migrar é livremente tomada pelo indivíduo em questão, por razões de “conveniência pessoal” e sem a intervenção de factores externos que o forcem a tal. Em consequência, este termo aplica-se, às pessoas e membros da família que se deslocam para outro país ou região a fim de melhorar as suas condições materiais, sociais e possibilidades e as das suas famílias.

Art. 1º - Definição do termo "refugiado"

A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:

1)(...)

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele

Essas entidades, a OIM – Organização Internacional para Migrações, e a ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiado, originam-se ambas em 1951, no início voltadas para acompanhar e assistir aos grandes fluxos de migrantes e refugiados europeus decorrentes da 2ª Guerra Mundial, mais tarde ampliadas através do Protocolo adicional de New York de 1967, para atender outros tantos fluxos migratórios emergentes no mundo, decorrentes

de conflitos armados ou outras causas como perseguições políticas, insegurança interna ou escassez econômica. Cabe registrar que os países desenvolvidos ocidentais são signatários do Estatuto dos Refugiados, mas nem todos os membros da ONU são aderentes.

No Brasil, país signatário do Estatuto e do Protocolo, a legislação nacional assimilou plenamente suas diretrizes através de lei, como se observa no dispositivo:

BRASIL. Lei nº 9.474/1997.

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.

Em termos globais, destacam-se disposições que instruem proteção extensível a migrantes e refugiados nas grandes convenções gerais, patrocinadas pela ONU a exemplo dos artigos 13 e 15 da DUDH, e também no PIDCP (Protocolo Internacional de Direitos Civis e Políticos), os artigos 13, 26 e 2º parágrafo 1, e no PIDESC (Protocolo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), artigo 2º parágrafos 2 e 3.

Entre as convenções internacionais específicas encontra-se a Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, adotada pela AG/ONU em 1990, mas que não está assinada por nenhum dos países desenvolvidos da América do Norte e Europa até 2021.

Em ano mais recente, desponta o Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (GCM – Global Compact for Migration), aprovado na Resolução nº 73/195 da AG/ONU em 12/2018, porém, a elaboração desse Pacto não contou com a participação dos EUA, não foi aprovado por unanimidade, e permanece como pacto não vinculativo em direito internacional.

Em termos regionais encontra-se nas Américas a CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos, que estipula no art 22 disposições favoráveis para Migrantes e Refugiados, lembrando que EUA não é signatário dessa relevante convenção regional.

Nas Américas cabe ainda destacar a Declaração de Cartagena emitida no México em 1984, que recomenda a todos os países americanos a adesão plena ao Estatuto dos Refugiados

da ONU de 1951 e seu Protocolo adicional, no objetivo de aumentar e garantir a proteção a refugiados na região. A Declaração de Cartagena veio a ser atualizada em 2014 na conferência Cartagena + 30 em Brasília, com participação de 30 países, na qual se ajustaram complementos para efetiva aplicação nos países aderentes do acolhimento e assistência a refugiados, deslocados e apátridas.

3.1 Dignidade Humana para Migrantes ou Refugiados nas Convenções Internacionais

A proteção e acolhimento de migrantes e refugiados na estrutura normativa internacional se inicia depois da segunda guerra mundial para ajudar os grandes contingentes populacionais deslocados por efeito direto ou indireto dessa guerra centrada na Europa.

Por sua vez, cabe lembrar que essas novas normas então surgidas, evoluíram do direito humanitário internacional desenvolvido a partir da Convenção de Genebra do século 19, atualizada em 1949, que se dedica sobretudo à proteção às vítimas humanas das guerras, a exemplo de prisioneiros, feridos, pessoal de saúde e civis locais.

No Estatuto dos Refugiados, destacam-se os artigos 25, 31, 32 e 33, que orientam aos países signatários manter conduta favorável à regularização de refugiados presentes no seu território em situação irregular, e restrições quanto à utilização de confinamentos e expulsão, quando necessário. Outras disposições relevantes do Estatuto constam nos art. 17 a 19 que instruem os países signatários a facilitar a busca de meios de subsistência pelos refugiados no mercado de trabalho e econômico local, bem como as disposições dos art. 20 a 24 no sentido de contribuir para sua integração social.

O Estatuto estebelece, entre outras estipulações, que os Estados signatários devem acolher os refugiados que permanecem em seus territórios, sem nenhuma discriminação quanto a suas nacionalidades de origem conforme art 3º, 5º e 8º.

Naturalmente, o cumprimento do Estatuto demanda que as necessidades dos imigrantes e refugiados não sejam ignoradas pelo sistema jurídico do Estado receptor. Não se pode negar ao estrangeiro, independente de sua condição, se imigrante ou refugiado, o reconhecimento de seus direitos humanos básicos em igualdade de condições com os demais habitantes do território de um país, ainda que submetidos ao regime progressivo para integração total.

Entretanto, em virtude da soberania das nações, nenhum país está obrigado a acolher em definitivo os refugiados, mas apenas são proibidos de mandá-los de volta aos países de origem onde há riscos a sua segurança ou sobrevivência, nos termos da norma do art. 33 do Estatuto denominada de Princípio de *non-refoulement*.

Nesse aspecto, há autores que defende que para os estrangeiros, sejam migrantes, refugiados ou turistas, deve ser assegurado um rol de direitos humanos universais (Carens, p 63,

2008), que independem da cidadania e da soberania estatal. Nesse sentido, esse autor defende a reserva de alguns direitos aos nacionais como a empregos públicos, moradia e programas sociais (Carens, p 67, 2008) sem privação dos imigrantes de todos os direitos sociais disponíveis.

Embora as fontes do direito nacionais e internacionais reconheçam o imigrante e o refugiado como sujeito titular de direitos independente de sua nacionalidade, cor, crença e gênero, no que se refere as migrações, a implementação e eficácia desses direitos continua dependendo do Estado receptor.

Nesse sentido, Rossana Rocha Reis (p 151, 2004) destaca que:

No âmbito da imigração propriamente dito, cabe destacar que a Declaração garante aos indivíduos, no artigo 15, o direito a ter direitos, isto é, o direito a ter uma nacionalidade, de não perdê-la e de poder trocar de nacionalidade; no artigo 14, o direito de procurar asilo em casos de perseguição; e no artigo 13, parágrafo 2, o direito de sair, isto é, deixar seu país de origem, e de voltar quando tiver vontade. Os avanços nesse sentido não representam, entretanto, uma ruptura com o paradigma anterior. A autonomia decisória do Estado a respeito de quem pode entrar ou residir em seu território permanece assegurada. O mesmo artigo 13, em seu parágrafo 1, deixa claro que a liberdade de movimento e de residência é limitada ao “interior das fronteiras de cada Estado”. Não existe nada como um “direito de entrar” que possa ser equiparado ao direito de sair. O artigo 14 garante à “vítima de perseguição [...] o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”, contudo nenhum país é obrigado a aceitá-la.

No cenário atual, constata-se a dificuldade da ausência de um instrumento coercitivo capaz de garantir a efetividade da execução e implementação dos direitos humanos dos imigrantes e refugiados para além do diagnóstico institucional do Estado receptor, como se observa na situação dos palestinos que atualmente tentam sair de Gaza, onde, embora as Nações Unidas tenham realizado diversos apelos ao Egito para permitir entrada desses refugiados em seu território, isso foi concedida primeiro aos estrangeiros ocidentais, e somente depois, para os palestinos com dupla nacionalidade que pretenderam sair do ambiente hostil.

Sem deslembrar da postura desarrazoada do Estado de Israel, que veta auxílios humanitários aos palestinos e a proposta de cessar fogo para evacuação da população civil, fazendo prevalecer os interesses de um Estado para definir o que é considerado “justo temor” e “violação de direitos humanos”, em detrimento da manifestação de organismos internacionais.

Fora do contexto de guerras, observa-se que o imigrante permanece vulnerável aos interesses políticos dos Estados, e ameaçados no momento pelo crescimento da extrema-direita

no ocidente, com discurso nacionalista reacionário que transforma os estrangeiros em alvo da ira social ou até mesmo endossando uma postura de não os considerar sujeitos de direito, marginalizando-os e retirando-os da proteção estatal. Posiciona assim, o estrangeiro como inimigo que irá retirar todas as possibilidades e recursos dos nacionais.

3.2 A Plausibilidade de Restrição a Direitos Humanos nas Convenções Internacionais

Na contemporaneidade, o Estado ainda consiste na estrutura encarregada de regular a concorrência entre poderes múltiplos dos quais se constitui o universo político, que existe como uma ordem em movimento e funciona mediante equilíbrio de forças (Burdeau, 2005, p. 97).

No intuito de cumprir a tarefa de manter o equilíbrio social, o Estado recebe poderes delegados da sociedade para governá-la, que não desbordam em razão da harmonia tripartite dos poderes políticos e sob vigilância ativa da sociedade civil. Entre os poderes delegados ao Estado constam o poder regulatório e o poder de polícia, operados para determinar restrições e repressões a atividades perturbadoras do bem comum e impedir que o exercício de direitos de um indivíduo resulte em lesão aos direitos ou liberdade dos demais indivíduos.

A busca do equilíbrio social consiste na tarefa de harmonização dos interesses dos membros individuais ou de grupos desses indivíduos ou de toda a comunidade, que podem ser qualificados respectivamente como interesses individuais, interesses coletivos, e interesses gerais ou interesse público, onde o interesse coletivo consiste em somatório de interesse individuais, e o interesse público consiste em somatório de interesses individuais e coletivos (Guerra Filho, p. 244, 2003), de modo que o atendimento ao interesse público significa atender intrinsecamente aos interesses individuais e coletivos.

Observe-se que a atuação do Estado no exercício de sua governança não raro causa afetação aos direitos fundamentais das pessoas, ainda que produzida na sua instância mais definitiva, o poder judiciário. Contudo essa eventual limitação ao desfrute de direitos não é desconhecida nem inesperada na dinâmica sócio-política.

A noção de limite ao exercício de direitos humanos está reconhecida desde a declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, que no art. 4 descreve a liberdade, em linhas gerais, como o poder de fazer tudo que não prejudique a outrem, e que o limite ao exercício de direitos ocorre quando esse desfrute oferece impedimento ao exercício de direitos dos demais membros da comunidade.

A doutrina jurídica dos direitos fundamentais também admite restrições a esses direitos como possibilidade lógica, (Alexy, 2008, p. 276) e cabe recordar que, durante a recente pandemia da covid-19, diversas ações e regulações legítimas dos governos estatais realizaram notórias restrições a direitos fundamentais, sobretudo liberdades individuais.

No âmbito do direito internacional, subsiste possibilidade para os estados em estabelecer suspensão ou restrições temporárias de liberdades individuais em seu território, que se encontram nas chamadas cláusulas de exceção, que estão estipuladas em algumas convenções de direitos humanos para aplicação somente em situações anormais, de exceção, com potencial de ameaça à própria existência da nação.

A situação anormal pode ser entendida como aquela decorrente de acontecimentos perturbadores ou impeditivos da maior parte das atividades habituais ou costumeiras da população do Estado, com efeitos deletérios sobretudo para o desempenho econômico e a organização da vida social.

As crises ou situações excepcionais podem surgir de incidentes de fato, a exemplo das catástrofes naturais ou acidentes artificiais de grande alcance, ou causadas por atores humanos como são as crises econômicas e as políticas.

Nas convenções de direitos humanos as cláusulas de exceção existem sob duas modalidades, as cláusulas derogatórias, que suspendem temporariamente e sob certas condições o desfrute de alguns dos direitos humanos que estão enunciados no seu conteúdo normativo, e as cláusulas restritivas, que apenas autorizam limitações ao desfrute dos direitos que a convenção declara (Pérez, 2013, p. 9).

Exemplo de cláusula derogatória em tratado universal de direitos humanos pode ser encontrada no art. 4º do PIDCP, que, em situações de exceção, capazes de significar risco para a existência da nação, autoriza a suspensão das obrigações dos Estados pactuadas nessa convenção.

Esse dispositivo também traceja os limites da aplicação dessa suspensão, ao vedar que a medida acarrete qualquer discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social, ou que a medida alcance alguns dos direitos de incolumidade física, de locomoção, de personalidade ou de crença das pessoas (art. 4º, item 2).

Ademais, o art. 5º do PIDCP interpõe outro limite à aplicação da cláusula de exceção, porque determina que a interpretação da mesma, para fins de aplicação, somente deve ocorrer dentro dos termos determinados na própria convenção.

Nesse Sentido, a Decisão 1984/104 do Conselho de Direitos Humanos da ONU, denominada de Princípios de Siracusa, contém disposição que reconhece que violações sistemáticas dos direitos humanos dentro do território de um país pelos órgãos dos estados atenta contra a segurança nacional e a ordem pública e se torna ameaça à paz internacional.

Desse modo, cabe reconhecer que situações de crises internas nos países que possam induzir a suspensão de garantias para os direitos humanos de pessoas, como ocorre com os

fluxos migratórios atuais, se tornam interesse dos demais países da comunidade internacional, e passam a ser perturbações com potencial incidência e aplicação das convenções internacionais de direitos humanos.

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH também apresenta cláusula de exceção derogatória no art. 27, informada para situações de guerra, perigo público ou emergências, com disposições muito aproximadas ao conteúdo da cláusula do PIDCP, inclusive quanto ao alcance das medidas excepcionais, que nos termos do seu art. 30, demandam regulação por lei e não pelo arbítrio da autoridade executiva.

3.3 As Restrições de Direitos de Migrantes e Refugiados pelos Estados

Na esfera das relações internacionais observa-se conflito de direitos quando os fluxos migratórios se confrontam com a soberania dos Estados, que os permite controlar suas fronteiras e regular a entrada e permanência de pessoas em seus territórios, não raro com restrições aos direitos humanos dos migrantes e refugiados.

Nesse sentido, o princípio da soberania estatal prevalece sobre o direito internacional dos direitos humanos no que diz respeito às convenções internacionais específicas para migrantes e refugiados e até mesmo quanto a algumas disposições da DUDH.

Por sua vez, se considerarmos a dignidade da pessoa humana como regra absoluta, ao colidir com a regra da soberania dos Estados, sob a perspectiva de Alexy, para dirimir tal conflito deveria existir uma norma de exceção que estabelecesse a não prevalência da regra da soberania para os casos dos refugiados e imigrantes. Porém, a realidade que prevalece é o vilipêndio aos direitos humanos frente aos interesses políticos sob a justificativa de proteção da segurança nacional.

No Brasil, observa-se o recente caso dos refugiados afegãos no Aeroporto de Guarulhos, onde todos possuíam visto humanitário permissivo de entrada deles no país. Porém, sucedeu-se que o volume de pessoas chegadas, desde quando concedido o visto humanitário em fevereiro de 2023, foi maior que os recursos disponíveis, de forma que o aeroporto foi transformado em um acampamento improvisado. Somente em junho de 2023, quando foi identificado a presença de escabiose (sarna) entre os refugiados, é que vieram medidas práticas diligenciadas pela União, Estado de São Paulo e o Município de Guarulhos.

Essa postura do Brasil sobre os refugiados afegãos só seria admitida pela Lei de Colisões de Alexy caso fosse verificado que todas as possibilidades estariam totalmente escassas e que abrigar esses indivíduos por tempo indeterminado em uma estrutura precária como o Aeroporto de Guarulhos seria o resultado da maximização do princípio, ou seja, a garantia mínima da dignidade humana em situação de otimização dos recursos. As tratativas realizadas violaram o

princípio da proibição da proteção deficiente.

Outro exemplo de conduta estatal fundamentada em soberania, incompatível com os direitos humanos e fundamentais sugestiva de descumprimento de convenções internacionais, pode ser observada na política estadunidense durante o governo Trump, que impedia de entrada nos EUA de crianças filhos de imigrantes legalizados (El País, 2020), que então eram mantidas retidas em “alojamentos” por serem de outra nacionalidade, malgrado as disposições do art 27 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH) e do art. 22 da Convenção de Direitos da Criança, das quais os EUA é signatário, conjungados com o art 5º do Estatuto dos Refugiados.

No cenário dias atuais, constatamos a violação de direitos humanos de migrantes ou refugiados quando observamos inertes a situação dos palestinos que tentam sair de Gaza, onde, embora as Nações Unidas tenham realizado diversos apelos ao Egito para permitir a entradas desses refugiados em seu território, isso foi concedido primeiro aos estrangeiros ocidentais para depois, os palestinos com dupla nacionalidade conseguir sair do ambiente hostil. Cabe ainda frisar nesse caso, a postura dessarroadada do Estado de Israel, que vetava os auxílios humanitários aos palestinos e a proposta de cessar fogo para evacuação da população civil.

Todas essas situações recentes descritas são passíveis de aplicação da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy que preconiza a flexibilização entre o princípio da soberania para com os direitos humanos, uma vez que, considerando a dignidade da pessoa humana como princípio - como de fato é no sistema do direito interno – o enunciado normativo seria cumprido na maior medida possível dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes.

Assim, o mandamento de otimização deve levar em consideração elementos como: os limites fáticos (a situação real existente e suas possibilidades) e jurídicos, isto é, uma vez que o grau de cumprimento é limitado, a colisão dos princípios será evitada, quando equilibrado mediante a disponibilidade de diferentes medidas de cumprimento conforme as possibilidades presentes.

4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2008, p 85), postula que as normas jurídicas podem ser estruturadas em regras ou princípios, que são diferentes qualitativamente.

O autor referido esclarece que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, por conseguinte, são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação

não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Por sua vez, as regras são normas que demandam sempre ser satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Assim, as regras representam mandatos definitivos. Um conflito entre regras apenas poderá ser solucionado através de eventual ressalva contida em uma das normas, que elimine o conflito onde pelo menos uma das regras seja declarada inválida (Alexy, 2008, p 92). Portanto, não há graduações nas regras jurídicas, ou uma norma jurídica é válida ou não.

Por outro lado, quando há colisões entre princípios, o autor assevera que a solução deve ser por meio de sopesamento entre os interesses conflitantes, estabelecendo uma relação de precedência incondicionada ou condicionada, a depender do caso concreto. Assim, Alexy (2008, p 95) estabelece a lei de colisão, como mandamento de otimização.

A otimização de um princípio vai ser determinada dependendo de cada caso. Essa otimização deveria amplificar o princípio da dignidade humana, que permeia os padrões de direitos humanos. Otimizadas devem ser, portanto, a eficácia e efetividade das normas jurídicas que protegem a dignidade não implicando, assim, na afirmação de que a dignidade impõe uma máxima satisfação de todas as necessidades humanas.

Entretanto, não é isso que se observa no caso dos refugiados e migrantes, embora, formalmente, exista um escopo jurídico que os proteje e garante tratamento igualitário em relação aos nacionais, a efetiva aplicação desse princípio não discriminativo ainda é baixa em virtude da escassez dos recursos, conforme posicionamentos políticos de cada região.

Nesse sentido, a otimização do princípio da dignidade humana dos imigrantes em territórios estrangeiros, frente aos recursos escassos e outros interesses políticos e sociais, deveria implicar na aplicação plena desses recursos ou pelo menos possibilitar um mínimo apropriado para a subsistência humana aos deslocados.

Cabe recordar que o princípio fundamental da dignidade humana assume dimensão natural e cultural ao longo da história humana, que informa os direitos humanos que foram reconhecidos e positivados em âmbito internacional (Sarlet, p 206, 2003) outorgados a todas as pessoas, independentemente do tempo e do povo a que pertencem, enquanto os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles positivados no ordenamento constitucional interno de cada Estado, e a priori, afetaria apenas seus nacionais (Sarlet, p 228, 2003).

Porém, por força do princípio da não discriminação do refugiado disposto no Estatuto,

não deveria ocorrer tratamento diferenciado a esses para com os nacionais de um país, e deveria ser permitido acesso inclusivo aos serviços públicos de saúde, documentação, educação entre outros no país onde está locado. Nesse caso, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais assinalada pelo autor Sarlet, aparentemente perde sentido no âmbito dos direitos humanos estipulados nas convenções internacionais.

5 A OTIMIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PARA GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA DE MIGRANTES E A RESERVA DO POSSÍVEL

No caso das restrições aplicadas às condições de sobrevivência e permanência dos migrantes e refugiados no território de países estrangeiros, observa-se um potencial conflito entre as normas de convenções internacionais, que determinam o acolhimento e proteção da dignidade humana dos deslocados que chegam aos territórios de outros países em situação de necessidade ou penúria, para com as restrições interpostas pelos ordenamentos nacionais dos países, fundadas no princípio da soberania, que se justifica como manifestação da organização interna do país receptor.

Na contemporaneidade, a organização interna das nações se fundamenta na salvaguarda do equilíbrio social interno e garantia do desfrute amplo, pleno e pacífico dos direitos fundamentais por seus nacionais. Cabe recordar, porém, que o exercício dos direitos fundamentais pelos nacionais não se realiza de modo absoluto, mas encontra limites na necessidade de garantir esse desfrute ao restante da coletividade nacional e a seus indivíduos, que demanda uma proporcionalidade de aplicação.

Exemplo dessa limitação e proporcionalidade, operadas substancialmente através de normas de direito interno, ainda está vivida na memória coletiva atual pós-pandemia da covid-19, quando as circunstâncias técnicas e práticas de enfrentamento da disseminação da moléstia determinou restrições à liberdade de locomoção e de reunião das pessoas, bem como interferiram em suas autonomias privadas com imposições de uso de máscaras e fechamento temporário de negócios, que são essenciais para a vida econômica e social e notoriamente lesivos aos interesses patrimoniais de famílias.

Por sua vez, cabe registrar que as pessoas deslocadas em situação de migrantes ou refugiados se tornam desprovidas de seu ordenamento jurídico nacional de origem, portanto fortemente ameaçadas na sua dignidade pela desproteção jurídica e existencial.

Nesse sentido, malgrado a eventual precariedade das organizações internas de seus países de origem, seja social ou jurídica, como acontece em algumas regiões, a exemplo de Somália, Haiti ou Iemem, a desproteção dos refugiados em territórios de outros países os

aproxima da indesejável situação de apátrida, se não houver o provimento das condições e recursos para preservação de sua dignidade através da proteção jurídica e existencial.

Essa desproteção dos deslocados busca restauração, ainda que temporária, nas normas internacionais de garantia dos direitos humanos, entronizadas nos ordenamentos internos de outros países, que, por conseguinte, se tornam habilitados ou compelidos, pelo sistema internacional a promover a manutenção da dignidade humana das pessoas que adentram seus territórios em situação de carência.

Isso significa que os não nacionais passam a dispor de direitos a prestação em sentido amplo (Alexy, 2008, p 444), perante o país receptor, e considerando que estão sujeitos às obrigações tributárias seja pelo eventual exercício de atividade econômica ou seja pela simples ação de consumo.

A situação revela conflito latente quanto à faculdade de desfrute ou postulação, pelos migrantes e refugiados, de direitos humanos qualificados em normas internas do país receptor por efeito de normas internacionais, para com as restrições causadas pelo exercício da soberania interna pelos países receptores, a ser enfrentado por juízo de proporcionalidade, de modo a garantir a subsistência harmônica dos valores e princípios imanentes em conflito.

Essa situação configura circunstâncias de caso concreto indutora de tensão de conflito ou colisão entre princípios, onde a decisão a realizar sempre significará privilégio de um dos princípios em detrimento de outro, embora todos se mantenham íntegros na sua validade, porém reduzidos em eficácia, no âmbito específico do caso em análise (Guerra Filho, p. 522, 2006).

Nesse sentido, a argumentação fundamentada na teoria dos princípios se revela promissora para solucionar com equilíbrio os casos concretos de conflito jurídico entre o exercício pleno de direitos fundamentais, que devem ser qualificados como colisões de princípios (Alexy, 2008, p. 93).

Esse efeito indesejável ocorre quando a aplicação dos direitos fundamentais em favor de um indivíduo ou grupo induz afetação de direitos fundamentais de terceiros específicos ou da coletividade.

Em algumas situações se encontra a colisão de princípios em sentido estrito (Alexy, 1999, p 71), que pode decorrer de colisões de direitos fundamentais iguais ou diferentes de indivíduos diferentes. Em outras situações surge a colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo (Alexy, 1999, p 71), nas quais a aplicação de direitos fundamentais afeta bens coletivos, a exemplo da saúde, segurança e proteção jurídica, que podem ser desfrutados não somente de modo individual como coletivo.

Nesses casos, a aplicação das restrições que favorecem determinados direitos fundamentais ou bens coletivos, não podem encontrar justificativa para seu predomínio por implemento solução de validade ou não validade, porque não se trata conflito de normas tipo regras, mas conflito de normas tipo princípios.

A situação dos refugiados em territórios de outros países se caracteriza justamente pelo conflito de desfrute de bens coletivos por dois grupos de pessoas, os nacionais e os não nacionais, apartados a partir da definição jurídica dos ordenamentos nacionais, mas equiparados por disposição das normas internacionais de direitos humanos.

A colisão entre os direitos fundamentais, privilegiados pelo alcance das restrições, contra as liberdades individuais eventualmente prejudicadas pelas mesmas imposições, reclama solução de equilíbrio com flexibilidade, na qual se busca harmonizar a concorrência de atuação entre todos os valores em jogo, delimitada em ponderação metódica.

O resultado da ponderação pretenderá determinar como os desfrutes parciais dos direitos humanos e fundamentais serão distribuídos aos grupos pretendentes, ao modo de como se desfruta das liberdades no meio social, isto é, liberdades limitadas pelo bem-estar geral, que somente ocorre quando a vivência da liberdade não lesar direitos de ninguém

Por sua vez, o método de ponderação de proporcionalidade pode ser fundamentado em normas constitucionais ou internacionais de direitos humanos, porque ambos os sistemas se dedicam à promoção e preservação dos mesmos valores essenciais, e devem funcionar de modo a garantir a proteção da dignidade humana dos refugiados, pela assistência social, jurídica e destinação de recursos, em equilíbrio com a preservação da estabilidade social da sociedade nacional.

Assim, o mandamento de otimização leva em consideração elementos como: os limites fáticos (a situação real existente e suas possibilidades) e jurídicos, isto é, uma vez que o grau de cumprimento é limitado, se porventura vem ocorrer colisão, essa será absorvida pela disponibilidade de diferentes medidas de cumprimento conforme as possibilidades presentes, conforme a aplicação da reserva do possível.

A reserva possível consiste em construção argumentativa jurídica construída pela Corte Constitucional da Alemanha na década de 70 (Matsushita, 2022, p 8), que passou a orientar a doutrina constitucional daquele país, e vem sendo admitida em outros países como o Brasil, como medida de equilíbrio de desfrute e atendimento de direitos individuais e coletivas na medida dos recursos orçamentários e técnicos existentes, contudo mantendo garantido o mínimo existencial.

A viabilidade dessa flexibilização leva em conta a dignidade da pessoa humana como

princípio - como de fato é no sistema do direito interno –, e o enunciado normativo seria cumprido na maior medida possível dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes.

Recorde-se que as cláusulas de exceção permitem restrições temporárias ao exercício de direitos humanos, e a soberania estatal tem como objetivo garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, deixa de existir confronto para a prestação dos mesmos direitos aos dois grupos, nacionais e não nacionais.

Portanto a dificuldade decorre da eventual escassez de recursos, que estão sob controle dos Estados, cuja distribuição deve garantir o mínimo existencial aos não nacionais, na mesma medida em que consegue garantir a seus nacionais.

A comunidade internacional e as normas internacionais não podem exigir que os países protejam ou sustentem os refugiados de modo melhor ou superior aos quais consegue garantir a seus nacionais, seja em razão da escassez de recursos ou precariedade de sua organização jurídica.

Trata-se da aplicação da reserva do possível pelo ordenamento e tribunais internos do país receptor, que se inspira e se fundamenta na eficácia de normas de direitos internacional, onde a otimização ocorre na medida em que se garante o mínimo existencial e a integração gradual das populações não nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho traduz os primeiros resultados de pesquisa recém iniciada, construída para investigar a possibilidade de migrantes e refugiados desfrutarem de seus direitos humanos em território estrangeiro, tendo por base teoria dos direitos fundamentais de Roberto Alexy e da proteção dignidade da pessoa humana de migrantes e refugiados.

As graves violações aos direitos humanos cometidos em detrimento dessas populações deslocadas de modo forçado nos últimos anos, endossadas pelo aumento dos discursos da extrema-direita, justificam a necessidade de investigar de que maneira a dignidade da pessoa humana e seu escopo de proteção interferem na tutela dos direitos fundamentais dessas pessoas.

A dignidade da pessoa humana possui relevância instrumental para eficácia dos direitos humanos e fundamentais em diversos ordenamentos, uma vez que esse princípio é reconhecido como qualidade intrínseca e inerente do ser humano, sendo um dos pilares da dogmática internacional sobre direitos humanos.

Os fluxos migratórios forçados imputam aos deslocados situações de extrema vulnerabilidade, que não raro os tornam sujeitos à redução e/ou eliminação de determinados direitos e de receber tratamento digno. Essas situações se disseminam pelo mundo civilizado, onde alguns países receptores, fundados na sua soberania territorial e jurisdicional ou por viés

político, induzem migrantes e refugiados a perder até mesmo sua identidade enquanto pessoa, ser desprovido de meios existenciais, e até mesmo ser ignorado no mundo jurídico.

Porém, essa conduta infringente dos países receptores viola normas internacionais de proteção de migrantes e refugiados que determinam a aplicação de tratamento digno pleno como sujeito de direitos a essas pessoas. Por isso, os princípios protetivos dos refugiados devem se estender além da questão legislativa e precisam ser efetivados nas esferas dos poderes executivo e judicial dos países receptores, no sentido de suprir eventuais vazios legislativos,

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy se revela oportuna de aplicação para fazer valer os direitos humanos de migrantes e refugiados, uma vez que a situação fática configura uma colisão de direitos fundamentais de nacionais e não nacionais, considerando que esses últimos estão sujeitos ao ordenamento jurídico interno dos países receptores, tão logo que adentram a seu território em situação de carência regular ou irregular.

Assim, no que se refere aos direitos dos migrantes e refugiados, o Estado receptor deve ao menos oferecer um mínimo de proteção, para que a pessoa em deslocamento forçado não tenha sua dignidade ainda mais vilipendiada.

Por conseguinte, revela-se necessário adotar um padrão mínimo existencial indispensável à dignidade humana, e garantir aos migrantes e refugiados o acesso aos direitos humanos e proteção jurídica no país receptor, como medida de otimização entre os direitos de nacionais e não nacionais, com aplicação do conceito jurídico da reserva do possível.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Palestra na ESMAFE – Escola da Magistratura Federal em 07.12.1998, In Revista do Direito Administrativo, V. 217, FGV, 1999 <acesso em 30.03.2024>
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BOBBIO Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 12ª ed. Brasília: Editora UnB, 2004.
- BURDEAU, Georges. O Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CARENS, Joseph H. The Ethics of Immigration. New York: Oxford University Press, 2013.
- EL PAÍS. Pelo menos 545 crianças imigrantes retidas por Trump ainda estão perdidas dos seus pais. Disponível <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-10-23/pelo-menos-545-criancas-imigrantes-retidas-por-trump-ainda-estao-perdidas-dos-seus-pais.html>> Acesso em 14.12.2023
- FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o Princípio da Proporcionalidade, in *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. Org. George Salomão Leite, p. 237-253. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Constitucional dos Princípios Jurídicos e Garantismo Penal: por uma atualização teórica de conceitos fundamentais, in *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J J Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gerson Marques de Lima, Fayga Silveira Bidê, p. 514-527. São Paulo: Malheiros, 2006.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. Reserva do Possível, in *Enciclopédia Jurídica PUC São Paulo*, Tomo 12, direitos humanos. Coord. Wagner Balera, Carolina A Souza Lima, p 3-17. São Paulo: Editora PUC/SP, 2022.

PÉREZ, Jordi Bonet. Introducción General: Las Situaciones de Crisis y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. In *El Derecho internacional de los derechos humanos em períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*, p. 07-27. Eds. Jordi Bonet Perez/Jaume Saura Estapà. Madrid: Marcial Pons, 2013.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, 2004. p. 149-164. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/xLMhjxfpPVP6RwxGxzWL6xG/?format=pdf&lang=pt> > Acesso em 13.12.2023

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas a respeito da relação entre Princípio da Dignidade da Pessoa Humanas e os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira. In. LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.