REVISTA **SABERES DA AMAZÔNIA**

CIÊNCIAS JURÍDICAS, HUMANAS E SOCIAIS

VOL. 4 N. 8

Janeiro-Junho 2019 | ISSN: 2448-0576

Attribution-ShareAlike 4.0 International

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A APATRIDIA DE CRIANÇAS REFUGIADAS: UM DIÁLOGO SOBRE ALTERIDADE

THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND THE STATELESSNESS OF REFUGEE CHILDREN: A DIALOGUE ON ALTERITY

Estela Cristina Vieira de Siqueira³¹

Amanda Eiras Testi³²

RESUMO

Considerando as dinâmicas de migração neste início de século e os possíveis desdobramentos da ausência de nacionalidade para a aquisição de direitos, compreende-se que a lacuna normativa acerca da apatridia é ainda mais nociva a um dos grupos mais vulneráveis da atualidade: as crianças apátridas. Apesar da existência de proteção sobre as crianças em inúmeras legislações nacionais e internacionais, a total ausência de vínculo de nacionalidade e a forma como a infância é relegada ao segundo plano quando da produção normativa – o que acaba por expor esses seres humanos em desenvolvimento, em situação de dupla vulnerabilidade, seja pelos riscos próprios da idade ou pela ausência de proteção, a abusos e aos abalos psicológicos provocados pelo contexto de deslocamento e de privação da própria identidade, não se amoldando à identidade étnica da família, desprovida de documentação e distante do berço natal, e também não se identificando totalmente com a realidade do país anfitrião, ao qual não pertence formalmente – uma realidade que se demonstra frágil frente ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, em um mundo cada vez mais móvel.

Palavras-chave: Apatridia. Crianças. Migração. Princípio do Melhor Interesse da Criança.

ABSTRACT

Considering the dynamics of migration at the beginning of this century and the possible unfolding of the absence of nationality for the acquisition of rights, it is understood that the normative gap concerning statelessness is even more harmful to one of the most vulnerable groups of modern reality: stateless children. Despite the existence of Children's protection in numerous national and international normative systems, the total absence of a national legal bond

³¹ Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito de Sul de Minas (FDSM). Três Pontas, Minas Gerais, Brasil. E-mail: estelacvieira@gmail.com.

³² Mestra em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pouso Alegre, Minas Gerais, Brasil. E-mail: amandaeirastesti@hotmail.com.

and the way children are relegated to second-order status when it comes to normative production - which exposes these human beings in development, inserted in situations of double vulnerability, either due to the risks inherent to the age or to the lack of protection, to the abuses and psychological upheavals caused by the context of displacement and deprivation of one's own identity, failing to conform to the ethnic identity of the family, devoid of documentation and distant of the birth place, and also not fully identifying with the reality of the host country, to which it does not formally belong - a reality that proves fragile in face of the Principle of the Best Interest of the Child, in an increasingly mobile world.

Keywords: Statelessness. Children. Migration. Principle of the Best Interest of the Child.

1 INTRODUÇÃO

No centro dos discursos sobre migração, há inúmeras questões sobre soberania e sobre o vínculo jurídico e político que une os indivíduos aos Estados, como se os seres humanos se encontrassem, invariavelmente, no ninho definidor de uma nacionalidade e de seus critérios de exclusão. No entanto, há hipóteses nas quais, impossibilitados de se verem incluídos em algum tipo de vínculo material ou formal garantidor de direitos frente aos Estados, os indivíduos se encontram dentro de um espaço vazio, a ausência de nacionalidade, denominada apatridia.

Tal lacuna de status se vê mais problemática quando atinge crianças, em razão da vulnerabilidade da idade e da incontabilidade de riscos aos quais estão expostas, nos mais variados processos – notadamente, os de migração. Estima-se que, hoje, as crianças correspondam a mais da metade do número total de 65,6 milhões refugiados no mundo³³, de acordo com dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR. Essas crianças, ainda de acordo com relatórios³⁴ do ACNUR, ao serem privadas de nacionalidade, não estão apenas privadas de um status jurídico, mas do

³³ Children correspond to 51% of the total population of refugees, according to UNHCR data. In: **Global Trends: Forced Displacement in 2016**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/globaltrends2016>> Acesso em: 3 jun. 2018.

³⁴ UNHCR. **I am here, I belong – Stateless Report, 2015**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/2015-10-StatelessReport_ENG16.pdf> Acesso em: 10 jun. 2018.

próprio direito de serem crianças – brincar, de se sentirem seguras, de terem acesso aos mais básicos dos direitos, como a educação.

O arcabouço normativo internacional, no que se refere aos Direitos das Crianças, confere status de essencialidade ao seu tratamento, em todos os processos, em razão de um princípio surgido na Declaração dos Direitos das Crianças³⁵, mas que somente fora ampliado, quando conheceu-se sua forma original³⁶, na Convenção sobre os Direitos da Criança: O Princípio do Melhor Interesse. Este, consiste em um critério hermenêutico para a plena proteção e priorização da criança em todo e qualquer processo que a envolva.

No entanto, o endereçamento dos menores, em sua proteção, torna-se prejudicado, quando esta se encontrar privada de seu status de nacionalidade e, portanto, alheia aos sistemas jurídicos nacionais, tanto de seu lugar de origem, ao qual, pela condição de refúgio, não pode retornar, quanto para dos países hospedeiros, para o qual ela será O Outro – abstração em exclusão abordada extensivamente por Jacques Derrida, em razão de seu sentimento de estrangeirice pessoal, tema de grande parte de sua produção bibliográfica.

Desta maneira, como é operacionalizado o Princípio do Melhor Interesse da Criança em situações de migração e apatridia? Qual a maneira com a qual a criança em situação de refúgio e apatridia aparece nas legislações internacionais e da América do Sul? Uma criança nasce ou se torna apátrida? É a apatridia que insere a criança em uma situação de vulnerabilidade?

E, por fim, em um limbo jurídico e emocional, quais os reflexos legais e psicológicos para as crianças inseridas no contexto da apatridia, em um mundo onde a alteridade se torna, cada vez mais, um conceito precário? Sob o ponto de vista metodológico, a fim de proceder com a melhor abordagem do tema, foi feita opção pelo método analítico-dedutivo de pesquisa, partindo da pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa³⁷.

³⁵ ONU. **Declaração dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <<https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>> Acesso em: 9 jun. 2018.

³⁶ UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 9 jun. 2018.

³⁷ SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 22ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

2 Composição do Conceito de Apatridia e Critérios de Atribuição de Nacionalidade Originária e Derivada

De forma a abordar a apatridia infantil, é necessário, inicialmente, apresentar uma conceituação sobre quem é o apátrida, sem o recorte de idade. Conforme o disposto na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas³⁸, e reforçado na Convenção sobre a redução dos casos de apatridia³⁹, é apátrida quem não possui vínculo de nacionalidade com qualquer Estado, conforme este definir em sua legislação interna. Tal discricionariedade para criação do critério de atribuição de nacionalidade surge antes mesmo das duas convenções mencionadas, em 1930, da Convenção de Haia sobre a Apatridia, ratificada pelo Brasil dois anos depois⁴⁰.

Há que se fazer uma distinção entre refugiados e apátridas, pois, embora sejam conceitos que, eventualmente, possam se aplicar aos mesmos indivíduos, não se referem aos mesmos institutos. O apátrida, portanto, é alguém que não possui vínculo de nacionalidade com nenhum Estado.

O refugiado, nos termos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados⁴¹, e posterior ampliação conceitual quando da Declaração de Cartagena⁴², e outros documentos referentes ao tema, é alguém que não pode ou não quer retornar ao seu local de origem, em razão de fundado temor de perder sua vida, devido a conflitos ou perseguições de toda sorte.

Sendo assim, há refugiados que são, de fato, apátridas, mas não todos. Apenas uma pequena parcela. E nem todo apátrida é refugiado, embora alguns

³⁸UNHCR. **Convention Relating to the Status of Stateless Persons**. 1954. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

³⁹UNHCR. **Convention on the Reduction of Statelessness**. 1961. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness_ENG.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Convenção (1932). **Decreto nº 21.798, de 6 de Setembro de 1932**. Promulga uma convenção e três protocolos sobre nacionalidade, firmados na Haia, a 12 de abril de 1930. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html>> Acesso em: 23 jun. 2018.

⁴¹ ONU. Convenção (1951). **Convention relating to the Status of Refugees (n. 2545)**. Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. Vol. 189. New York: United Nations, 1954.

⁴²UNHCR. **Declaración de Cartagena sobre Los Refugiados**. 1984. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html>> Acesso em: 9 jun. 2018.

o sejam, também em pequena parcela, embora tenha sido reconhecido na Resolução adotada na 71ª Assembleia-Geral das Nações Unidas, que deu origem à Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes⁴³ que se reconheceria que “*statelessness can be a root cause of forced displacement and that forced displacement, in turn, can lead to statelessness*”. E é com respeito a essa minoria de ambas as hipóteses que se encontra o grupo mais vulnerável: as crianças refugiadas e apátridas.

Há, atualmente, 193 países nos quadros das Nações Unidas⁴⁴, o que torna bastante complexo imaginar que um ser humano, ao nascer, possa não estar incluído nos critérios de nacionalidade de tão plural composição geográfica, em um planeta com limites atmosféricos bem definidos e onde a existência de *terra nullius* é cada vez mais questionada, para espaços territoriais não clamados por nenhum Estado⁴⁵, como é o caso da Antártida⁴⁶ e outros territórios ainda sob controvérsia.

No entanto, ao nos desdobrarmos sobre tais critérios de atribuição, facilita-nos a compreensão, pois há, dentro das hipóteses de aquisição originária de nacionalidade, dois critérios⁴⁷: *jus solis* ou “direito de solo”, atribuído em razão do território de nascimento, excetuando-se apenas as hipóteses de os pais estarem a serviço do Estado de origem – pressuposto que já se encontrava disposto na Convenção de 1930-, e o critério *jus sanguinis* ou “direito de sangue”, atribuído a partir do vínculo filial com nacionais do país de origem.

⁴³ ONU. Declaração (2016). **A/RES/71/1. New York Declaration for Refugees and Migrants**. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_71_1.pdf> Acesso em: 17 jul. 2018.

⁴⁴ ONU. **Member States, 2018**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/member-states/>> Acesso em: 23 jun. 2018.

⁴⁵ FITZMAURICE, Andrew. The genealogy of terra nullius. **Australian Historical Studies**, v. 38, n. 129, p. 1-15, 2007.

⁴⁶ A definição da Antártida como região não passível de clamor de soberania por parte de nenhum Estado encontra-se definida no Tratado da Antártida, o mesmo que estabelece que o território do ártico sul apenas pode ser utilizado para fins pacíficos e de pesquisa. In: SECRETARIAT OF THE ANTARCTIC TREATY. **The Antarctic Treaty**. Disponível em: <<https://www.ats.aq/e/ats.htm>> Acesso em: 23 jun. 2018.

⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Visualizar a apatridia quando o país adota o critério sanguíneo para atribuição de nacionalidade não apenas é mais simples, sob o aspecto didático, como também é a hipótese mais comum, pois as legislações que admitem a transmissão de vínculo nacional apenas por meio familiar frequentemente o fazem em razão do vínculo paterno – algo que nem sempre é possível de acontecer em meio aos conflitos, em razão de estupros, impossibilidade de localização do paradeiro do pai, do pai ser estrangeiro, ou ainda, de estar morto⁴⁸.

Uma segunda hipótese, menos debatida, é aquela da perda ou ausência de nacionalidade de um país que adote o critério de solo. Menos imagética que a outra conjectura, a perda de nacionalidade atribuída por território ocorre quando o Estado, em razão de conflitos ou outras circunstâncias análogas⁴⁹, encontra-se suspenso ou impossibilitado de conceder nacionalidade a novos nacionais, o que também é especialmente complexo a quem busca e solicita refúgio em outros Estados.

Ainda, para além das modalidades de nacionalidade originariamente atribuída, quando falamos em critérios derivados de nacionalidade, abrimos a possibilidade de que o apátrida adquira a nacionalidade de outro Estado, em sede de naturalização, pois a nacionalidade derivada é passível de aquisição voluntária, ao contrário da originária.

Neste sentido, compreendido quem é o apátrida para a legislação internacional, há algumas especificidades, relacionadas à vulnerabilidade própria dos seres humanos em desenvolvimento, como ocorre com as crianças, há alguns procedimentos específicos utilizados para garantir que a criança será tomada como prioridade em todos os processos que as envolverem, e isso inclui também as crianças apátridas.

3 O Princípio do Melhor Interesse da Criança nos Processos de Migração

⁴⁸ UNHCR. **Under the Radar and Under Protected: The Urgent Need to Address Stateless Children's Rights**, June 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/514acd3e2.html>> Acesso em: 04 jul. 2018.

⁴⁹ WEIS, Paul. **Nationality and statelessness in international law**. Países Baidos: Brill Editors, 1979. p.44.

Considerando-se que a maior parcela do debate acadêmico quanto às questões de refúgio revolve em torno do bem-estar e acolhimento do refugiado adulto, há poucos estudos quanto às questões referentes à criança migrante e apátrida, e sobre a essencialidade do vínculo de nacionalidade, de forma a que essa criança não esteja mais exposta a abusos e a restrições de direitos. Em estimativas mais recentes do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, tal preocupação se reflete em números: metade dos 10 milhões de apátridas, em um universo de 62 milhões de refugiados no mundo, são crianças⁵⁰.

O lapso temporal no qual a criança refugiada permanece longe do lar de origem se assevera pela situação de perseguição ou guerra, sendo que 51% do número total de refugiados, hoje, é composto por menores de idade. Essa estatística vai de encontro a outro dado do órgão especializado das Nações Unidas: em hipóteses de deslocamento prolongado, há indivíduos que permanecem até 20 anos fora de seus lugares de origem⁵¹, o que significa que há crianças que jamais vivenciaram experiências além daquelas da guerra. Há crianças que, apartadas de sua origem, não possuem sequer um lugar para chamar de lar.

Às crianças, também, impõe-se uma elevada responsabilidade nos processos de hospitalidade, pois, em razão da maior capacidade de adaptação, própria da idade, as crianças são os naturais “*quebradores de barreiras*” das famílias⁵², o que por vezes cria uma reversão no poder parental, o que significa que os pais permanecem dependentes e vinculados à capacidade de comunicação da criança com o ambiente que os cerca, ao passo que essa criança, cada vez mais, distanciar-se-á da cultura originária, ao se inserir em um novo contexto cultural, em um novo país.

⁵⁰UNHCR. **Short Course Application: Statelessness and the rights of the child, 2014.** Disponível em: <<http://www.unhcr.org/529ef7c49.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2018.

⁵¹ An estimated number of 11,6 million refugees are in situation of protracted displacement, in exceptional periods of as long as 20 years. In: UNHCR. **Global Trends: Forced Displacement in 2016.** Disponível em: <<http://www.unhcr.org/globaltrends2016>> Acesso em: 3 jun. 2018.

⁵²REEDY, Joslyn. **The Mental Health Conditions of Cambodian Refugee Children and Adolescents.** Columbus: The Ohio State University Department of International Studies Honors Theses, 2007. p. 27.

Tal corte geracional é aprofundado pela questão da perda de identidade promovida pela circunstancialidade da apatridia, pois a criança, em razão da ausência de nacionalidade, frequentemente não se sente como adequada para passar a cultura de sua família para frente. Afinal, em exclusão, ela não pertence ao grupo do país de origem⁵³, uma hipótese que viola o Princípio do Melhor Interesse em seu cerne normativo, pois, a criança que não possui vínculo com Estado algum permanece invisível a todos eles⁵⁴.

Sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança, embora apareça no texto da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, somente conheceria a forma atual em 1989, quando do advento da Convenção dos Direitos da Criança, que traz em seu texto que

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 melhor interesse da criança**.

Sendo assim, a partir do último documento, fica definida a priorização das crianças em ações concernentes a elas, dotando o cerne normativo do melhor interesse como critério hermenêutico na tomada de medidas em políticas públicas sobre menores de idade. Tal importância se refletiria também nas legislações internas de alguns países, tendo em vista que, até a finalização do presente trabalho, 125 países haviam ratificado seu conteúdo.

A importância da criança para o direito internacional também está contida no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém, ainda de forma restrita a questões de família e sucessão, uma grave preocupação para a época de assinatura do documento, mas carente de ampliação temática, quando falamos sobre as novas dinâmicas dos conflitos modernos, com velocidade ampliada e catalizadores de fluxos migratórios consideráveis, nesta que é a maior crise de refugiados vista desde a metade do século XX.

⁵³ Dentro dos relatórios do ACNUR sobre apatridia infantil, há menção ao sentimento de “sonhos em erosão” das crianças apátridas, em razão do sentimento de incompatibilidade cultural com uma nação originária da qual, por lei, não fazem parte. In: UNHCR. ***I am here, I belong – Stateless Report***. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/2015-10-StatelessReport_ENG16.pdf> Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁴ UNHCR. ***I am here, I belong – Stateless Report, 2015***. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/2015-10-StatelessReport_ENG16.pdf> Acesso em: 10 jun. 2018.

O Princípio do Melhor Interesse goza de especial atenção por parte do ACNUR, contando, inclusive, com um procedimento específico da agência especializada para a determinação do que é o melhor para a criança, principalmente a criança refugiada apátrida ou desacompanhada, a Best Interest Determination – BID⁵⁵.

3.1 Best Interest Determination e a Criança Apátrida

O Procedimento de Determinação do Melhor Interesse, desenvolvido desde 2008 pelo ACNUR, refere-se a todas as crianças que caiam sob a proteção da agência especializada, incluindo-se as crianças apátridas. Trata-se de um mecanismo formal e procedimental, elaborado com o objetivo de promover soluções duráveis às inúmeras situações de exposição a abusos às quais as crianças serão submetidas em longos e arriscados processos de deslocamento humano. Essencialmente, em uma primeira etapa⁵⁶, através da utilização de metodologias adequadas, o ACNUR avalia o que seria condizente com o Princípio do Melhor Interesse da Criança, para cada criança em específico, e em um segundo momento, para a efetivação do seu melhor interesse, através de práticas já desenvolvidas pelo órgão.

A primeira fase do procedimento, a Best Interest Assessment (BIA), corresponde à avaliação formal e bem documentada de quais são as necessidades daquela criança e a quais tipos de risco está exposta, bem como a análise de fatores⁵⁷, como se a criança está sozinha ou acompanhada - e se estar acompanhada por pais ou responsáveis apresenta riscos à sua integridade ou, ainda, seja impossível identificar a localização dos pais⁵⁸ -, se possui vínculo de nacionalidade presumível ou se é apátrida, se está, conseqüentemente, sob a égide de atuação do ACNUR, qual o seu nível de

⁵⁵ UNHCR. *UNHCR: Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*. Genebra: UNHCR, 2008.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ UNHCR. *Emergency Handbook – best interests procedure for Children, 4th Edition, 2018*. Disponível em: <<https://emergency.unhcr.org/entry/44309/best-interests-procedure-for-children>> Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁸ UNHCR. *UNHCR: Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*. Genebra: UNHCR, 2008.

maturidade e suas experiências, antes de que se efetivem as práticas da BID, em um momento posterior, quando este relatório será utilizado.

Após essa análise, parte-se de fato à efetivação da BID, que consiste em 1) identificação de soluções duráveis, 2) preparativos para cuidado temporário e 3) a possível separação da criança dos pais, quando a convivência apresentar riscos. No entanto, a implementação da política de determinação do melhor interesse BID somente pode ocorrer em países onde o ACNUR esteja operando, o que torna imprescindível a existência de legislação interna específica de proteção à criança refugiada e apátrida.

4 A Criança Migrante para as Legislações da América do Sul

Para as legislações nacionais de alguns países da América do Sul, é conferida proteção especial à criança, assim como a outros grupos em condição de vulnerabilidade, principalmente quando tal situação envolver o menor em migração.

A Lei nº 27.891, do Peru, estende à criança a proteção especial conferida pela Constituição Política⁵⁹ do país. A Lei n. 251 da Bolívia⁶⁰, concede automaticamente status de refúgio às crianças filhas de refugiados reconhecidos, em virtude do Princípio da Unidade Familiar. O Decreto n. 2840 da Colômbia⁶¹ concede proteção especialíssima à criança refugiada, colocando-as sob assistência do Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que poderá designar um funcionário responsável pelo pequeno solicitante de refúgio durante todo o procedimento.

Embora o recorte metodológico aqui pretendido não se disponha a realizar um estudo comparativo entre políticas de Estado, pela imprecisão e incorreção por parte deste trabalho em observar a promoção de políticas de

⁵⁹ A Constituição Política do Peru traz em seu artigo 4º a seguinte descrição: "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono". In: PERU. **Constitución Política del Peru**. Disponível em: <https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf> Acesso em: 25 jun. 2018.

⁶⁰BOLÍVIA. **Ley n. 251, de 20 de junio de 2012**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8855>> Acesso em: 25 set. 2018.

⁶¹COLÔMBIA. **Decreto n. 2840, de 2013**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9437.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2018.

acolhimento em todos os países mencionados, tendo em vista que este não é o objetivo central do que aqui se apresenta, para o caso de crianças em deslocamento, tais dados nos são úteis tanto para refletir sobre a ausência de dispositivos específicos sobre crianças apátridas, nas legislações da América do Sul, quanto para analisar a Lei 9.474/97, do Brasil. Não obstante seja considerada uma das leis mais modernas e atuais sobre a temática de refúgio, o instrumento não traz em seu texto nenhum dispositivo referente à proteção da criança, em específico. Nem mesmo as apátridas.

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil⁶² estabelece em seu artigo 4º, dentre os princípios constitucionais que regem as relações internacionais do Estado Brasileiro, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, princípio importante quando se fala em apatridia, pois cria um compromisso de desenvolvimento que independe de determinação sobre o local de origem, ainda que o conceito de povo, necessariamente, implique em vínculo jurídico e político com um Estado. E em seu artigo 5º, a carta política anula toda e qualquer hipótese de distinção de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, em seus direitos à uma existência digna e livre.

Isso porque, a vida humana tem suas raízes solidificadas na dignidade, fato é que a mesma é mencionada no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1.948, prescrevendo que: “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”⁶³.

4.1 A Criança Apátrida e Refugiada para a Legislação Internacional

Há uma breve menção à apatridia infantil na Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança, como forma de assegurar a implementação e ratificação dos termos da convenção, em circunstâncias nas quais, especialmente, estejam envolvidas crianças ausentes de nacionalidade, conforme aparece no

⁶²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁶³ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 03 jul. 2018.

artigo 7⁶⁴ – mesmo artigo que define que toda criança tem o direito a adquirir uma nacionalidade. Nenhuma outra menção à apatridia é feita no documento e não há definição aprofundada.

No que diz respeito à América Latina, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁵, em seu artigo 20, estabelece que toda pessoa tem direito a nacionalidade e dela não poderá ser privada arbitrariamente, sem que, no entanto, qualquer proteção especial quanto à criança desprovida de vínculo nacional apareça em seu texto.

Isso significa dizer que há uma invisibilidade quanto ao acesso às crianças apátridas, principalmente quando refugiadas, pelos documentos oficiais. A apatridia, de maneira genérica, é abordada por documentos jurídicos que não abrangem as especificidades e riscos aos quais as crianças estão expostas, como o tráfico de crianças para a exploração sexual, o recrutamento para o tráfico de drogas e para os conflitos armados⁶⁶.

A definição de apatridia, sem recorte de idade, aparece na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1951, conforme já mencionado, como sendo a situação de quem não possui com nenhum Estado o vínculo jurídico e político denominado nacionalidade. A ausência da proteção especial de idade se torna especialmente problemática em um mundo onde, atualmente, além das crianças comporem mais da metade do número total de refugiados, conforme dados do ACNUR, ainda de acordo com dados do órgão, das cerca de 10 milhões de pessoas apátridas no mundo, metade são crianças⁶⁷.

O que significa que, mesmo que o artigo 7 da Convenção sobre os Direitos das Crianças confira o direito de possuir uma nacionalidade às crianças, na prática, há 5 milhões de crianças que não se encontram sob o véu

⁶⁴UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 9 jun. 2018.

⁶⁵CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 05 jul. 2018.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-21/14**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em: 14 jun. 2018.

⁶⁷ UNHCR. **Short Course Application: Statelessness and the rights of the child, 2014**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/529ef7c49.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2018.

de proteção do arcabouço normativo de nenhum Estado e, portanto, alheias a direitos básicos como saúde, educação, o direito ao seu nome, sem ter como provar sua identidade ou saber sua idade, além de estarem mais vulneráveis a violações de Direitos Humanos⁶⁸.

Como se pode vislumbrar, um indivíduo desprovido de documentação que comprove sua identidade, não é visto como um sujeito de direitos, logo, quando seus Direitos Humanos são violados, não lhe resta nada a não ser o silêncio advindo da sua inserção em uma condição de vulnerabilidade. Um claro exemplo disso é a exploração dos bolivianos na indústria da moda, principalmente na cidade de São Paulo.

A Bolívia é um dos países mais pobres da América Latina, o que faz com que o aliciamento para obtenção de mão de obra barata se torne habitual. Diante das promessas de empregos milagrosos feita pelos aliciadores cumulada com a insatisfação de viver em condições sub-humanas agravadas após a crise de 2005, os bolivianos migram para o Brasil. Porém, ao contrário do que se crê, a rotina no Brasil é bem diversa do que a prometida: quando iniciam a viagem com destino a São Paulo, os documentos são retidos pelos aliciadores e entregues ao empregador quando chegado ao seu destino, sob a alegação que serão devolvidos após quitação da dívida, advinda do transporte Bolívia/Brasil.

Porém, essa quitação jamais ocorre, uma vez que a manutenção da dívida é a fonte da cadeia exploratória. Sendo assim, a alimentação, comida e moradia são custeadas pelo empregador e cobradas posteriormente dos bolivianos em valores exacerbatentes. Objetivando o breve adimplemento dessa dívida e impossibilitadas do gozo dos direitos básicos, o trabalho também é imposto às crianças bolivianas as quais têm o direito à educação expressamente tolhido diante da não portabilidade de documentos, logo, impossibilitadas de frequentar escolas, hospitais, bem como de receber benefícios sociais, sendo tal situação extinta apenas quando da sua libertação e de seus familiares da condição de escravos contemporâneos.

⁶⁸ Idem.

A maior parte da população apátrida – e por via de consequência, das crianças – segundo dados do ACNUR, é proveniente do Sudeste Asiático e da Ásia Central, do Leste Europeu, do Oriente Médio e de alguns países da África⁶⁹. Tal informação é importante pois, para alguns dos países incluídos nesses continentes, somando um total de 26 ao redor do mundo, a sucessão de nacionalidade somente se dá por critério sanguíneo (*jus sanguinis*) e paterno, o que significa que uma mulher que sofra um estupro na rota de fuga dos conflitos dificilmente conseguirá transmitir sua nacionalidade aos filhos⁷⁰.

5 Os Reflexos da Exclusão do Outro em Processos que Envolvam Crianças

A exclusão do outro, como já visto, o insere em uma condição de vulnerabilidade, violando expressamente o princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Por ser desprovida de uma conceituação objetiva, a dignidade humana deve ser aplicada com ponderação, haja vista ser a dignidade ato multidimensional, diretamente relacionada à existência humana, originando pela própria vida, percorrendo pela integridade física e psíquica, moral, liberdade, condições de bem-estar, dentre outros⁷¹.

A vida humana está enraizada na dignidade, fato é que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1.948, discorre que: “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”⁷².

Na Constituição Federal, por exemplo, devido a tamanha importância para o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana foi inserida no artigo 1º, III, sendo que o indivíduo a adquire com o seu nascimento e dele não lhe pode ser tirada, haja vista se tratar de algo intrínseco ao ser humano e de

⁶⁹UNHCR. **Under the Radar and Under Protected: The Urgent Need to Address Stateless Children's Rights**, June 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/514acd3e2.html>> Acesso em: 04 jul. 2018.

⁷⁰ Idem.

⁷¹VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 66.

⁷²ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 03 jul. 2018.

princípio imprescindível para a realização da amplitude dos direitos fundamentais. Por este motivo, a dignidade da pessoa humana está inserida em um rol inaugural da Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, dotada de blindagem Constitucional.

Porém, para além dos reflexos jurídicos, há que se pensar que, por trás de toda a existência tomada de face e identidade definidas, em razão do limbo jurídico no qual essas crianças se encontram, há um ser humano - o Outro⁷³, por exclusão, dimensão vastamente abordada pelo argelino Jacques Derrida.

Ao abordar a noção de asilo como decorrente de um dever de hospitalidade, Derrida nos traz a reflexão de que a construção histórica de soberania implica, necessariamente, na exclusão daquilo que lhe é externo, *estrangeiro*. A existência de regras de exclusão torna-se condicionante da própria hospitalidade – só há um nativo nacional porque, em contrapartida, há um Outro que não o é, e a hospitalidade só existe quando há este Outro que não possui vínculo doméstico. No entanto, tal diferenciação não deve, sob nenhum aspecto, implicar em exclusão. Ela servirá apenas para delimitar quem é o hospedeiro e quem é o hóspede⁷⁴ – uma alusão lúdica feita por Derrida ao viajante que chega.

Em outros termos, se não há fronteiras nem diferença entre quem está dentro e fora das fronteiras, a própria obrigação de receber deixa de existir, algo que Derrida denominaria de Aporia da Hospitalidade⁷⁵ – se a hospitalidade for absoluta, ela não existe, por abstração. A frase “se nós já compartilhássemos tudo o que se compartilha com uma língua, o estrangeiro continuaria sendo um estrangeiro e dir-se-ia, a propósito dele, em asilo e em hospitalidade?”⁷⁶, ao nos remeter àquilo que chamaria de “afeções da alma”⁷⁷, o que Derrida considerava o mais próximo de uma linguagem universal, nos

⁷³DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade**. 1ª ed. São Paulo: Escuta, 2003.

⁷⁴DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade**. 1ª ed. São Paulo: Escuta, 2003.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

direciona também à situação bastante específica abordada no presente trabalho: a apatridia.

No entanto, o filósofo também nos faz questionar qual a real dimensão da hospitalidade e da noção de alteridade, de interdependência entre os seres humanos, e sobre se qual a extensão das regras de condicionalidade do ingresso do estrangeiro. Ao falarmos de alguém que encontra-se desprovido de nacionalidade, como é o caso do apátrida, o ato de recebê-lo passa pela dimensão de hospitalidade absoluta, aquela na qual se recebe alguém sem qualquer necessidade de contribuição de reciprocidade. É o ato de abrir sua casa para alguém⁷⁸, antes mesmo que esse alguém possa se identificar. Às vezes, ele não tem meios com os quais se identificar.

E tal hipótese, embora filosófica e um tanto utópica, de acolher-se abertamente alguém que não possui identificação, é ainda mais essencial para as crianças, pois a própria idade já as insere em uma condição de vulnerabilidade e exposição a abusos, pois ao perderem sua identidade, elas buscam outros mecanismos de se encontrarem, algo que é abordado pelo antropólogo francês Marc Augé⁷⁹, ao analisar a fragilização da posição simbólica dos pais frente aos filhos nos processos de mobilidade e migração, frente aos incêndios de automóveis nos subúrbios de Paris: vulneráveis, provenientes de parcelas da população que comumente não possuem acesso às altas esferas educacionais e culturais, mesmo em seus países de origem, a única forma que, inconscientemente, esses jovens têm de projetar nos meios de consumo da população mais abastada, a única forma que eles têm de aparecer na TV, espaço dos brancos e nativos, é através dos noticiários, o que não é apenas um problema social interno, mas uma questão relacionada à mobilidade.

Augé⁸⁰ aponta a educação como caminho, para romper com essa dinâmica de “desejar estar na tela”, o que é “de certo modo, desejar

⁷⁸ DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade**. 1ª ed. São Paulo: Escuta, 2003.

⁷⁹ AUGÉ, Marc. **Por uma antropologia da mobilidade**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

⁸⁰ Idem.

reencontrar ao centro”, como oposição à condição marginalizada e periférica nas quais o contexto de mobilidade, involuntariamente, os compele.

Considerações Finais

Diante de todos os obstáculos presentes nos intrincados processos de migração da atualidade e da dinâmica cada vez mais complexa da alteridade nos Estados hospedeiros, os reflexos psicológicos provocados pela exclusão do Outro se intensificam quando este indivíduo que chega não possui vínculo com nenhum país, situação denominada pelo Direito como apatridia. E o direito à identidade, a se reconhecer e ser reconhecido, faz parte de uma existência fundada na garantia da dignidade da pessoa humana.

A ausência de nacionalidade, muito mais do que apenas um reflexo jurídico, diante dos inúmeros instrumentos normativos que reafirmam a necessidade de se possuir vinculação nacional, como mecanismo de acesso a direitos e maior proteção contra abusos, é um obstáculo à percepção do indivíduo como ser em si mesmo. Impossibilitado de se identificar com as gerações anteriores de seu próprio povo, vê-se também à margem do país que o acolhe, em uma espécie de limbo entre duas ou mais nacionalidades, sem que, no entanto, possua nenhuma.

O fato de não portar documentos exclui essas crianças do acesso a direitos básicos, como o acesso à saúde e à educação, sendo que tais garantias são fundamentais para o desenvolvimento pleno de todo ser humano, algo que se encontra incluído no princípio da cooperação dos povos para o progresso da humanidade, um dos pilares das relações internacionais do Estado brasileiro.

Que as legislações dos países considerem a criança refugiada, sem no entanto, abranger a criança apátrida, representa uma lacuna de difícil transposição para indivíduos em fase de desenvolvimento emocional e cognitivo, como são as crianças, tomando-lhes a face, a vez e a voz, invisíveis às legislações e incapazes de se verem representados nos espaços de consumo – um abismo cultural que tende a ser um dos mais complexos reflexos das falhas políticas migratórias da atualidade.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016.

AUGÉ, Marc. **Por uma antropologia da mobilidade**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BOLÍVIA. **Ley n. 251, de 20 de junio de 2012**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8855>> Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Convenção (1932). **Decreto nº 21.798, de 6 de Setembro de 1932**. Promulga uma convenção e três protocolos sobre nacionalidade, firmados na Haia, a 12 de abril de 1930. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html>> Acesso em: 23 jun. 2018.

COLÔMBIA. **Decreto n. 2840, de 2013**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9437.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-21/14**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em: 14 jun. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 05 jul. 2018.

DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade**. 1ª ed. São Paulo: Escuta, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

FITZMAURICE, Andrew. The genealogy of terra nullius. **Australian Historical Studies**, v. 38, n. 129, p. 1-15, 2007.

ONU. Convenção (1951). **Declaração dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <<https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>> Acesso em: 9 jun. 2018.

ONU. Convenção (1951). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 03 jul. 2018.

ONU. Convenção (1951). **Convention relating to the Status of Refugees (n. 2545)**. Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. Vol. 189. New York: United Nations, 1954.

ONU. Declaração (2016). **A/RES/71/1. New York Declaration for Refugees and Migrants**. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_71_1.pdf> Acesso em: 17 jul. 2018.

ONU. **Member States, 2018**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/member-states/>> Acesso em: 23 jun. 2018.

PERU. **Constitución Política del Peru**. Disponível em: <https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf> Acesso em: 25 jun. 2018.

REEDY, Joslyn. **The Mental Health Conditions of Cambodian Refugee Children and Adolescents**. Columbus: The Ohio State University Department of International Studies Honors Theses, 2007. p. 27.

SECRETARIAT OF THE ANTARCTIC TREATY. **The Antarctic Treaty**. Disponível em: <<https://www.ats.aq/e/ats.htm>> Acesso em: 23 jun. 2018.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 22ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

UNHCR. **Convention on the Reduction of Statelessness**. 1961. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness_ENG.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

UNHCR. **Convention Relating to the Status of Stateless Persons**. 1954. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

UNHCR. **Declaración de Cartagena sobre Los Refugiados**. 1984. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html>> Acesso em: 9 jun. 2018.

UNHCR. **Emergency Handbook – best interests procedure for Children, 4th Edition, 2018**. Disponível em: <<https://emergency.unhcr.org/entry/44309/best-interests-procedure-for-children>> Acesso em: 10 jun. 2018.

UNHCR. ***Global Trends: Forced Displacement in 2016***. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/globaltrends2016>> Acesso em: 3 jun. 2018.

UNHCR. ***I am here, I belong – Stateless Report, 2015***. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/2015-10-StatelessReport_ENG16.pdf> Acesso em: 10 jun. 2018.

UNHCR. ***Q&A: The world's 15 million stateless people need help - 2007***. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/news/latest/2007/5/464dca3c4/qa-worlds-15-million-stateless-people-need-help.html>> Acesso em: 23 jun. 2018.

UNHCR. ***Short Course Application: Statelessness and the rights of the child, 2014***. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/529ef7c49.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2018.

UNHCR. ***Under the Radar and Under Protected: The Urgent Need to Address Stateless Children's Rights***, June 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/514acd3e2.html>> Acesso em: 04 jul. 2018.

UNHCR. ***UNHCR: Guidelines on Determining the Best Interests of the Child***. Genebra: UNHCR, 2008.

UNICEF. ***Convenção sobre os Direitos da Criança***. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 9 jun. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. ***Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF***. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 66.

WEIS, Paul. ***Nationality and statelessness in international law***. Países Baixos: Brill Editors, 1979. p.44.