

1. Introdução

O trabalho pretende discutir os direitos humanos das crianças migrantes desacompanhadas a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do ordenamento jurídico interno no contexto do diálogo das fontes entre os dois sistemas e ordenamentos jurídicos.

O artigo inicia com a discussão a respeito da condição jurídica da criança como sujeito de direito internacional e não mais como objeto com o respaldo dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos do Sistema Universal e do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. O Sistema Regional Europeu não foi abordado, pois não é o foco do trabalho, mas somente o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, cuja jurisprudência será analisada no artigo.

O estudo aborda a proteção internacional da criança migrante desacompanhada na condição de refugiada e apátrida, bem como de seus direitos fundamentais dentro do microsistema do direito internacional dos direitos humanos que é formado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pelos Pactos Internacionais de 1966, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989, bem como por outros tratados internacionais.

Além do sistema jurídico internacional, o artigo também analisa a proteção da criança refugiada perante o ordenamento jurídico interno, de acordo com a Constituição Federal de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, e com a Lei nº 9.474/97.

A relação entre o sistema jurídico internacional e o brasileiro fica demonstrada pela tese do diálogo das fontes entre os dois sistemas, bem como na previsão do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 com a caracterização dos tratados internacionais de direitos humanos como normas materialmente constitucionais.

A dupla vulnerabilidade da criança é um aspecto relevante para o desenvolvimento do trabalho, uma vez que é a partir dessa ideia que o sistema protetivo é acionado, a fim de propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade da criança, que é um direito fundamental, por ter previsão constitucional.

O artigo demonstra a importância dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos com análise da Diretriz nº 08 do Alto Comissariado das Nações Unidas para

Refugiados, bem como com o estudo da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Defende-se a tese da personalidade jurídica da criança refugiada como cidadã universal em relação aos direitos fundamentais, o que obriga os Estados a empenhar todos os esforços em cooperação internacional para o desenvolvimento de políticas públicas destinadas à proteção universal dos direitos da criança refugiada desacompanhada.

2. A criança como sujeito de direito internacional dos direitos humanos

2.1. O indivíduo como sujeito de direito internacional na doutrina clássica

A compreensão dos direitos das crianças migrantes desacompanhadas deve partir da ideia de que é sujeito de direito internacional dos direitos humanos e não mais objeto do direito, referida compreensão, passa pela noção do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional dos direitos humanos.

Na doutrina clássica, os fundadores do direito internacional, Francisco de Vitória e Francisco de Suárez, consideravam o ser humano como sujeito de direito e elemento central da ordem jurídica internacional. Francisco de Suárez defendeu que o direito das gentes revela a unidade e a universalidade do gênero humano. Francisco de Vitoria, por sua vez, defendeu a prevalência do Estado de Direito com a tese de que o ordenamento jurídico obriga a todos, tanto governados como governantes, e que a comunidade internacional tem prevalência sobre o arbítrio de cada Estado individual.¹

Para Vitoria, o direito das gentes regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados, que é coextensiva à própria humanidade, de modo que a reparação das violações dos direitos humanos reflete uma necessidade internacional do direito das gentes, que se aplica tanto aos Estados, como aos indivíduos.

A doutrina de Hugo Grotius reflete o ideal do ser humano ao preconizar que o Estado não é um fim em si mesmo, mas meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a sociedade comum que abarca toda a humanidade.² Em suas ideias, fica evidente o imperativo de que os sujeitos têm direito

¹Francisco de Vitória. *Relecciones Teológicas* (ed. T. Undanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675. Francisco de Suárez. *De legibus ac Deo Legislatore*, 1612.

²Hugo Grotius. *De jure belli ac pacis*, 1625.

vis-à-vis o Estado soberano, que não pode exigir obediência absoluta de seus cidadãos, inaugurando a ideia de que os Estados têm limites e que também se submetem às leis.

De acordo com as teses imperantes na doutrina clássica do direito internacional, a comunidade internacional não pode se basear na *voluntas* de cada Estado. Por isso, admite-se a proteção internacional do indivíduo contra o próprio Estado, uma vez que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas e não à razão do Estado.

O ser humano e o seu bem-estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais e os fundadores do direito internacional o concebiam como um sistema verdadeiramente universal. Entretanto, tal ideia foi suplantada pelo positivismo jurídico, que personificou o Estado, dotando-o de vontade própria, reduzindo os direitos dos seres humanos à vontade dos Estados.³⁴⁵

Como é possível perceber, o indivíduo é sujeito de direito internacional desde a fundação do direito internacional, o que se extrai do pensamento dos autores clássicos. A mudança de paradigma ocorreu com o positivismo exacerbado que, por conveniência dos Estados e da comunidade internacional, implantou a ideia de que somente os Estados seriam sujeitos de direito internacional.⁶⁷

2.2. A personalidade jurídica do indivíduo no plano internacional

Um dos argumentos mais fortes a respeito da consideração do indivíduo como sujeito de direito internacional é o fato de ser destinatário das normas de direitos humanos, que são conformadas pela tríplice vertente: direito internacional dos direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados, que consideram as pessoas como verdadeiros sujeitos de direito internacional, a exemplo das Convenções de Genebra

⁴ Em 1901, León Duguit, em sua obra, “*O Estado, o direito positivo e a lei positiva*”, afirmou que somente os indivíduos, destinatários de todas as normas jurídicas, são sujeitos de direito internacional. (León Duguit. “*O Estado, o direito positivo e a lei positiva*”).

⁵ Jean Spirapoulos, em sua obra, “*O indivíduo no direito internacional*”, de 1928, afirmou que o estado não é um fim em si mesmo, não é um ideal supremo sujeito apenas à sua vontade, mas sim um meio de realização das aspirações e necessidades vitais dos indivíduos. Jean Spirapoulos. *L’individu en droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 33 e 66.

⁶ Maurice Bourquin. “*L’humanisation du droit des gens.*”. *La technique et les principes du droit public – Études en l’honneur de Georges Schelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 21-54. Max Huber. *La pensée et l’action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270, 286.

⁷ Paul Guggenheim, em 1952, afirmou que, como o indivíduo é sujeito de deveres no plano internacional, não há como negar sua personalidade jurídica internacional, reconhecida pelo próprio direito internacional consuetudinário. (Paul Guggenheim, “*Les principes de droit international public*”, 80 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1952, pp. 116-118.)

sobre Direito Internacional Humanitário, de 1949, que proíbem o Estado de derrogar as disposições das Convenções.

Os três ramos do direito internacional em questão demonstram que o ser humano se apresenta como o principal destinatário do ordenamento jurídico internacional, o que afasta o direito internacional dos direitos humanos de uma ótica puramente interestatal e obsoleta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que todas as criaturas humanas são sujeitos de direito internacional, pois são membros da sociedade universal, sendo inconcebível que o Estado lhes negue essa condição.⁸

Argumentos contrários à condição do indivíduo como sujeito de direito internacional centram-se, normalmente, na impossibilidade de o indivíduo celebrar tratados internacionais, o que com todo respeito, não merece prosperar, uma vez que, nem mesmo no plano interno, o indivíduo está legitimado diretamente a participar do processo legislativo, em geral. Logo, a fundamentação não é forte o bastante para refutar a tese da condição do indivíduo como sujeito de direito internacional.

A tese de que somente os Estados são sujeitos de direito internacional também é refutada pelo crescimento considerável na participação efetiva das organizações não governamentais e do indivíduo na formação da *opiniojuris* internacional, sendo viável destacar, quanto às ONG's, a aceitação de seu *status* consultivo no âmbito do sistema onusiano.

No plano regional, não é diferente o papel das ONG's, podendo-se observar sua intensa atuação no sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos, com o reconhecimento de sua personalidade jurídica pela Convenção Europeia sobre Reconhecimento da Personalidade Jurídica das ONG's, de 1986. Resalte-se, ainda, que, no sistema universal, onusiano, os particulares e as ONG's participam dos trabalhos preparatórios de determinados tratados internacionais, a exemplo da Convenção das

⁸*Artigos I e II, DUDH, 1948. Artigo 1* "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade." *Artigo 2* "Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania."

Nações Unidas sobre Direitos da Criança, de 1989 e da Convenção de Ottawa sobre a Proibição de Minas Anti-Pessoal, de 1997.

Assim, podem ser considerados sujeitos de direito internacional os Estados, as organizações internacionais, os indivíduos, as organizações não governamentais e, em alguns casos, as empresas.

Não é objeto do trabalho o estudo da personalidade jurídica internacional dos Estados, nem das organizações internacionais, pois, quanto a estes sujeitos de direito, não existem dúvidas a respeito de sua condição jurídica perante o ordenamento jurídico internacional. O trabalho ficará centrado, portanto, na condição jurídica do indivíduo, precisamente da criança, perante o ordenamento jurídico internacional, enquanto sujeito de direito internacional, dotado de personalidade jurídica internacional.

A nova teoria do direito internacional dos direitos humanos considera o indivíduo como sujeito de direito internacional, por ser dotado de personalidade jurídica e por serem beneficiário direto, sem intermediários, das normas de direito internacional, o que põe fim à anacrônica dimensão puramente interestatal do direito internacional.

O reconhecimento da personalidade jurídica dos indivíduos atendeu a uma necessidade da comunidade internacional de buscar valores comuns superiores de que toda pessoa é dotada de personalidade jurídica que impõe limites à atuação estatal, embora a capacidade jurídica possa variar de acordo com a condição jurídica de cada pessoa para realização de atos jurídicos.

Os direitos humanos, portanto, reforçam o atributo universal da pessoa humana, de modo que a todos os seres humanos correspondem de igual modo a personalidade jurídica e o amparo do direito, independentemente de sua condição existencial, jurídica ou política.⁹¹⁰

2.3.A criança como sujeito de direito internacional

⁹ Paul de Visscher. *Cours Général de Droit International public*, 136 Recueils des Cours de l'Académie de Droit International, 1972.

¹⁰ A propósito do tema, é interessante esclarecer que o critério de nacionalidade não pode ser o ponto de partida para a concessão de direitos fundamentais pelo Estado aos seres humanos, que são um fim em si mesmo e que gozam de direitos fundamentais inerentes à condição humana. *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy 1994.

Os direitos humanos foram concebidos como inerentes a todo ser humano, independentemente de sua condição jurídica existencial e política, sendo sujeito *ipso iure* de direito internacional. A partir do séc. XX, percebe-se a necessidade de construção de um ordenamento jurídico internacional aplicável aos Estados, às Organizações Internacionais e aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça. É nesse período que se verifica o renascimento do direito natural ante o conservadorismo e a degeneração do positivismo jurídico no sentido da afirmação e da restauração de um padrão de justiça, em contraposição às normas positivas, que carecem de universalidade por variarem de um ordenamento jurídico a outro.

A demanda do século XX, portanto, é a prevalência de interesses superiores do ser humano, independentemente de qualquer condição, bem como a necessidade de reconhecimento de um mínimo jurídico, com a primazia do direito internacional dos direitos humanos sobre o ordenamento jurídico estatal, para refutar o poder ilimitado do Estado sobre a vida e a liberdade de seus cidadãos e a impunidade do Estado violador dos direitos humanos.

Assim, o direito das gentes transcende as relações interestatais para proteger os seres humanos contra a atuação indevida do Estado com o qual mantém um vínculo de nacionalidade, de modo que o indivíduo é titular de direitos e deveres emanados diretamente do direito das gentes, ou seja, é sujeito ativo e passivo do direito internacional.

A condição de sujeito passivo do indivíduo no direito internacional pode ser corroborada pela instituição de tribunais *ad hoc* para Ruanda e ex-Iugoslávia e, posteriormente, o que concretizou um dos aspectos das prerrogativas da personalidade jurídica, ou seja, a assunção de deveres por parte do indivíduo perante o ordenamento jurídico internacional, possibilitando a sua responsabilização por crimes contra a humanidade.

É imperioso destacar, portanto, que o reconhecimento da responsabilidade penal individual decorre do princípio da jurisdição universal e, nesse sentido, seria inaceitável conferir ao indivíduo apenas deveres e não direitos no direito internacional. Logo, se o indivíduo é sujeito de deveres na ordem internacional, também é titular de direitos, pois concluir o contrário, causaria um desequilíbrio nas relações jurídicas celebradas no âmbito do direito internacional, ferindo o princípio da igualdade e da liberdade.

Logo, a criança é sujeito de direito internacional dos direitos humanos, uma vez que goza da condição humana e tem proteção universal no Sistemas Universal e Regional de Direitos Humanos.

Por ser sujeito de direito internacional, a criança deve ser tratada com dignidade, uma vez que é considerada como um fim em si mesmo, devido à sua condição humana. Além disso, o dever de respeitar os direitos humanos é uma obrigação *erga omnes* do direito internacional contemporâneo.¹¹

3. A proteção internacional dos direitos da criança

Os direitos das crianças estão previstos na Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1959 que, embora não tenha caráter vinculativo, não sendo de cumprimento obrigatório pelos Estados, preconiza o princípio da proteção especial da criança.¹²

A regulamentação internacional dos direitos das crianças e dos adolescentes também tem previsão na Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, que os reconhece como pessoas titulares de direitos e obrigações sem distinção de sua condição socioeconômica, étnica, religiosa, sexo, idioma, opinião política, origem nacional ou social, nascimento, idade ou qualquer outra condição social própria ou de seus pais. A Convenção ainda considera que a criança e o adolescente têm o direito de usufruir das mesmas garantias processuais dos adultos.

Além da Convenção de 1989, há outros documentos internacionais que protegem os direitos das crianças e dos adolescentes, tais como a Declaração Universal dos Direitos

¹¹ Juan Carrilo Salcedo. *A soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Ed. Técnos, Madrid, 1995. Em Kant, encontra-se a doutrina da consideração do ser humano como um fim em si mesmo. (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70 [s.d.].)

¹²Preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1959: “Considerando que os povos da Nações Unidas, na Carta, reafirmaram sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, e resolveram promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. Considerando que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamaram que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Considerando que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento. Considerando que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança. Considerando que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços.

Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias e a mais recente Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência enumeram direitos que também são relevantes e totalmente aplicáveis à proteção dos direitos das pessoas menores de 18 anos.

Referidos documentos são normas complementares à Convenção dos Direitos da Criança de 1989, documento específico de proteção à infância, que constitui o corpo legal universal mais relevante para a proteção de todas as pessoas menores de dezoito anos de idade, aplicando-se, portanto às crianças e aos adolescentes, sendo seu principal instrumento de proteção por constituir o conteúdo mínimo de reconhecimento e respeito aos direitos das crianças e dos adolescentes.¹³

O interesse superior da criança, o direito a falar e a ser ouvido, a igualdade e a não discriminação, o direito à vida e ao desenvolvimento são princípios transversais orientadores da Convenção de 1989 que ainda estabelece que são direitos da criança o direito à família e à vida familiar, o direito à identidade, à documentação e ao registro de nascimento, dentre outros.

Os direitos previstos na Convenção de 1989 bem como nos tratados internacionais de direitos humanos são vinculativos e, por isso, os Estados devem adotar todas as medidas administrativas, legislativas, orçamentais e de outra natureza para dar eficácia a esses direitos.¹⁴

¹³ Artigo 1º da Convenção dos Direitos da Criança: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

¹⁴ Artigo 4º da Convenção dos Direitos da Criança de 1989: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.”

O Comitê dos Direitos da Criança e do Adolescente é um dos organismos de fiscalização dos tratados internacionais e prevê que os Estados Partes têm de apresentar relatórios periódicos ao Comitê a fim de examinar os progressos relativos ao cumprimento das obrigações assumidas pela Convenção.

A criança e o adolescente também tem proteção perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem sua base legal na Carta da Organização dos Estados Americanos, que criou o órgão regional e na Convenção Americana de Direitos humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

Os principais órgãos do sistema são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) que trabalham para atingir o objetivo do sistema que é garantir os direitos humanos no continente americano, o que se dá pelo conjunto de tratados, instituições e pessoas que atuam no contexto da OEA.

Nenhum tratado de direitos humanos aprovado pela OEA define criança, somente os tratados de direito internacional privado o fazem a exemplo da Convenção Interamericana de Obrigação Alimentar que, em seu artigo 2º, considera como menor toda pessoa que ainda não completou dezoito anos. Por outro lado, a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores estabelece, em seu artigo 2º, que criança é toda pessoa abaixo de dezesseis anos. Por fim, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, em seu artigo 2º, estabelece que todo ser humano menor de dezoito anos é menor. Percebe-se que a maioria dos tratados inclina-se para a consideração da criança como sendo a pessoa com menos de dezoito anos.

A ausência de definição de criança nos tratados de direitos humanos do sistema interamericano autoriza a utilização do conceito de criança presente na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 da ONU que estabelece que criança é todo ser humano com menos de dezoito anos.¹⁵

¹⁵Artigo 1º Convenção dos Direitos da Criança:Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”
CorteIDH. *Condición Jurídica e Derechos Humanos delNiño*. Opinião Consultiva nº 17/02, de 28 de agosto de 2002. Série A, nº 17, par. 42.

Para a consideração dos direitos humanos da criança, é necessário partir do pressuposto de que os direitos humanos das crianças são os mesmos dos adultos e que os tratados especializados não definem tais direitos, mas somente estabelecem quem é criança e afirmam que essas pessoas merecem proteção reforçada devido a sua vulnerabilidade intrínseca. Logo, se uma pessoa for considerada criança e necessitar da proteção de um direito humano, deverá haver a conjugação dos tratados internacionais especializados com os tratados internacionais de direitos humanos destinados a qualquer pessoa.

Ainda é importante acrescentar que no Sistema Interamericano o dever de proteger a criança recai sobre a família, a sociedade, o Estado e os órgãos estabelecidos nos tratados. A família como base da sociedade, núcleo principal que garante as condições necessárias para que a criança atinja o seu desenvolvimento integral. A sociedade, como o meio em que as famílias convivem, tem o dever de garantir o bem-estar físico e mental das crianças. O Estado tem a obrigação de adotar todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza para garantir o bem-estar da criança. Os órgãos de direitos humanos devem, por sua vez, observar as violações aos direitos humanos das crianças.

Os órgãos do Sistema Interamericano que se destinam a proteger os direitos da criança são a CIDH, a CorteIDH e o Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente. A CIDH é o órgão mais importante da OEA e responsável pela promoção dos direitos humanos no continente, desenvolve o seu trabalho em três plataformas: pelo sistema de petições individuais e medidas cautelares; pelo monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados e pelos relatórios. A CorteIDH, órgão judicial autônomo da OEA tem o objetivo de interpretar e de aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, atuando com a emissão de pareceres, opiniões consultivas e sentenças. O Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente é o órgão especializado da OEA em matéria de infância e assiste aos Estados no desenvolvimento de suas políticas públicas.

Relevante apontar que o artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos ressalta o princípio do interesse superior da criança, que também está previsto no artigo 3º da Convenção dos Direitos da Criança de 1989¹⁶, o que obriga a adoção de medidas

¹⁶ Artigo 19, da Convenção Americana de Direitos Humanos: Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

específicas para que as crianças gozem de seus direitos, uma vez que a violação dos direitos da criança implica responsabilidade agravada pela grave violação aos direitos humanos.

Como se pode compreender, existe uma estrutura destinada à proteção da criança, seja no Sistema universal, seja no Regional.

4. A proteção internacional da criança migrante desacompanhada

4.1. Refúgio

A criança migrante desacompanhada pode se encontrar na posição de refugiada ou apátrida.

O Estatuto dos Refugiados de 1951 estabelece os requisitos para a caracterização da condição de refugiado que se dá em virtude de perseguição por raça, religião, nacionalidade, filiação ou opinião política desde que impeça a pessoa de viver em seu país de origem.¹⁷

Os refugiados têm o dever de respeitar leis e os regulamentos e as medidas que visam manter a ordem pública.¹⁸ Têm o direito a não serem discriminados, à liberdade de praticar sua religião e à liberdade de instrução religiosa de seus filhos¹⁹.

Artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

¹⁷ A art. 1º do Estatuto dos Refugiados traz o conceito de refugiado:

“A. Para os fins da presente Convenção, o termo refugiado aplicar-se-á a qualquer pessoa:

(1) Que tenha sido considerada refugiada em aplicação dos Arranjos de 12 de Maio de 1926 e de 30 de Junho de 1928, ou em aplicação das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda em aplicação da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados. As decisões de não elegibilidade tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados enquanto durar o seu mandato não obstam a que se conceda a qualidade de refugiado a pessoas que preencham as condições previstas no (2) da presente secção; (2) Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar. No caso de uma pessoa que tenha mais de uma nacionalidade, a expressão do país de que tem a nacionalidade refere-se a cada um dos países de que essa pessoa tem a nacionalidade. Não será considerada privada da protecção do país de que tem a nacionalidade qualquer pessoa que, sem razão válida, fundada num receio justificado, não tenha pedido a protecção de um dos países de que tem a nacionalidade”.

¹⁸ “Art. 2º. Cada refugiado tem, para com o país em que se encontra, deveres que incluem em especial a obrigação de acatar as leis e regulamentos e, bem assim, as medidas para a manutenção da ordem pública”.

¹⁹ “Art. 3º. Os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, religião ou país de origem”. “Art. 4º. Os Estados Contratantes concederão aos refugiados nos seus territórios um tratamento pelo menos tão favorável como o concedido aos nacionais no que diz respeito à liberdade de praticar a sua religião e no que se refere à liberdade de instrução religiosa

O Estatuto consigna a proibição de expulsão ou de rechaço do refugiado para as fronteiras do território onde sua vida esteja ameaçada, o que decorre do princípio do *non-refoulement*, ou seja, da não devolução.

O Estatuto dos Refugiados não menciona especificamente o termo crianças refugiadas, mas em seu artigo 22 garante o direito à educação sem discriminação a todas as crianças.²⁰

Como já foi explicado anteriormente, os direitos das crianças refugiadas devem ser compreendidos a partir da interpretação sistemática do Estatuto dos Refugiados com a Convenção dos Direitos da Criança e dos tratados dos demais sistemas de proteção aos direitos da criança, ou seja, leva em consideração o microsistema que se destina à erradicação ou à mitigação da vulnerabilidade infantil.

4.2. **Apatridia**

A criança apátrida também pode ter a necessidade de migrar e, assim, merece a proteção internacional de seus direitos da personalidade.²¹ A Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 identifica o apátrida, regula a aquisição de uma identidade legal para estes indivíduos e garante o gozo de direitos e liberdades fundamentais sem discriminação.

Considera-se apátrida a pessoa sem nacionalidade ou cidadania que não tem acesso à saúde, educação, propriedade, que não pode se deslocar livremente, e que pode ser alvo

dos seus filhos”. O Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados concluído e assinado em Nova York em 31.01.1967, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 93, de 30.11.1971, em relação ao qual houve adesão em 07.04.1972, tendo sido promulgado pelo Decreto nº 70.946, de 07.08.1972, retirou da definição de refugiado a expressão *acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951* e as palavras *como resultado de tais acontecimentos*. Ver também a Declaração de Cartagena de 1984.

²⁰ Artigo 22 do Estatuto dos refugiados: “1. Os Estados Contratantes darão aos refugiados o mesmo tratamento que aos nacionais no que concerne ao ensino primário. 2. Os Estados Contratantes darão aos refugiados um tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não menos favorável do que o que é dado aos estrangeiros em geral, nas mesmas circunstâncias, quanto aos graus de ensino além do primário e notadamente no que concerne ao acesso aos estudos, ao reconhecimento de certificados de estudos, de diplomas e títulos universitários estrangeiros, à isenção de direitos e taxas e à concessão de bolsas de estudo.”

²¹ O Artigo 1º da Convenção de 1954 considera apátrida a pessoa “que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional.” Pode-se afirmar que há duas espécies de apatridia: a *de jure* e a *de facto*. A primeira se refere aos não nacionais em decorrência das leis de um país; a segunda se refere ao indivíduo que tem a nacionalidade, mas que é ineficaz, diante da negativa do direito de retornar ao seu país, por exemplo. A cidadania confere ao indivíduo a proteção de um Estado, assim como vários direitos civis e políticos. Como assevera Hanna Arendt, a cidadania “é o direito a ter direitos.” A apatridia pode ter como causa conflitos de leis, transferências de território, legislação matrimonial, discriminação, falta de registro de nascimento, privação da nacionalidade e renúncia. Nesse contexto tão problematizado, o conjunto de normas internacionais sobre aquisição, perda ou denegação da nacionalidade não é mais suficiente para solucionar os casos que podem gerar a apatridia.

detratamento arbitrário e vítima de tráfico de pessoas. O apátrida é desprovido do direito ao mínimo necessário a uma vida digna, pois não tem acesso aos direitos básicos.²²

Muitas vezes, a apatridia obriga a pessoa ao deslocamento forçado, o que pode acarretar a situação de refúgio, caso haja o fundado receio de perseguição. Logo, percebe-se a relação entre apatridia e refúgio, o que possibilita ao apátrida o direito ao acolhimento, pois todo e qualquer cidadão tem o direito de pertencer a algum lugar.

A propósito do termo, Hanna Arendt também ensina que a cidadania “é o direito a ter direitos” e que ser privado da nacionalidade é como ser privado da noção de pertencimento ao mundo.²³ Nesse sentido, é possível ressaltar o pensamento de Kant registrado em sua obra, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, de que o ser humano é um fim em si mesmo, bem como a ideia da hospitalidade ao ser humano no mundo, registrado em sua obra, *A Paz Perpétua*.

A partir das ideias de Arendt e de Kant, é possível concluir que o ser humano deve ser considerado como cidadão universal, como um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado, tendo o direito ao acolhimento global.

Ao adquirir uma nacionalidade, o indivíduo deixa de ser apátrida. Por isso, o direito à nacionalidade é um direito humano fundamental previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Todas as medidas ora propostas destinam-se a evitar que o apátrida viva sem condições mínimas de dignidade, impondo-se aos Estados o dever de hospitalidade e reconhecimento de apátridas e de refugiados.²⁴

²² A Corte Interamericana, em Parecer Consultivo nº OC-4/84, de 19 de Janeiro de 1984, Proposta de modificação da Constituição política da Costa Rica, enfatiza que a determinação e a regulação da nacionalidade não podem ficar restritas apenas à discricionariedade dos Estados, em razão dos limites impostos pelo direito internacional. Ver também John Rawls. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. Esteves. São Paulo, Martins Fontes. 2010.

²³ “Ser privado da nacionalidade é como ser privado da pertença ao mundo, é como retornar ao estado natural, como homens das cavernas ou selvagens... O homem que não é nada mais que um homem perdeu aquelas qualidades que tornaram possível para outras pessoas o tratarem como igual. Pode viver ou morrer sem deixar vestígios, sem ter contribuído em nada para o mundo.” Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

²⁴ Enquanto o processo de reconhecimento da condição de apátrida estiver em curso num País, o indivíduo tem o direito a receber autorização de permanência temporária, a fim de evitar que sejam alvo de discriminação e da prática de outros crimes, como trabalho escravo, tráfico de menores etc. São garantias que devem ser conferidas ao indivíduo que está em processo de reconhecimento da condição de apátrida em andamento: o direito ao exame individual do pedido; prazo para conclusão do procedimento; acesso à orientação jurídica e a um intérprete; proteção e confidencialidade das informações; decisão fundamentada e o direito a recorrer da decisão. Cada Estado tem o direito de adotar legislação contendo o procedimento para determinação de apatridia, pois a Convenção de 1954 não prevê um procedimento específico para tal identificação. Se o Estado não regular o procedimento, basta que o indivíduo solicite uma autorização de residência, documento de viagem, ou tenha o pedido de asilo rejeitado para surgir a

Ao gozar da condição de apátrida, o indivíduo não perde a condição de sujeito de direitos, ou seja, continua resguardando os direitos fundamentais à personalidade e tem direito à aplicação do princípio do *non-refoulement*.

O ACNUR é o organismo internacional independente de representação dos apátridas que examina os pedidos de nacionalidade e presta assistência para a apresentação de um pedido às autoridades competentes.

A efetiva proteção e a concretização dos direitos do apátrida exige o seu reconhecimento como cidadão universal, pertencente a um ambiente cosmopolita universal, que não está restrito ao vínculo de nacionalidade com determinado Estado. Os apátridas são seres humanos, dotados de dignidade, com um fim em si mesmos, com direitos da personalidade que devem ser exercidos perante qualquer Estado e diante de qualquer Tribunal Internacional competente.

Tal postura tem como fundamento a consideração dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, que fazem parte do *hard core human rights*, ou seja, do núcleo duro dos direitos humanos.

A melhor forma de proteger os apátridas é a adoção de uma legislação internacional que torne impossível a apatridia. Enquanto isso não ocorre, a jurisprudência e o costume internacional devem se encarregar de consolidar os entendimentos favoráveis à conformação do direito à nacionalidade do cidadão universal.²⁵

discussão a respeito de sua condição. Para facilitar a identificação e qualificação dos apátridas, faz-se necessário um procedimento universal, a fim de possibilitar a busca de soluções para o problema. Pelo mesmo motivo, deveria haver uma autoridade central encarregada de exercer a função de determinação de apatridia, a fim de evitar o conflito de decisões e posturas divergentes sobre a Convenção de 1954. Atualmente, cada Estado designa funcionários para desenvolver tal tarefa, o que é um grande risco para o cidadão universal, uma vez que fica a critério dos entendimentos isolados de um país a respeito do tema, ou seja, cada Estado terá a oportunidade de defender seus próprios interesses em decorrência da soberania estatal. O apátrida tem direito aos direitos humanos fundamentais; a não ser torturado; a não ser discriminado (artigo 3º da Convenção de 1954). Todo Estado concederá aos apátridas os mesmos direitos que concede aos estrangeiros (artigo 7º da Convenção de 1954). Em contrapartida, o apátrida tem o dever de obedecer as leis e os regulamentos do país onde se encontra (artigo 2, da Convenção de 1954). Os apátridas têm o direito aos documentos de identidade e de viagem (artigo 28), podendo o ACNUR oferecer assessoria técnica na emissão de tais documentos. Os apátridas não podem ser expulsos, exceto por razões de segurança nacional ou de ordem pública; têm o direito ao devido processo legal, de defesa e apresentação de provas. Têm o direito a se valer do *non-refoulement*, ou seja, do princípio da não devolução, que proíbe a devolução de uma pessoa a um território onde ela poderia sofrer perseguição ou discriminação (artigo 33). Têm direito à integração e à naturalização. Pela análise dos direitos e deveres dos apátridas, é possível afirmar que, independentemente de nacionalidade, são sujeitos de direitos e deveres na ordem global, têm personalidade jurídica internacional, gozando, portanto, da qualificação de cidadão universal quanto aos direitos humanos fundamentais, ou seja, quanto aos direitos da personalidade relativos ao mínimo necessário para uma vida digna.

²⁵ Ocorre a apatridia quando a lei de um Estado entra em conflito com a de outro, deixando o indivíduo sem nacionalidade, o que pode ocorrer quando os países adotam critérios diferentes para a concessão de nacionalidade. A Convenção para a redução dos Casos de Apatridia de 1961 prescreve as formas de

A criança apátrida merece a proteção conferida pelo Estatuto dos Apátridas e pelos documentos internacionais específicos mencionados no trabalho. Se necessitar migrar, terá o direito a conservar seus direitos fundamentais perante qualquer Estado.

5. A proteção nacional da criança e do adolescente

A Constituição brasileira de 1988 elenca os direitos da criança e do adolescente em seu artigo 227, ressaltando o princípio do interesse superior da criança, também previsto na Convenção dos Direitos da Criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.69/90, garante os direitos da criança até os doze anos e dos adolescentes até os dezoito anos, incluindo os direitos da criança em situação de migração forçada.

Segundo a UNICEF quase 50 milhões de crianças e adolescentes vivem fora do seu país de origem e pelo menos 300 mil crianças estão desacompanhadas ou separadas de sua família em cerca de 80 países diferentes.²⁶

Um dos principais problemas encontrados no direito interno em relação aos menores refugiados se dá quanto à dificuldade de conseguir Registro Civil para conseguir fazer valer os seus direitos. Em 2013 a ACNUR e a UNICEF no Brasil assinaram um memorando de entendimento para fortalecer a proteção das crianças refugiadas no Brasil, prevendo, inclusive, a facilitação na emissão dos documentos.

Recentemente em 18 de maio de 2017, o STJ (quarta Turma) o Ministro Luis Felipe Salomão decidiu que o documento de identidade emitido a partir do Registro Nacional de Estrangeiro equivale ao registro civil de pessoas naturais no Brasil. No caso, uma mãe de menor estrangeira refugiada, sem documento de identidade, requereu em juízo a aplicação de medidas protetivas para o deferimento de registro de nascimento brasileiro para que a menor pudesse exercer direitos como o de matricular-se em escola pública e utilizar sistema público de saúde. E ainda ressaltou o Ministro que o sistema jurídico

concessão da nacionalidade, ou seja, de pleno direito, a toda pessoa considerada apátrida; em razão da idade; mediante requerimento; na data do nascimento; por descendência; aos menores abandonados. Ocorre também quando um Estado obriga o pretendente à nacionalidade a renunciar à nacionalidade previamente adquirida antes de ter garantida a aquisição de outra. Também pode se dar pela vedação da transmissão da nacionalidade pelas mães, caso das crianças sírias nascidas nos campos de refugiados. Aapatridia pode decorrer do problema de sucessão de Estados, uma vez que as leis e práticas nacionais serão alteradas quando um Estado passar por mudanças no território e na soberania. Pode estar relacionada à discriminação ou à privação arbitrária da nacionalidade, por raça, cor, etnia, religião, gênero, opinião política ou outros fatores. (*Manual de procedimentos e critérios para determinação da condição de refugiado*, disponível em www.acnur.org.)

²⁶ https://www.unicef-org/brazil/pt/media_36161.html acesso em 20 de maio de 2017.

brasileiro e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário prevêm a proteção do estrangeiro, do refugiado e do menor, assim como a garantia da identidade e do exercício de direitos.²⁷

Além disso, a Lei nº 9.474/97 prevê os direitos dos refugiados no âmbito do ordenamento jurídico interno definindo os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 no Brasil.

O artigo 1º de referida Lei define refugiado como sendo toda pessoa perseguida por raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas que esteja fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira a ele retornar. Também se considera refugiado a pessoa sem nacionalidade que não queira ou não possa retornar ao seu país de residência habitual pelos mesmos motivos acima expostos. Além disso, também se considera refugiado a pessoa que não possa retornar ao seu país de nacionalidade por grave violação de direitos humanos.

A condição de refugiado é estendida ao cônjuge, ascendentes e descendentes e aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependem economicamente.²⁸

Não são considerados refugiados os indivíduos que, segundo o art. 3º da Lei nº 9.474/1997, já desfrutam de proteção ou assistência por parte de organismos ou instituições das Nações Unidas que não o Alto Comissariado; que sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações de nacional brasileiro; que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, praticado atos terroristas ou tráfico de drogas, sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

A condição jurídica da criança refugiadaa sujeitará aos termos da Lei nº 9.474/1997, aos instrumentos internacionais, ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e ao seu Protocolo de 1967; a tornará sujeito de direitos e deveres no Brasil.²⁹

²⁷ (http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Identidade-emitida-a-partir-do-Registro-Nacional-de-Estrangeiro-equivale-a-registro-civil-brasileiro#.WSSiUTmwPiE.email) acesso em 22 de maio de 2017.

²⁸ Verificar *Manual de procedimentos e critérios para determinação da condição de refugiado*, disponível em www.acnur.org.

²⁹ O processo de refúgio conterà as seguintes fases: o requerimento do estrangeiro, a autorização para residência provisória, a instrução e o relatório, decisão e recurso. Ao solicitar sua condição de refugiado, o estrangeiro será notificado para prestar declarações e a ACNUR deverá ser informada sobre a existência do processo de solicitação de refúgio, que terá a faculdade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento. A solicitação da condição de refugiado deve conter as informações completas a respeito do solicitante tais como nacionalidade, escolaridade, profissão, motivo etc., e deverão ser mantidas em sigilo pela autoridade

A criança refugiada poderá solicitar o reconhecimento de sua condição de refugiado a qualquer autoridade migratória que estiver na fronteira. Não poderá haver a deportação da criança para a fronteira do território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

A Lei nº 9.474/1997 criou o CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça, cuja competência abrange a análise e o reconhecimento da condição de refugiado; a análise da cessação da condição de refugiado; a decisão sobre a perda da mesma condição, a orientação e coordenação das ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico e aprovação de instruções normativas.

A repatriação ao país de origem da criança refugiada só poderá ocorrer de forma voluntária, salvo nos casos em que a pessoa não possa mais recusar a proteção do país de que é nacional, por não mais subsistirem as circunstâncias que ensejaram o refúgio.

30

6. Direitos fundamentais da criança

Com a constitucionalização dos direitos da personalidade, alguns direitos da personalidade passaram a ter natureza jurídica de direitos fundamentais positivados como norma constitucional. A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho salienta que muitos

competente. Recebida a solicitação de refúgio, o interessado receberá protocolo do Departamento de Polícia Federal, segundo a Resolução Normativa nº 06, de 26.05.1999, o protocolo terá validade de 90 dias, prorrogável por igual prazo, enquanto durar o processo para sua estadia e de seu grupo familiar no território nacional, o que dará o direito à Carteira de Trabalho. A decisão sobre a condição de refugiado tem natureza jurídica de ato declaratório e deverá ser fundamentada. Proferida a decisão, o CONARE notificará o solicitante e o Departamento de Polícia Federal para as medidas administrativas. Se a decisão for concessiva da condição de refugiado, o refugiado deverá assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente. Se a decisão for denegatória, caberá recurso no prazo de 15 dias. Um dos efeitos da condição de refugiado é obstar o requerimento de qualquer pedido de extradição, suspendendo-o até decisão definitiva. O refugiado registrado não poderá ser expulso, exceto por motivos de segurança nacional ou de ordem pública. Cessar a condição de refugiado quando o estrangeiro voltar a gozar da proteção do país de sua nacionalidade; recuperar a nacionalidade perdida; adquirir nova nacionalidade; retornar voluntariamente ao seu país ou não puder mais recusar a proteção do país de que é nacional. Dar-se-á a perda da condição de refugiado quando houver a renúncia; a prova da falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de refugiado; o exercício de atividades contrárias à segurança nacional e à ordem pública e a saída do território nacional sem prévia autorização do Governo Brasileiro.

³⁰ Artigo 22 da Convenção sobre os Direitos da Criança: Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.

dos direitos fundamentais, não todos, são direitos da personalidade, principalmente aqueles relativos ao princípio da dignidade humana.³¹

Para Karl Loewenstein³², as Constituições apenas ‘declaram’ os direitos fundamentais do homem, pois eles são anteriores a qualquer Constituição. Se muitos direitos fundamentais são direitos da personalidade e a Constituição apenas declara os direitos fundamentais por serem anteriores a ela, os direitos da personalidade são inerentes à condição humana e, portanto, apenas declarados e não criados pela Constituição, o que corrobora a tese de que o ser humano é um fim em si mesmo devido a sua condição humana.

Assim, há estreita relação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, como um direito geral da personalidade de ser pessoa e de se tornar pessoa. Nesse sentido, os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa.

A criança tem o direito ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, para se tornar um cidadão ativo na sociedade, participando das decisões políticas mais importantes da sociedade e exercendo os seus direitos fundamentais. Por isso, o direito ao pleno desenvolvimento de sua personalidade é um direito fundamental. Logo, a criança refugiada desacompanhada deve ser recebida e protegida pelo Estado receptor, a fim de que encontre ambiente adequado ao seu pleno desenvolvimento.³³

Um dos direitos fundamentais da criança é o direito à obtenção do registro civil de nascimento, o que gera a aquisição da nacionalidade, possibilitando o exercício dos direitos sociais com a utilização dos serviços públicos ofertados pelo Estado.

Uma criança refugiada/apátrida não tem condições de exercer seus direitos fundamentais perante o Estado que a recebe, o que a torna duplamente vulnerável, por

³¹“Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por exemplo, direito da cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, integridade moral e física, direitos à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos da personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa”.

³²“Sempre que esses direitos se referem à família, ao matrimônio, à religião e à educação, se trata mais do que liberdades individuais de instituições básicas da ordem social liberal ocidental, sendo anteriores a qualquer constituição; qualquer alusão constitucional tem, portanto, apenas um valor declaratório”.(Karl Loewenstein *Teoría de la constitución*, 2 ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ed. Ariel, 1970, p. 390).

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

ser criança e por ser refugiada/apátrida. Assim, como refugiada, deve ter condições de fazer o pedido de refúgio individualmente e, como apátrida, tem o direito de requerer sua nacionalidade perante o Estado receptor.

A situação da dupla vulnerabilidade se agrava ainda mais quando a criança refugiada/apátrida migra sem a companhia de seus pais, tornando-se vulnerável a todo e qualquer tipo de abuso, tais como impossibilidade de se utilizar dos serviços públicos do País, abusos sexuais, trabalhos forçados, tráfico de menores etc.

Para evitar ou minimizar a dupla vulnerabilidade, a criança migrante desacompanhada deve estar amparada pelo Estatuto dos Refugiados, pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989, pela Constituição de 1988, pela Lei 9.474/97 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deve, portanto, gozar de proteção criada por políticas públicas destinadas à sua consideração como sujeito de direito internacional e como um fim em si mesmo. Para tanto, os Estados devem criar políticas públicas destinadas à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional.

A propósito do tema, o Brasil incorporou o princípio do interesse superior da criança previsto na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, o Brasil incorporou o Estatuto dos Refugiados ao ratificá-lo, bem como ao promulgar a Lei 9.474/97.

A propósito da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, é importante acrescentar que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 confere aos tratados em questão a natureza jurídica de normas materialmente constitucionais que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro e que devem ser observadas pelos poderes nacionais.

Assim, os tratados internacionais protetivos às crianças devem ser aplicados no ordenamento jurídico brasileiro, o que pode ser materializado pela tese do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme no sentido de que os ordenamentos jurídicos nacional e internacional estão em constante troca e relação. Outra implicação decorrente dessa afirmação é a de que se a legislação nacional estiver em descompasso com os

tratados internacionais protetivos às crianças, poderá sofrer o controle de convencionalidade.³⁴³⁵

A compreensão dos direitos fundamentais das crianças migrantes desacompanhadas ainda pode ser realizada a partir da análise da jurisprudência internacional, o que será explanado a seguir.

7. A jurisprudência internacional

7.1. A Diretriz de Proteção Internacional nº 08/ACNUR

A Diretriz nº 08 do ACNUR estabelece orientações a respeito da interpretação dos direitos da criança refugiada dirigidas aos Estados.

Consigna o fato de as crianças normalmente serem consideradas como parte de uma unidade familiar e, por isso, não serem consideradas como indivíduos que necessitam de assistência especial.³⁶

Afirma que as crianças devem ter o direito de solicitar refúgio em nome próprio e não como um componente de uma unidade familiar, principalmente quando migrarem sozinhas ou desacompanhadas e isso se deve a sua consideração como sujeito de direito internacional.

A definição de refugiado deve, portanto, ser sensível as necessidades das crianças contidas na Convenção dos Direitos da Criança de 1989.³⁷

As Diretrizes do ACNUR dizem respeito às crianças, pessoas menores de dezoito anos, acompanhadas, desacompanhadas e separadas que podem apresentar solicitações individuais a sua condição de refugiadas.

³⁴ Erik Jayme. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Revista dos Tribunais, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

³⁵ Controle de convencionalidade, consultar: Gonzalo Aguilar Cavallo. El control de convencionalidad: Análisis em derecho comparado. Revista de Direito GV, São Paulo 9 (2), jul-dez 2013, p. 721-754; Alberto Amaral Júnior. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 2, p. 11-31; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa Brasileira, ano 46, nº 181, jan/mar 2009, p. 113-139. www.senado.leg.br/194897; RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 104, jan/dez 2009, p. 241-286.

³⁶ Diretriz nº 08 ACNUR.

³⁷ Artigos, 2º, 3º, 6º, 12 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989

Para o contexto da Diretriz em comento, entende que criança desacompanhada é aquela separada dos pais e de outros parentes e que está sem o cuidado de um adulto. Já, criança separada é aquela separada dos pais, mas não de outros parentes.

A Diretriz em análise, portanto, é dirigida aos Estados receptores de crianças migrantes desacompanhadas, estabelecendo parâmetros para a sua consideração como sujeito de direitos.

7.2. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – O Parecer Consultivo nº OC 21/14

A Corte interamericana de Direitos Humanos manifestou-se a respeito dos direitos das crianças refugiadas no Parecer Consultivo nº OC 21/14 mediante solicitação do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, estabelecendo as obrigações dos Estados em relação às crianças migrantes.

De acordo com o Parecer, há algumas regras mínimas a serem observadas pelos Estados que recebem crianças refugiadas, conforme será descrito a seguir.

As crianças refugiadas têm o direito ao abrigo em alojamentos compatíveis com a sua idade com infraestrutura física compatível com o respeito a sua intimidade, privacidade, segurança, alimentação, saúde, lazer e recreação com tratamento individualizado de modo a permitir o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

O Parecer em estudo ainda ressaltou que o princípio da não devolução deve ser harmonizado com o princípio do interesse superior da criança, que tem o direito à reunião familiar como consequência de seu direito à proteção à família.

No que tange ao aspecto processual, o Parecer ressaltou o princípio da prioridade nos procedimentos administrativos e judiciais referentes à criança, que devem ser conduzidos com diligência e celeridade.

Além disso, merece destaque o caso das crianças Yean e Bosico contra a República Dominicana, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A jurisprudência das Cortes Internacionais merece ser analisada pelos tribunais nacionais nas decisões relativas aos casos de refúgio e apatridia, pois, conforme já foi mencionado no trabalho, a teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme, possibilita o intercâmbio de informações e decisões entre os tribunais internacionais e nacionais, bem como o intercâmbio entre o direito nacional e o internacional, dando

respaldo à criação de um sistema jurídico composto por proposições destinadas a solucionar os problemas oriundos da degradação dos direitos fundamentais das crianças.

O caso das meninas Yean e Bosico contra República Dominicana, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, consignada na denúncia nº 12.189 diz respeito à negativa de concessão de nacionalidade às meninas nascidas na República Dominicana, devido à ascendência paterna de refugiados haitianos, o que acarretou a situação de apatridia com graves consequências às crianças.

O prejuízo mais acentuado às crianças, no caso acima apontado, diz respeito aos direitos da personalidade, pois, sem identidade, as crianças ficaram impossibilitadas de frequentar a escola, o que gerou consequências no desenvolvimento da personalidade das meninas, uma vez que a educação é um direito humano fundamental no âmbito do mínimo irredutível.

O caso em questão demonstra que as teorias tradicionais a respeito da concessão de nacionalidade estão desatualizadas e superadas, pois são pautadas na discricionariedade estatal e na conformação de que o Estado é o elemento principal do direito internacional. Atualmente, o direito internacional dos direitos humanos impõe a necessidade de se considerar o ser humano como elemento principal do ordenamento jurídico internacional, dando-se mais ênfase à soberania pessoal em detrimento da estatal, sendo a nacionalidade um direito inerente à condição humana, devendo-se abandonar o critério estatocêntrico dos direitos de cidadania concedidos pelo Estado, com a prevalência da dignidade humana.

8. A criança e sua cidadania universal

Como já foi salientado no trabalho, o refugiado e o apátrida devem ser considerados cidadãos universais, na medida em que os direitos da personalidade que são direitos fundamentais independem de reconhecimento por determinado Estado, pois são inerentes à condição humana.

A tese do cidadão universal tem como respaldo o pensamento Kantiano do ser humano como um fim em si mesmo e o da hospitalidade universal. As conformações territoriais que dão respaldo à soberania estatal devem ceder espaço à soberania pessoal, pois o ser humano é o elemento central do ordenamento jurídico internacional.

Assim, a criança refugiada deve ser considerada sujeito de direitos perante qualquer Estado, que tem o dever de observar e respeitar a sua dignidade.

9. Considerações finais

A pesquisa realizada para a execução do artigo apresentado permite concluir que a criança é sujeito de direito internacional de direitos humanos e que, enquanto criança refugiada, goza da dupla vulnerabilidade o que demanda a proteção específica de sua condição de criança e de refugiada/apátrida.

A proteção a dupla vulnerabilidade da criança refugiada é conferida pelo microsistema existente no direito internacional de direitos humanos, que regula os direitos humanos de todo e qualquer ser humano, bem como os direitos da criança e dos refugiados/apátridas, por meio dos tratados internacionais com *status* de norma cogente, *hard law*, de observância obrigatória pelos Estados.

O microsistema protetivo à criança refugiada é resultado do diálogo das fontes entre os sistemas universal e regional de proteção aos direitos humanos que, pelo princípio do interesse superior da criança, da dignidade humana e do princípio *pro homine* irradia sua força cogente ao ordenamento jurídico brasileiro, obrigando o Estado a desenvolver políticas públicas adequadas à proteção da criança refugiada.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 corrobora a tese do diálogo das fontes entre o direito internacional de direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro ao conferir status de norma materialmente constitucional aos diplomas internacionais mencionados no trabalho.

Assim, qualquer norma brasileira contrária aos tratados internacionais de direitos humanos estaria sujeita ao controle de convencionalidade.

Como sujeito de direito internacional, a criança tem o direito a preservação de seus direitos fundamentais perante qualquer Estado, o que autoriza a afirmação de que goza da condição *sui generis* de cidadão universal.

O comprometimento com a proteção dos direitos fundamentais da criança no âmbito internacional é expressado pela Diretriz nº 08 do ACNUR, bem como pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que têm trabalhado para a concretização dos direitos fundamentais das crianças no mundo e no continente americano, respectivamente.

Assim, a criança refugiada/apátrida desacompanhada merece proteção especial devido a sua dupla vulnerabilidade com o estabelecimento de políticas públicas destinadas a concretização de sua cidadania universal o que proporciona pleno desenvolvimento de sua personalidade.

10. Bibliografia

ARENDDT, Hannah . *As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTILLA, Karlos. A proteção dos direitos humanos da criança no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Universidade Pompeu Fabra. In: *Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. Manual. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. UNICEF*.

CorteIDH. *Condición jurídica e Derechos Humanos del niño*. Opinião Consultiva nº 17/02, de 28 de agosto de 2002. Série A, nº 17, para. 42.

CorteIDH. Parecer Consultivo OC-4/48, de 19 de janeiro de 1984.

Derechos humanos de la niñez migrante. Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos. Buenos Aires, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

JAYME, Erick. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista USP. <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146> - acesso em 23/09/2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70 [s.d.].

_____. *A paz perpétua*. Trad. Artur Mourão. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Lusosofia:press, Universidade da Beira Interior, 2008.

Migrações, deslocamentos e direitos humanos. George R. B. Galindo (org.) 1ª ed., Instituto Brasiliense de Direito Civil. Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional, Brasília, 2015.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo, Método, 2007.

Manual de procedimentos e critérios para determinação da condição de refugiado, disponível em www.acnur.org.

MORLACHETTI, Alejandro. Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes. A Convenção sobre os Direitos da Criança e a proteção da infância no regulamento internacional dos direitos humanos. Universidade de Lanús. In: *Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. Manual. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. UNICEF*.

ROSA, Vitor. *Os menores estrangeiros isolados ou não acompanhados em França e Portugal: `a batata quente´*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. XXIX, 2015, p. 171-198.

SALCEDO, Juan Carrilo. *A soberania de los Estados y Derechos Humanos em Derecho Internacional Contemporâneo*. Madrid: Ed. Técnos, 1995

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004

TERESI, Verônica Maria. Guia de referência para a rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, 2012.