

OS DIREITOS DOS REFUGIADOS E A LEI Nº 9.474/1997: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA

REFUGEE RIGHTS AND LAW NO. 9,474/1997: AN ANALYSIS FROM THE VIEW OF MANUEL ATIENZA'S THEORY OF LEGISLATION

Elisa Cardoso Ferretti¹
Janete Rosa Martins²
João Martins Bertaso³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo central o estudo da Teoria da Legislação proposta por Manuel Atienza no contexto da política migratória brasileira, especificamente com relação Lei nº 9.474/1997. Observando o descrédito existente na seara legislativa brasileira, bem como o contexto complexo envolvendo a crise migratória global, objetiva-se, por meio de uma análise interdisciplinar, filtrar o teor do art. 7º, §1º, da Lei do Refúgio, através dos níveis de racionalidade propostos por Atienza, questionando-se se o artigo supracitado subsiste racional e efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as perspectivas restritivas adotadas pela estrutura governamental e os processos de exclusão social de refugiados em território nacional. Para tanto, desenvolve-se o estudo com base na utilização de método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico, na medida em que se destaca, enquanto hipótese inicial, a parcial irracionalidade da Lei do Refúgio, no particular do art. 7º, §1º, que materializa o princípio do *non-refoulement*. Pode-se verificar, a partir do estudo realizado, que a referida norma subsiste de forma parcialmente irracional no ordenamento jurídico brasileiro, necessitando de uma abordagem interdisciplinar para que possa atender aos verdadeiros preceitos humanitários e à rede normativa existente em favor dos refugiados à nível nacional e internacional.

Palavras-chave: direito dos refugiados; lei nº 9.474/1997; níveis de racionalidade; teoria da legislação.

ABSTRACT: The main objective of this article is to study the Theory of Legislation proposed by Manuel Atienza in the context of Brazilian immigration policy, specifically in relation to the Law nº 9.474/1997. Observing the existing discredit in the Brazilian legislative field, as well as the complex context involving the global migratory crisis, the objective is, through an interdisciplinary analysis, to filter the content of art. 7, §1, of the Refuge Law, through the levels of rationality proposed by Atienza, questioning whether the aforementioned article subsists rationally and effectively in the Brazilian legal system, considering the restrictive perspectives adopted by the governmental structure and the processes of social exclusion of refugees in national territory. Therefore, the study is developed based on the use of a hypothetical-deductive method and bibliographic procedure, insofar as it highlights, as an initial hypothesis, the partial irrationality of the Refuge Law, of art. 7, §1, which materializes the principle of non-refoulement. It can be seen from the study carried out that the norm subsists in a partially irrational way in the Brazilian legal system, requiring an interdisciplinary approach so that it can meet true humanitarian precepts and the existing normative network in favour of refugees at national and international level.

Keywords: refugee law; law no. 9,474/1997; levels of rationality; theory of legislation.

1 Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Bolsista CAPES/PROSUC. Membro do Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado à Linha de Pesquisa "Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos".

2 Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela UNISC, Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em Direito Público pela UNIJUI, Ijuí/RS. Professora da Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado. Editora da Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado a Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos. Pesquisadora em Mediação da Universidade regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – campus de Santo Ângelo/RS. Orcid nº: <https://orcid.org/0000-0002-8014-8237>.

3 Pós-Doutor pela Unisinos. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC. Especialista em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Líder de Grupo de Pesquisa "Novos Direitos na Sociedade Globalizada" no CNPq. Doutor Pesquisador vinculado a URI – Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo/RS. Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da URI/Ângelo/RS.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro enfrenta, na atualidade, desafios constantes para a efetivação de seu vasto corpo normativo, carregando consigo significativas dificuldades para confrontar os complexos problemas enraizados na realidade social contemporânea, especialmente os entraves para a efetivação de direitos, para a implementação de políticas públicas e para a criação de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária. Dentre as tensões subsistentes no contexto brasileiro, verifica-se a profundidade da crise legislativa vivenciada, considerando que a produção das leis se encontra distante das camadas sociais mais vulneráveis e a aplicação de seus preceitos, fragilizada por episódios de discricionariedade judiciária, inviabilizam uma análise aprofundada dos desafios sociais.

Por essa razão, o presente trabalho possui como foco desenvolver um breve estudo sobre a Teoria da Legislação proposta pelo professor Manuel Atienza, utilizando como ponto exemplificativo, a Lei do Refúgio (Lei 9.474/1997), com o objetivo de demonstrar algumas de suas ineficiências perante a realidade social brasileira. Assim, a problemática a ser enfrentada direciona-se à análise do teor do art. 7º, §1º da Lei 9.474/1997, através dos níveis de racionalidade propostos pelo autor de referência, observando o contexto legislativo e sua efetividade no cenário social, envoltos em delicados processos excludentes da população refugiada no decorrer da maior crise migratória da história global. Portanto, no presente estudo, questiona-se se o artigo supracitado subsiste racional e efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as perspectivas restritivas adotadas pela estrutura governamental para o tratamento de refugiados.

Para desdobramento da pesquisa elege-se o método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico, na medida em que se destaca, enquanto hipótese inicial, a parcial irracionalidade da Lei do Refúgio, no particular do art. 7º, §1º, que materializa o princípio do *non-refoulement* e para o qual subsistem inúmeras violações na realidade prática. Objetiva-se trabalhar em um primeiro momento com uma breve explicitação acerca da Teoria da Legislação elaborada por Manuel Atienza, abordando os níveis de racionalidade que o autor apresenta para fazer frente aos desafios da crise legislativa. Em um segundo momento, apresentam-se os principais instrumentos normativos de proteção dos refugiados, nacional e internacionalmente. Por fim, buscando contextualizar a realidade dos deslocamentos forçados, intenta-se aplicar tais nuances teóricas com relação a elaboração do art. 7º, §1º, da Lei 9.474/1997, analisando sua efetividade no contexto migratório brasileiro, altamente fragilizado diante da adoção de políticas migratórias restritivas e excludentes.

2 A TEORIA DA LEGISLAÇÃO E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA DE MANUEL ATIENZA

A compreensão da importância do momento de produção legislativa e de todos os procedimentos, órgãos, disciplinas, discussões e atores que lhe estão imbricados permanece rodeada de incertezas e descrédito na realidade jurídica brasileira. O momento de condensar as diretrizes e preceitos jurídicos em normas escritas, futuramente aplicáveis à regulação do ambiente social, envolve inúmeras constantes interrelacionadas e representa um dos estágios mais relevantes da organização do ordenamento jurídico. Nesse aspecto, em que pese consista na base de toda a estrutura jurídica, política e social, a produção legislativa perde terreno para as teorizações atinentes à interpretação e aplicação das leis, permanecendo o Estado Democrático de Direito sob frágeis bases normativas e uma intensificação dos episódios de ativismo judicial.

Uma abordagem precisa sobre a composição dos processos legislativos e a forma como seus componentes podem ser reajustados para um melhor funcionamento, pouco fazem parte das discussões jurídicas atuais. A motivação para essa ausência de interesse, conforme destaca Roberta Simões Nascimento⁴, advém da tradição jurídica formalista, a exemplo do sistema brasileiro, em visualizar as leis enquanto produto totalmente finalizado em que sua modificação ou melhoramento ficam restritos ao momento de sua interpretação e aplicação, etapa na qual, o protagonismo recai sobre o Poder Judiciário. Assim, convive-se com a permanência de leis deficitárias em suas bases procedimentais, contrárias a uma realidade social burocratizada e altamente judicializada.

Nesse contexto, o trabalho desenvolvido por Manuel Atienza busca dissecar, de forma pormenorizada, inúmeros aspectos existentes no processo legislativo, objetivando um aprofundamento teórico e prático que permita com que tais elementos confluem na produção de normas jurídicas dotadas de maior racionalidade e integridade. Um procedimento íntegro, portanto, permite inovações legislativas mais benéficas e efetivas para seus destinatários, de forma que possam ser inseridas no ordenamento jurídico em atenção aos princípios democráticos e constitucionais que guiam o desenvolvimento em sociedade.

Tais delineamentos são de extrema relevância para contextualizar a teoria de Manuel Atienza⁵, considerando que são fundamentais para o enfrentamento de pontuais desafios, ou ainda, como evidenciado pelo autor, objetivos relevantes para os estudos dos processos de elaboração legislativa, dos quais destacam-se: a) articulação de saberes heterogêneos para que seja possível uma análise aprofundada e interdisciplinar; b) estabelecimento de uma diferenciação entre técnica e teoria, uma vez que os estudos transitam por aspectos de implementação de campos práticos e teóricos; c) constante busca pela compreensão e superação da crise em curso, de modo que a técnica e teoria não podem ser ideologicamente utilizadas para encobrimento dos problemas⁶.

Preceituados os desafios, o objetivo central encontra-se em pormenorizar as etapas e elementos que fazem parte do processo legislativo e, destacando a forma como tais partes interagem entre si, torna-se possível estipular as interferências que cada qual receberá a partir da filtragem pelos cinco diferentes níveis de racionalidade e o recente nível da metarracionalidade, desenvolvidos pelo autor. Segundo Atienza⁷, os diversos tipos/níveis de racionalidade articulam-se entre si, possibilitando que sejam interpretados e aplicados de forma diversa para cada elemento parte da legislação e, ao final, possam confluir para a consecução de uma legislação íntegra, clara e coerente.

Dessa forma, a formulação da legislação comporta a correlação entre editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores, de forma que “O produto dessas interações são as leis, as quais constituem o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito”⁸. Todos

4 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018.

5 ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989.

6 ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989.

7 ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989.

8 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 47.

esses distintos elementos, observados de diferentes maneiras através das lentes dos níveis de racionalidade elaborados por Atienza, possibilitam um melhor direcionamento para o trabalho legislativo, bem como a proposição de técnicas adequadas ao melhoramento das normas jurídicas, observando os valores constitucionais que guiam o Estado Democrático de Direito.

Os níveis de racionalidade elaborados pelo autor, inicialmente em um conjunto de cinco – necessário destacar a superveniência recente do nível de metarracionalidade, a *razoabilidadde* (R6), conforme será oportunamente mencionado no trabalho – são direcionados, cada qual, a determinados objetivos a serem alcançados pelo processo legislativo e pensados a partir de uma análise interna e externa. Segundo Adalberto Narciso Hommerding⁹, em um viés interno, cada nível repercutirá nos elementos que fazem parte do processo legislativo, auxiliando a diferenciar as disciplinas, a definir a racionalidade e a sugerir técnicas para o incremento da produção legal; já externamente, vão operar nas relações articuladas entre os diferentes níveis de racionalidade. Sem desconsiderar o fato de que todos os níveis se interrelacionam para atingir o ideal de racionalidade do produto, qual seja, a legislação, faz-se importante empreender uma análise individual sobre os caracteres que os compõe e como cada um abarca os elementos que fazem parte do processo legislativo.

Primeiramente, o nível 1 é representado pela *racionalidade linguística* ou *comunicativa* (R1). Neste nível, o aspecto central é a possibilidade de que o emissor seja capaz de transmitir uma mensagem (a lei) com fluidez ao receptor (destinatário), caso em que a lei será considerada racional. Segundo Hommerding¹⁰, os elementos legislativos são visualizados dentro desse esquema comunicativo, de modo que o *sistema jurídico* é compreendido enquanto uma série de enunciados linguísticos, como um sistema de informação, possibilitando que a mensagem legal seja efetivamente repassada do *emissor* (editor da lei) ao *receptor* (destinatário da lei), a partir de uma linguagem comum. A lei, nesse contexto, por meio do estabelecimento de canais comunicativos claros, vai ser a ponte entre o editor e o destinatário, a fim de que se consiga atingir os seus *fins*, notadamente, a transmissão e compreensão da mensagem final, respeitando os *valores* que justificaram o processo¹¹.

O segundo nível, por sua vez, envolve questões sistemáticas mais amplas, sendo denominado de *racionalidade jurídico-formal* (R2). Para atender a este campo, a lei necessita ser inserida de forma harmoniosa no *sistema jurídico*, este compreendido enquanto o conjunto das normas válidas existentes dentro do ordenamento jurídico¹². Nesse caso, o *editor* da lei e o *destinatário* são tanto órgãos quanto indivíduos designados pelo ordenamento legal, buscando o *fin* almejado, que, no caso, corresponde ao alcance, pelo processo legislativo, de um certo grau de sistematicidade, ou seja, um sistema em que estejam presentes os *valores* de segurança, liberdade e igualdade, de normas sem lacunas, que se tenham claramente previstas as condutas e suas consequências e seja possível a manutenção do ordenamento jurídico de forma regular¹³.

Já a *racionalidade pragmática* (R3), representando o terceiro nível, visa adequar a conduta dos destinatários às prescrições elencadas na legislação, possuindo uma visão mais ligada ao comportamento social dos indivíduos. Conforme explana Nascimento: “Trata-se da chamada eficácia social da lei, o que faz com que a lei seja obedecida espontaneamente e

9 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

10 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

11 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

12 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

13 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

se converta 'Direito em ação' (eficaz)"¹⁴. Logo, o *editor* da lei inclui os soberanos políticos, isto é, aqueles que possuem o poder de mando e influência; os *destinatários*, por outro lado, elencados como aqueles a quem se dirige a prescrição legal e as consequências dela decorrentes, identificam-se como aqueles que devem obediência aos primeiros; o *sistema jurídico* vai ser entendido como um conjunto de normas eficazes, dentro do qual busca-se atender ao *fin* precípua de fazer com que a lei seja efetivamente obedecida, observando os *valores* sociais¹⁵.

Atingindo o quarto nível, encontra-se diante da chamada *racionalidade teleológica* (R4), a partir do qual o objetivo principal é fazer com que a lei alcance os fins sociais pretendidos. Nesse horizonte, os *editores* representam aqueles que possuem interesses sociais, particulares ou gerais no assunto tratado; os *destinatários* são os particulares, órgãos administrativos, indivíduos ou grupos que não façam parte da aplicação e cumprimento da norma; o *sistema jurídico* é encarado enquanto meio para que sejam alcançados os *fins*, que podem variar entre a melhora na economia, na educação, nas condições sanitárias, na redistribuição de riquezas, na redução do desemprego, entre outras, justificados por *valores* éticos¹⁶.

A *racionalidade ética* (R5), por sua vez, corresponde ao quinto nível, sendo aplicado de forma mais teórica para uma releitura ética dos demais níveis, de modo que todos os processos, condutas, valores, fins e elementos devem ter uma justificação ética. Nesse caso, os *editores* são elencados como aqueles legitimados em determinadas circunstâncias a exercer o poder normativo sobre outros, o que, conseqüentemente, indica que os *destinatários* possuem obrigação ética de obedecer às leis elaboradas; o *sistema jurídico*, subsistindo enquanto conjunto de normas e comportamentos que se enquadram como éticos, busca alcançar os *fins* como a liberdade, a igualdade e a justiça, informados por *valores* como a dignidade humana¹⁷.

Recentemente, acrescentou-se no estudo o nível de metarracionalidade, envolvendo a análise da *razoabilidade* (R6). O ponto central, segundo Manuel Atienza, encontra-se na "[...] exigência de que exista um equilíbrio, uma ponderação, na hora de obter as finalidades anteriores: o sacrifício de algum desses fins (se não de todo, pelo menos em alguma medida) tem que se fazer a um custo razoável"¹⁸. A razoabilidade, dessa forma, dentro do contexto legislativo, não carrega a mesma conotação da seara judicial, remetendo a uma noção de proporcionalidade nas razões a serem consideradas para a efetiva regulamentação da realidade social e sua concatenação no ordenamento jurídico.

Com efeito, a teorização de Atienza não progride apenas no aparato teórico, propondo importantes mecanismos para incremento da racionalidade na prática legislativa¹⁹. Em que pese a interrelação entre os níveis abordados, a presença de irracionalidades no produto legal pode variar de acordo com a sua manifestação ou não em quaisquer dos níveis entre R1-R4, ressaltando-se, contudo, que um defeito ético, ou

14 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 48.

15 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

16 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

17 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

18 ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017, p.179.

19 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 48.

seja, uma irracionalidade em R5, conseqüentemente redundará na inconstitucionalidade de referida lei, dada sua correlação com a rede principiológica, ética e moral que embasa o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro²⁰.

Dessa forma, visando cooperar na elaboração de leis mais racionais, íntegras e atentas aos fundamentos, princípios e diretrizes constitucionais, bem como para a garantia de direitos humanos e fundamentais dos indivíduos pertencentes ao contexto social contemporâneo, objetiva-se, ainda que de maneira breve, aplicar a Teoria da Legislação para filtrar a norma presente no art. 7º, §1º, da Lei 9.474/1997, a Lei do Refúgio, através dos níveis de racionalidade considerados no primeiro ponto, analisando o contexto legislativo e social, bem como abordando os incisivos processos excludentes da população refugiada no contexto de um dos maiores fluxos migratórios da história.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NA SEARA NORMATIVA

O cenário contemporâneo encontra-se abalado com a expressividade da crise migratória em curso, envolta em alarmantes números que crescem progressivamente. Nessa equação, contabilizaram-se mais de 89,3 milhões de indivíduos deslocados de forma forçada pelo mundo no decorrer do ano de 2021, segundo dados do relatório *Global Trends*, anualmente atualizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados²¹. Fazem parte dos números globais cerca de 27,1 milhões de refugiados, 53,2 milhões de deslocados internos, 4,6 milhões solicitantes de asilo e 4,4 milhões de venezuelanos buscando abrigo no exterior²², de forma que, comparando-se com os números do ano anterior, observa-se um acréscimo de 6,9 milhões de indivíduos nos números totais, dentre os quais, especificamente, 700 mil refugiados, para os quais já se faz necessário considerar a fuga massiva de ucranianos em situação de refúgio²³.

Nesse cenário, embora o recebimento dos refugiados em território brasileiro não seja em grande escala se comparado aos países do Norte global, a magnitude dos fluxos migratórios suscita a preocupação de toda a sociedade internacional, reivindicando uma atuação cooperativa em matéria migratória, de forma a contribuir com o desenvolvimento de legislações e práticas de acolhimento efetivas. Os números das solicitações de refúgio em solo brasileiro oscilam anualmente a depender dos acontecimentos locais, regionais e globais que obrigam a movimentação transfronteiriça, especialmente em decorrência dos sucessivos fechamentos de fronteira que diminuíram consideravelmente as solicitações de refúgio. Como se observa do relatório elaborado pelo Observatório das Migrações Internacionais em conjunto com demais entidades, em 2020 “[...] o Brasil recebeu 28.899 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado, o que significa uma variação negativa de -65,0%, se comparado ao ano de 2019, quando o país recebeu 82.552 solicitações [...]”²⁴, números, contudo, que são reflexo das práticas migratórias restritivas adotadas no país.

Ressalte-se que o Brasil, em tempos recentes, ainda que os números oficiais possam apresentar variações mais baixas no período da pandemia – em razão do fechamento das

20 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

21 UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022.

22 UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022.

23 Ressalta-se que os números em questão estão em constante acréscimo, especialmente em decorrência do conflito entre Ucrânia e Rússia que segue mobilizando a fuga de milhões de indivíduos. Dessa forma, segundo dados apurados pelo ACNUR, até maio de 2022, somavam-se mais de 100 milhões de pessoas deslocadas de forma forçada, ou seja, 1 a cada 76 indivíduos da população mundial (UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022).

24 SILVA, G. J. *et.al. Refúgio em Números*. 6.ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021, p.09.

fronteiras –, permanece experienciando as particularidades de um grande fluxo de deslocados advindos da nação venezuelana, a qual, atingida pela severidade da crise socioeconômica, migratória e das violações de direitos humanos em seu território, representa, na atualidade, um dos países com maior número de deslocados forçados, somando mais de 4,4 milhões de indivíduos²⁵. Nesse aspecto, a proximidade com o território brasileiro colocou à prova as políticas migratórias locais, demonstrando o longo caminho para que a legislação seja na prática, tão avançada quanto na teoria.

Em termos breves, sem desconsiderar o vasto mérito histórico que se faria relevante mencionar, o desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados e de seu aparato normativo iniciou sua estruturação com a vigência da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, limitada geográfica e temporalmente para abarcar como destinatários apenas indivíduos deslocados da Europa antes de 1951. Na lição de Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto²⁶, a limitação perpetrada pela Convenção trouxe empecilhos para o reconhecimento de refugiados de outros países, demonstrando-se inviável para conter o aumento das massas de deslocados, sendo editado, por essa razão, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, na tentativa de sua ampliação. A efetiva extensão da proteção dos direitos dos refugiados ocorreu em nível regional, a partir de dois destaques importantes: primeiramente a Convenção de 1969 da Organização da Unidade Africana (OUA) abarcando um tratamento de cunho mais humanitário para os deslocados forçados e, na América Latina, a assinatura da Declaração de Cartagena em 1984, potencializando as políticas de acolhimento, bem como apontando a definição ampliada do conceito de refugiado para abarcar, especialmente, as massivas violações de direitos humanos enquanto motivação para busca do refúgio²⁷.

Em linhas gerais, no ordenamento jurídico brasileiro, o arcabouço jurídico que trata do refúgio foi recepcionado de maneira detalhada e atenta aos ditames migratórios globais, além de observar os aspectos constitucionais e principiológicos nacionais. Conforme Luiz Sales do Nascimento²⁸, fazendo parte do bloco de constitucionalidade, a Convenção de 1951 foi inserida na normativa jurídica nacional por meio do Decreto nº 50.125 de 1961, mantendo sua versão originária restritiva; o Protocolo de 1967 pelo Decreto nº 70.946 de 1972, com as respectivas alusões a um novo conceito relativamente mais amplo; e, finalmente, suprimindo a reserva geográfico-temporal, a Declaração de Cartagena foi plenamente aderida por meio do Decreto nº 98.602 de 1989.

Nesse contexto, segundo Barreto²⁹, o Brasil contava, inicialmente, com as disposições até então encabeçadas por força da Resolução Nacional nº 17 do Conselho Nacional de Imigração que possibilitou o recebimento de indivíduos na qualidade de estrangeiros temporários, a Portaria Interministerial nº 394 que começava a delinear uma dinâmica mais eficiente com relação a proteção dos refugiados, a atuação de extrema relevância das Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e do Rio de Janeiro, além de outros documentos gradualmente elaborados. Porém, tais medidas não demonstravam ser suficientes em razão do aumento do fluxo de refugiados advindos da Angola, da República Democrática

25 UNHCR. *Global Trends. Forced Displacement in 2021*. 2022.

26 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

27 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

28 NASCIMENTO, Luiz Sales do. *A cidadania dos refugiados no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

29 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

do Congo, da Libéria e da ex-Iugoslávia³⁰.

Dessa forma, estando a política migratória em constante revisão, o marco legal que conferiu início à regulamentação e aprofundamento das ferramentas necessárias para receber os documentos internacionais e estabelecer diretrizes protetivas mais significativas deu-se com a Lei 9.474 de 1997, a Lei do Refúgio. Referida legislação define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, além de criar o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), instituindo suas responsabilidades para guiar a política migratória nacional, especialmente, sua atuação na análise dos pedidos de reconhecimento da condição de refugiado e coordenação das ações necessárias para proteção, assistência e apoio em território brasileiro³¹.

A Lei do Refúgio, congregando elementos de variados documentos globais, apresenta um dos corpos normativos mais avançados em matéria migratória, com destaque especial ao seu artigo 1º que adota a definição ampliada de refugiado³². Dessa forma, a legislação possibilita um leque amplo de possíveis respostas às solicitações de reconhecimento de refugiados, uma vez que abarca as diferentes razões que motivam a ocorrência dos deslocamentos forçados, dispendo que será reconhecido como refugiado aquele indivíduo que empreender fuga de seu país em razão de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social, opiniões políticas ou em função de grave e generalizada violação de direitos humanos³³.

Outro aspecto de extrema relevância faz referência à importância da disposição presente no art. 7º da lei em comento e ponto de destaque na análise a ser empreendida no presente trabalho. Correspondendo à seção que aborda sobre o ingresso do refugiado no território nacional e do pedido de refúgio, o artigo citado implementa, em seu parágrafo primeiro, o princípio basilar de toda a rede de proteção dos refugiados internacionalmente, qual seja, o princípio do *non-refoulement* ou da não devolução. Nesse norte, dispõe o art. 7º, em sua integralidade:

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

§ 2º O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.³⁴

30 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

31 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. Brasília: Presidência da República, 1997.

32 A definição ampliada de refugiado encontra-se disposta no Art. 1º da Lei 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.". In: 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. Brasília: Presidência da República, 1997, s.p.

33 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. Brasília: Presidência da República, 1997.

34 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. Brasília: Presidência da República, 1997, s.p., grifo nosso.

Em termos breves, o princípio do *non-refoulement*, originariamente previsto no art. 33 da Convenção de 1951³⁵, é o núcleo essencial para embasar o desenvolvimento de políticas migratórias efetivas para a proteção dos direitos dos refugiados, de forma que os mecanismos jurídicos nacionais e internacionais devem observar sua abrangência. Conceitualmente, representa o direito do refugiado ou do solicitante de refúgio de não ser devolvido ao seu país de origem, do qual, vítima de perseguição, tenha realizado a fuga. Assim, dito princípio, segundo André de Carvalho Ramos, consiste “[...] na vedação da devolução do refugiado ou solicitante de refúgio (*refugee seeker*) para o Estado do qual tenha o fundado temor de ser alvo de perseguição odiosa”³⁶.

Internacionalmente, o princípio da não devolução é encarado não somente como um princípio informador, tampouco como simples determinante na criação de obrigações entre os Estados, mas, como preceito influente na práxis normativa, denotando sua aceitação no plano global como norma de direito internacional consuetudinário, de caráter vinculante^{37 38}. Vislumbra-se, segundo Marques³⁹, o reconhecimento da força normativa do princípio da não devolução pela sua extensa positivação nos tratados de direitos humanos e em vários instrumentos normativos, sejam nacionais ou regionais, regulamentando-se de maneira expressa ou tácita. Nesse sentido, destaca-se a Declaração de Cartagena, de 1984, em sua quinta conclusão:

Reiterar a importância e a significação do princípio de *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados, deve reconhecer-se e respeitar-se no estado atual do direito internacional, como um princípio de *jus cogens*.⁴⁰

Compreende-se, portanto, o grande potencial legislativo que emerge da estrutura normativa do Direito Internacional dos Refugiados, de seus princípios norteadores e das disposições da lei brasileira do Refúgio. No caso brasileiro, considerada como uma legislação avançada e bem formulada diante da vasta rede normativa e principiológica, a aplicação das disposições da Lei do Refúgio na realidade das práticas e políticas públicas migratórias acontece de forma deficitária, alheia à verdadeira realidade xenofóbica e excludente de todos aqueles que buscam acolhimento em território brasileiro. A letra da lei encontra-se distante da realidade nacional, dos grupos mais vulnerabilizados e da efetiva proteção dos direitos humanos.

35 Art. 33, *in verbis*: “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”. In: ACNUR. *Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados*, p. 15-16.

36 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103, grifo do autor.

37 PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza de jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 7, Vol. 7, Número 7 - 2006/2007, p. 51-67. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/14>.

38 O princípio da não devolução pode ser considerado, na seara internacional, como uma norma de jus cogens, afirmando a sua essencialidade para o desenvolvimento de práticas e políticas migratórias efetivas. Nota-se a importância do caráter cogente do princípio da não devolução no parecer elaborado pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque, na Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2012, no “*Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*” (processo nº 27765/09), ao salientar que: “Com essa extensão e conteúdo, a proibição de repulsão é um princípio do direito internacional consuetudinário, vinculativo para todos os Estados, mesmo aqueles que não são partes da Convenção das Nações Unidas relacionadas ao Status dos Refugiados ou a qualquer outro tratado para a proteção de refugiados. Além disso, é uma regra do *jus cogens*, devido ao fato de que nenhuma derrogação é permitida e de natureza peremptória, uma vez que não são admitidas reservas (artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e artigo 42 § 1 da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados e Artigo VII § 1 do Protocolo de 1967)”. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Process nº 27765/09. Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Judge Paulo Pinto de Albuquerque. 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-109231>, s.p., grifo do autor).

39 MARQUES, Rodolfo Ribeiro Coutinho. *O princípio do non-refoulement no Direito Internacional contemporâneo: escopo, conteúdo e natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

40 ACNUR. Declaração de Cartagena. Disponível em: http://www.achur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1, s.p.

4 A LEI Nº 9.474/1997 SOB A ÓPTICA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA

Assentadas as principais premissas teóricas, o objetivo do estudo envolve a filtragem da norma que condensou, na legislação brasileira, o princípio do *non-refoulement*, notadamente, a redação presente no art. 7º, §1º, da Lei do Refúgio. Através dos níveis de racionalidade analisados no primeiro tópico, objetiva-se verificar, de forma não exaustiva, se a norma referida subsiste racional e efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro, em respeito aos preceitos constitucionais basilares, considerando as perspectivas restritivas adotadas pela estrutura governamental para o enfrentamento da crise migratória global e das nuances enfrentadas na realidade contemporânea brasileira.

Previamente às ponderações acerca das irracionalidades vislumbradas, necessário observar separadamente, de forma breve, que os níveis de racionalidade linguística (R1), jurídico-formal (R2) e ético (R5), demonstraram-se racionais na análise desenvolvida. Note-se que a disposição do parágrafo primeiro se encontra gramaticalmente clara em sua redação (R1), dispondo acerca das motivações necessárias à solicitação de refúgio, pelas quais, qualquer indivíduo perseguido em tais situações, não pode ser impedido de solicitar refúgio. Ainda, a norma se insere de forma harmoniosa no sistema jurídico brasileiro (R2), uma vez que se coaduna com a política migratória gradualmente elaborada e internalizada nos instrumentos jurídicos já referidos anteriormente, principalmente pelo fato de reger o princípio da não devolução. Além disso, observa as disposições éticas, constitucionais e principiológicas de proteção da dignidade da pessoa humana, igualdade de tratamento e de condições, visando, em um panorama geral, a proteção dos direitos humanos sem discriminação de qualquer ordem (R5).

Com relação à influência social presente nos níveis R3 e R4, iniciam-se alguns dos grandes problemas de âmbito prático. A realidade da política migratória brasileira escandaliza episódios de fechamento de fronteiras, da baixa receptividade pela população nacional que encara o sujeito refugiado enquanto um estranho – ou ainda indesejável, criminoso, perigoso e descartável –, especialmente no atual período pandêmico, além da intensa burocratização e as altas taxas de judicialização envolvendo reivindicações de direitos, a exemplo da revalidação de diplomas em território nacional, conforme destaca Giuliana Redin⁴¹. Subsiste notável dificuldade para inclusão de refugiados nos quadros sociais, uma vez que “O não nacional, aquele que carrega a estrangeiridade, é representativo dessa exclusão absoluta”⁴², escandalizando a vertente excludente da sociedade brasileira.

Os elementos analisados acima possibilitam verificar que a aplicação da norma contida no art. 7º, §1º, acaba por se tornar inócua, vazia quanto a seus efeitos e sua aplicabilidade prática, demonstrando que o contexto social brasileiro não se encontra preparado para receber grandes fluxos de refugiados, tampouco efetivar o conjunto de preceitos que embasa sua política migratória a partir de uma vasta produção normativa. Conforme abordam João Carlos Jarochinski Silva e Militza Pérez Velásquez: “Neste cenário incongruente, a inserção social e a integração desta população evidenciam-se frágeis e precárias, [...] frente a um sistema, como

41 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no Brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021.

42 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no Brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p. 158.

é o de refúgio no Brasil, que parece ter sido concebido para poucas pessoas”⁴⁰.

Conforme abordado no primeiro tópico, a *racionalidade pragmática* (R3) abrange a eficácia social da lei e a capacidade de influenciar no comportamento social dos indivíduos. No caso em análise, há a presença de irracionalidade em referido nível, uma vez que subsiste a ausência de cumprimento prático da norma e, conseqüentemente do princípio da não devolução, ocorrendo tanto violações de ordem subjetiva como objetiva. Subjetivamente destaca-se a ausência de sanções para influenciar no cumprimento da norma, uma vez que na realidade prática, devem os “[...] agentes estatais e seus delegatários nas zonas de fronteira impedir o *refoulement* do estrangeiro solicitante de refúgio”⁴¹, contudo, episódios excludentes, xenofóbicos e desumanos fazem parte da realidade migratória, principalmente em razão das tensões no período de pandemia, os episódios de fechamento de fronteiras e a desconfiança com relação ao estrangeiro quando da entrada em território nacional.

De ordem objetiva, argumenta-se quanto a ausência de amparo financeiro para melhoramento da infraestrutura das localidades que recebem um número mais expressivo de indivíduos em suas fronteiras, inviabilizando a implementação de uma política de acolhimento efetiva. Exemplifica-se a questão supra, com a Ação Cível Originária nº 3.121 ajuizada pelo Estado de Roraima e julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 13/10/2020, pelo que restou determinada a contribuição financeira da União nos gastos imputados ao ente estatal com a entrada massiva de refugiados venezuelanos em seu território. Fundamentada nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e solidariedade, a cooperação entre as esferas foi julgada necessária em razão da precariedade de recursos do Estado de Roraima para fazer frente aos custos extraordinários, determinando-se, por consequência, a sua divisão pela metade para cada ente federativo⁴².

Em outra análise, no ponto da chamada *racionalidade teleológica* (R4), o objetivo principal é fazer com que a lei alcance os fins sociais pretendidos. Logo, os efeitos esperados pela edição da norma centram-se na proteção dos direitos humanos dos refugiados, garantindo, primariamente, o recebimento dos indivíduos deslocados nas fronteiras e posterior encaminhamento para elaboração da documentação e registros necessários. Há uma ligação muito relevante entre o princípio da não devolução estampado no art. 7º, §1º, da Lei do Refúgio e toda a rede de proteção para acolhimento dos refugiados. Nesse cenário, viola-se a aplicação do *non-refoulement* não somente em relação ao indivíduo que adentra o território e, de maneira forçada, é devolvido pelo país receptor, mas, também, aplica-se ao sujeito barrado em fronteiras, antes mesmo de conseguir abrigo no Estado acolhedor, ficando sujeito ao risco e ao desamparo.

Por essa razão, o contexto social brasileiro não corresponde ao potencial protetivo teoricamente existente no aparato legislativo migratório, ao qual foi inserido a Lei 9.474/97, intensamente violada nos últimos anos. Uma das situações de descartabilidade do art. 7º, §1º pode ser vislumbrada quando, em sede de decisão liminar, nos autos da Ação Civil Pública nº 0002879-92.2018.4.01.4200, restou determinado o fechamento da fronteira Brasil/Venezuela, suspendendo a entrada dos migrantes e refugiados – medida esta suspensa, posteriormente, em nível recursal. Ainda, destaca-se o pedido liminar de fechamento da fronteira brasileira,

40 VELÁSQUEZ, Militz Pérez; SILVA, João Carlos Jarochinski. Mobilidade humana de venezuelanos no Brasil e as respostas institucionais frente a esse fluxo (misto). In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p. 247.

41 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103, grifo do autor.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020.

nos autos da ACO nº 3.121, citada anteriormente, indeferido pela Ministra Rosa Weber, sustentando em sua decisão que a ordem de fechamento das fronteiras ocasionaria um esvaziamento da obrigação do *non-refoulement* incorporado na legislação brasileira como basilar para a proteção dos refugiados e solicitantes de refúgio, lotados em condições de intensa vulnerabilidade⁴³. Os óbices à migração fronteiriça e ao acolhimento de migrantes e refugiados, vão contra toda a legislação protetiva criada em nível internacional e nacional. Segundo a ministra Rosa Weber:

A utilização indiscriminada de medidas voltadas a restringir migrações irregulares pode acabar privando indivíduos não apenas do acesso ao território, mas do acesso ao próprio procedimento de obtenção de refúgio no Estado de destino, o que poderia, a depender da situação, configurar, além de descumprimento do dever de proteção assumido internacionalmente, ofensa à cláusula constitucional asseguroadora do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).⁴⁴

Outra situação que se faz necessário destacar, nitidamente restritiva de direitos e que retira total eficácia da norma e do princípio da não devolução, repousa na edição das portarias interministeriais estipulando restrições para o cruzamento transfronteiriço pela via terrestre em razão da alegada necessidade de contenção de fluxos por conta da pandemia da COVID-19. A Portaria de nº 652 (atualmente revogada), estabeleceu restrições excepcionais e temporárias com relação à entrada de estrangeiros no país, independentemente de sua nacionalidade, em atenção às determinações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Segundo transcrição de seu art. 2º: “Art. 2º Fica restringida a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres ou por transporte aquaviário.”⁴⁵, ruindo, conseqüentemente, com uma série de direitos previstos em prol de migrantes e refugiados.

As portarias posteriormente elaboradas e igualmente revogadas, de nº 655 (art. 2º), nº 657 (art. 5º), nº 658 (art. 4º) e nº 660 (art. 4º), perpetuaram a lógica da exclusão, impondo restrições com relação à entrada de estrangeiros pelas vias terrestres. Segundo Luís Renato Vedovato e Rosana Baeninger⁴⁶, o fechamento de fronteiras terrestres foi de cunho totalmente ilógico, considerando que o potencial transmissor foi iniciado e deu-se de maneira mais incisiva por vias aéreas, o que tornou injustificável a atuação para restringir cada vez mais os direitos dos refugiados em tempos pandêmicos.

O potencial excludente verificado na realidade prática desenvolveu contornos mais profundos no decorrer das dificuldades enfrentadas com a pandemia, ajudando a visualizar as reais intenções governamentais para a política migratória brasileira, além de demonstrar que os preceitos de acolhida humanitária, largamente previstos pela legislação migratória, foram desacreditadas pelo Estado e intensamente violados pela sequência de portarias ministeriais impedindo o acesso, principalmente de venezuelanos, no território nacional⁴⁸.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020, p. 29.

46 BRASIL. *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. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria-652-21-ccv.htm, s.p.

47 VEDOVATO, Luis Roberto; BAENINGER, Rosana. Os fluxos de migração refugiada no século XXI - desafios demográficos e jurídicos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*, ACNUR Brasil, 2021.

Conforme verifica-se no contexto sociopolítico, com o endurecimento das restrições para o cruzamento fronteiriço,

[...] foram suprimidos arbitrariamente o direito humano de solicitação de refúgio, o impedimento de deportação sumária (Princípio do *non-refoulement*) e a garantia de regularização documental independente da situação migratória, assegurados em lei como parte da Política de Estado de direitos humanos. [...] Na emergência, o governo brasileiro não considerou os potencializados riscos à vida humana decorrentes do fechamento de fronteira aos mais vulneráveis, mas elegeu o *inimigo* discursivo para *justificar* o fechamento de fronteiras, expor os migrantes das fronteiras terrestres a rotas inseguras, marcadas pela exploração e violência, por impedir a 'entrada regular'.⁴⁹

Diante do aparato teórico e prático desenvolvido, há que se complementar a análise com a mácula que atinge o nível de metarracionalidade, recentemente apresentado por Atienza (2017) para sinalizar situações em que a falta de razoabilidade em um dos níveis (R1-R5), culminaria no prejuízo dos fins a que a norma elaborada se destinaria a alcançar. No caso, há nítido desequilíbrio entre a matriz teórica preconizada na legislação e sua aplicabilidade prática diretamente atingida pelas ineficiências da estrutura social, inviabilizando com que sejam sacrificadas quaisquer disposições dos demais níveis analisados, todos de extrema relevância para a reformulação legislativa. E, diante desse grau de inconsistências entre teoria e realidade prática, os mais atingidos são os milhares de refugiados que buscam acolhimento no território brasileiro, sendo atingidos pela instabilidade institucional e a xenofobia da população nacional. Nesse sentido, complementa Redin:

Quanto mais frágil é o sistema de garantias de direitos contido no estatuto geral das migrações internacionais de um Estado, ainda maiores são os desafios da proteção de direitos humanos aos grupos mais vulneráveis dentro do universo das migrações, dos quais os migrantes considerados forçados, onde estão incluídos os refugiados, com estatuto jurídico próprio de proteção.⁵⁰

Nesse horizonte, no pensamento de Atienza, “[...] o que é realmente problemático é o uso frustrado do Direito: as leis foram estabelecidas com o propósito de serem cumpridas, mas os destinatários simplesmente não o fazem, por causas diversas”⁵¹. Note-se que a norma analisada no presente estudo possui como finalidade a promoção do integral acolhimento de todos os indivíduos que alcançam a fronteira nacional, com a necessidade de observar as disposições constitucionais e principiológicas de proteção da dignidade da pessoa humana, igualdade de tratamento e de condições, visando, em um panorama geral, a proteção dos direitos humanos sem discriminação de qualquer ordem, possibilitando o reconhecimento e declaração de seu status e, conseqüentemente, a aquisição do leque de direitos e deveres

48 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021.

49 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p.164, grifo da autora.

50 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p. 165.

51 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 50.

inerentes, o que, contudo, encontra inúmeros óbices na realidade da sociedade brasileira. Nestes termos, “Para que o direito não seja inócuo e simplesmente declare normas que nunca serão efetivamente aplicadas, é necessário achatar a curva dos discursos populistas”⁵².

No cenário atual, a repulsa envolvendo a recepção de refugiados serve de combustível à adoção de normativas excludentes que dificultam e/ou impedem o acesso às fronteiras e, conseqüentemente, a todos os direitos e garantias que são decorrentes das legislações migratórias, das normas internacionais e constitucionais. Conforme abordado, o despreparo para o recebimento de grandes fluxos de refugiados e a falta de organização Estatal durante o auge da pandemia da Covid-19, serviram como discursos de impacto utilizados para justificar o fechamento transfronteiriço e impedir a entrada de migrantes e refugiados pelas vias terrestres, descumprindo com os propósitos básicos previstos na legislação.

O maior desafio da legislação brasileira, portanto, repousa na luta contra os poderes discricionários, populistas e hegemônicos que seguem perpetuando redes normativas inócuas e sem o devido amparo com relação a realidade social vivenciada pelo país, contribuindo, no contexto prático, a partir de medidas legislativas descabidas, para o aprofundamento de sistemas de exclusão social que atingem os direitos de milhares de refugiados. Faz-se necessário um maior substrato principiológico e ético, voltado à garantia dos direitos humanos e fundamentais de todos os que se encontram no território nacional, especialmente àqueles que buscam acolhimento, visando estabelecer uma política migratória consistente, efetiva, verdadeiramente humana, acolhedora e hospitaleira, e, dessa forma, coerente com a rede normativa disposta internacionalmente.

5 CONCLUSÃO

A realização do presente trabalho proporcionou a retomada dos estudos sobre a relevante Teoria da Legislação elaborada por Manuel Atienza, abordando aspectos essenciais para enfrentamento das deficiências existentes no contexto jurídico e social do Estado brasileiro a partir da análise dos níveis de racionalidade propostos pelo autor, compreendendo a necessidade de empreender-se uma filtragem minuciosa das normas elaboradas e as possibilidades de incremento de sua efetividade. A interrelação entre os níveis de racionalidade exige a formalização de procedimentos legislativos atentos à integridade, interdisciplinaridade e às premissas constitucionais, consistindo em processos cíclicos que não se excluem. Dessa forma, uma legislação bem construída vai possibilitar que a racionalidade da argumentação jurídica, devidamente fundamentada pela integridade normativa e principiológica, possa reforçar o ordenamento jurídico como um todo, garantindo as raízes dos direitos humanos e fundamentais a partir de um caminhar jurídico satisfatório.

Com relação ao art. 7º, §1º, da Lei 9.474/97, objeto de estudo no presente, verificou-se a presença de parcial irracionalidade legislativa nos níveis R3, R4 e no nível da metarracionalidade, demonstrando que a norma referida foi inserida no ordenamento jurídico com deficiências significativas, inviabilizando seu efetivo cumprimento dentro de um complexo sistema migratório que perpetua condutas excludentes contra aqueles que buscam acolhimento em território brasileiro. A falta de preparo, de infraestrutura, de políticas públicas e de organização estatal, inviabiliza a real aplicabilidade e eficácia da norma, de forma que a sua previsão na Lei do

52 VEDOVATO, Luis Roberto; BAENINGER, Rosana. Os fluxos de migração refugiada no século XXI - desafios demográficos e jurídicos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*, ACNUR Brasil, 2021, p.322.

Refúgio torna-se praticamente letra morta, inócua, ineficaz e simbólica, reforçando a presença de irracionalidades legislativas, principalmente nos aspectos sociais, além de obter como resultado, o aumento dos descumprimentos dos direitos e sua conseqüente judicialização.

A partir de tais concepções, tem-se possível afirmar que referido artigo subsiste de forma parcialmente irracional no ordenamento jurídico brasileiro, dependendo de uma mescla interdisciplinar de estudos jurídicos, linguísticos, sociológicos, filosóficos, bem como a atuação conjunta das esferas legislativa, executiva e judiciária, visando a proposição cooperativa de normas adequadas à política migratória brasileira, a qual, apenas em um patamar teórico, serve de modelo internacional como uma das legislações mais avançadas. Além disso, o incremento legislativo requer uma mudança complexa e profunda nas relações sociais, objetivando a construção de uma sociedade verdadeiramente justa, livre, solidária e politicamente ativa na defesa dos direitos humanos e fundamentais de todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

ACNUR. *Declaração de Cartagena*. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1. Acesso em: 31 jan. 2022.

ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10854/1/Doxa6_21.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3obrasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754212138>. Acesso em: 27 dez. 2021.

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. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. *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. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria-652-21-ccv.htm. Acesso em: 31 jan. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Process nº 27765/09. Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy. Judge Paulo Pinto de Albuquerque. 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>. Acesso em: 31 jan. 2022.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARQUES, Rodolfo Ribeiro Coutinho. *O princípio do non-refoulement no Direito Internacional contemporâneo: escopo, conteúdo e natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. *A cidadania dos refugiados no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99252/1/tesis_roberta_simoes_nascimento.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza de jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 7, Vol. 7, Número 7 - 2006/2007, p.51-67. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/14>. Acesso em: 31 jan. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

SILVA, G. J. et.al. *Refúgio em Números*. 6. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorios_conjunturais/2020/Ref%C3%BAgio_em_N%C3%BAmeros_6%C2%AA_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021.

UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/62a9d1494/global-trends-report-2021>. Acesso em: 11 jul. 2022.

VEDOVATO, Luis Roberto; BAENINGER, Rosana. Os fluxos de migração refugiada no século XXI - desafios demográficos e jurídicos. *In*: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

VELÁSQUEZ, Militza Pérez; SILVA, João Carlos Jarochinski. Mobilidade humana de venezuelanos no Brasil e as respostas institucionais frente a esse fluxo (misto). *In*: RAMOS, André de Carvalo; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

Recebido em: 22.08.2022

Aprovado em: 31.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

FERRETTI, Elisa Cardoso; MARTINS, Janete Rosa; BERTASO, João Martins. Os direitos dos refugiados e a lei nº 9.474/1997: uma análise sob a óptica da teoria da legislação de Manuel Atienza. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.47, p.32-48, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/03/DIR47-02.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.