

CRISE HUMANITÁRIA INTERNACIONAL E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS MIGRANTES OU REFUGIADAS: UMA ANÁLISE DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº 21 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

INTERNATIONAL HUMANITARIAN CRISIS AND THE RIGHTS OF MIGRANT AND REFUGEE CHILDRENS: AN ANALYSIS OF THE ADVISORY OPINION N. 21 OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Fernanda Da Silva Lima¹

Recebido em: 15/09/2016
Aceito em: 06/07/2017

felima.sc@gmail.com

Resumo: Este artigo analisa como são assegurados os direitos humanos de crianças migrantes ou que estejam na condição de refugiadas, buscando uma aproximação do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos com o Direito Internacional dos Refugiados. O trabalho está dividido em três partes: a primeira é compreender os direitos da criança previstos no plano internacional e, de forma mais específica, os direitos enunciados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 da ONU. A segunda estudar os fluxos migratórios mistos no contexto internacional, principalmente no que se refere ao Direito Internacional dos Refugiados e, por fim, analisar os avanços colocados perante os Estados membros da OEA diante da Opinião Consultiva nº 21/2014, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A metodologia utilizada é qualitativa e descritivo e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Criança. Direitos humanos. Migrantes. Proteção Integral. Refugiados.

Abstract This article examines how the human rights of migrant children or who are in the condition of refugees are assured, seeking an approximation of the International System of Protection of Human Rights with International Refugee Law. This article divided into three parts: the first is to understand the rights of the child provided at international level and, more specifically, the rights set forth in the International Convention of UN 1989 Child Rights. The second study the mixed migration flows in the international context, especially with regard to international refugee law, and finally, to analyze the advances brought before the OAS member states on the Advisory Opinion No. 21/2014, issued by the Inter-American Court of Human Rights. The methodology is qualitative and descriptive and bibliographic research.

Keywords: Child; Human rights; Migrants; Full Protection; Refugees.

1. INTRODUÇÃO

O final da 2ª Guerra Mundial assinala o marco histórico para o processo de internacionalização dos direitos humanos e do reconhecimento de que todas as pessoas são sujeitos do direito internacional, principalmente no que se refere à proteção da vida, integridade física e da dignidade humana. Passado o horror representado pelo holocausto nazista, bem como dos regimes autoritários que marcaram os países da Europa no mesmo período, foi imprescindível fazer uma conciliação do Direito com a Moral (ética) para impedir que novas atrocidades pudessem afligir os seres humanos.

¹ Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC – Criciúma – Santa Catarina - Brasil

Foram também criados mecanismos para garantir a proteção dos direitos humanos para além das fronteiras estatais, assegurando no plano normativo os direitos a todas as pessoas independentemente do lugar em que estejam.

O processo de internacionalização dos direitos humanos teve início com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 1945, cuja finalidade implicou em reestruturar o sistema normativo internacional, conferir proteção aos indivíduos e organizar as relações entre os seus Estados-membros, com o objetivo de promover a paz mundial. Esta reconstrução dos valores e da proteção internacional da pessoa humana foi inaugurada com os princípios enunciados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, e acompanhada de outros direitos firmados no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos.

Como consequência deste processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, foram também criados, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, sendo o Brasil integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e no âmbito da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969. Este artigo analisa especificamente de que forma são assegurados os direitos humanos de crianças migrantes ou que estejam na condição de refugiadas, buscando uma interlocução e aproximação do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos com o Direito Internacional dos Refugiados. Em termos metodológicos deve ser classificado como qualitativo e descritivo. Como método de coleta de dados, foi utilizada exclusivamente a pesquisa bibliográfica.

Este trabalho tem como problemática central verificar se o sistema de proteção internacional dos direitos humanos e dos refugiados dão conta de proteger os direitos de crianças migrantes ou que estejam na condição de refugiadas, principalmente em decorrência da crise humanitária que assola o planeta, exigindo que pessoas precisem se deslocar do seu país de origem em busca de proteção ou para melhorar a sua qualidade de vida.

Parte-se da hipótese de que o sistema internacional ainda é insuficiente para responder de forma satisfatória ao princípio do melhor interesse da criança e, por sua vez, conferir proteção integral aos seus direitos, dada a sua condição vulnerável em razão da fase de desenvolvimento em que se encontra. No entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, por requisição do Brasil, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai, parecer consultivo acerca da matéria.

O trabalho estruturou-se em torno dos seguintes tópicos, primeiramente buscou-se compreender os direitos da criança previstos no plano internacional e, de forma mais específica, os direitos enunciados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 da ONU. No segundo tópico foi necessário estudar os fluxos migratórios mistos no contexto internacional, principalmente no que se refere ao Direito Internacional dos Refugiados e, por fim, analisar os avanços colocados perante os Estados membros da OEA diante da Opinião Consultiva nº 21, datada de 19 de agosto de 2014, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Parte-se, no presente artigo, de que os Direitos Humanos são equivalentes ao Direito de Cidadania, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que o Direito de Cidadania refere-se ao direito a ter direitos e acima de tudo, o de pertencer a uma comunidade política. E é nesta ideia que se funda a proteção dos migrantes e dos refugiados. E mais,

às crianças deve ser dado tratamento especial em função da sua condição de sujeitos de direitos e de estar em fase especial de desenvolvimento.

2. . A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS NO PLANO INTERNACIONAL

As convenções internacionais são fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo jurídico que surgiu no cenário mundial no início do século passado e que tem precedentes históricos no Direito Humanitário, na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho. A expressão direitos humanos possui maior amplitude por se referir à proteção dos direitos do ser humano, independentemente de terem sido positivados ou não, e que esta proteção tem guarida no direito internacional, pois visa estabelecer direitos, reconhecendo o ser humano como verdadeiro sujeito do direito internacional, não importando se suas regras foram ou não positivados dentro da esfera do seu próprio Estado. (ANNONI, 2008, p. 36)

Está aí a noção de que a proteção dos direitos humanos não fica restrita ao domínio estatal, portanto não se reduz à competência nacional exclusiva à sua proteção. E para isto é necessário compreender duas premissas importantes geradoras de impacto no cenário jurídico-político dos Estados no âmbito internacional: a) a primeira refere-se à revisão do conceito de soberania estatal² e, b) a segunda à concepção da ideia de que o indivíduo pode ter seus direitos protegidos em âmbito internacional, pois lhe é dada a condição de sujeito de direito internacional.

O valor da dignidade humana deve ser o princípio orientador do conteúdo de diversas normas escritas. É o valor que deve ser apreciado quando houver direitos humanos envolvidos³.

Há uma tendência em esvaziar o conteúdo jurídico-conceitual do que seja a “dignidade humana”. Monsalve e Román (2009, p. 59)⁴, ao fazerem uma análise jusfilosófica do termo aplicada ao contexto do direito internacional dos direitos humanos, entendem que

[...] a dignidade aparece não somente como um direito ou um princípio reconhecido nos tratados internacionais, mas também renasce como critério

² “Ferrajoli (2002, p. 41), no mesmo sentido, demonstra: “A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecidos pelo artigo 1 dos mesmos Pactos”.

³ O valor da dignidade humana vem expresso no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao estabelecer que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

⁴ Monsalve e Román (2009, p. 42) desenvolvem o conceito de dignidade humana a partir da análise de três aparentes problemas ou contradições, e apresentam a sua formulação por meio de questionamentos: “i) a dignidade humana é um aspecto natural dos seres humanos ou é, ao contrário, um aspecto consensual criado pela vontade política e legislativa dos Estados? ii) a dignidade humana é um valor abstrato ou, ao contrário, é possível defini-la em relação a aspectos concretos da vida humana? iii) a dignidade humana é um valor absoluto e universal ou, ao contrário, é um valor particular dependente de contextos históricos, culturais e até mesmo individuais?”

de interpretação a favor do sentido mais amplo dos direitos humanos. Em linhas gerais, é inegável que os postulados gerais e abstratos dos tratados internacionais de proteção que resguardam a dignidade humana de todas as pessoas têm uma gama de cores quando se trata de aplicá-los em casos concretos. Não obstante, para além das tensões apresentadas, apelar ao respeito da dignidade humana na atualidade constitui uma saída positiva a favor dos direitos humanos.

Sem dúvida, o século XX foi representativo de inúmeras violações ao ser criança, tanto no plano social como no plano normativo. De forma ainda tímida, a primeira normativa internacional a prever direitos especiais para crianças foi a Declaração de Genebra de 1924, aprovada pela então Liga das Nações. Décadas mais tarde, após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que, como se viu, é representativa do avanço nos direitos e liberdades individuais do ser humano e no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio angular a conduzir a interpretação jurídica dos tratados internacionais e das normas internas, vigentes em cada Estado aderente dos sistemas – global e regional – de direitos humanos (ONU, 1948).

Ainda no âmbito da ONU, foi aprovada no ano de 1959 a Declaração dos Direitos da Criança, em consonância com o que já havia sido previsto pela Declaração de Genebra de 1924 e reafirmada em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 foi o primeiro documento a abordar de forma mais específica a necessidade de proteção à infância, levando em consideração a sua imaturidade física e mental, e que por isso mesmo necessitaria de uma proteção legal apropriada, devendo a humanidade conceder maiores esforços para garantir esta proteção.

A Declaração dos Direitos da Criança de 1959, embora não possua efeito normativo vinculante aos Estados ratificantes, representou com mais veemência a preocupação da comunidade internacional em proteger a criança de forma especial, devido ao reconhecimento de que esse período de desenvolvimento da vida é peculiar e merecedor de cuidados especiais, com absoluta prioridade. A Declaração de 1959 está disposta em dez princípios, entre os quais está o reconhecimento de que seus direitos serão exercidos sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família (ONU, 1959).

Trinta anos após a aprovação da Declaração de 1959, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, consagrada num conjunto de 59 artigos, dispondo sobre os mais variados temas relativos à infância, disciplinando sobre o seu desenvolvimento, o direito a convivência familiar e comunitária, direito à vida, à liberdade e a vedação a qualquer forma de discriminação, exploração, abusos e opressão.

Dois protocolos facultativos foram incorporados à Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. O primeiro sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, e o segundo sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis. Ambos os protocolos foram adotados

pela Assembleia Geral da ONU no dia 25 de maio de 2000, mas passaram a vigorar somente após a décima ratificação, o que nos dois casos só ocorreu no ano de 2002.

A convenção reconhece como criança toda pessoa com menos de 18 anos de idade, salvo exceções legais, em que se reconheçam a maioridade antes desse período (art. 1º).

Embora a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 não tenha trazido de forma expressa o termo “proteção integral”, como bem ressaltaram Vieira e Veronese (2015, p. 102), o novo paradigma fica demonstrado diante do rol de direitos humanos previstos na Convenção, que obviamente devem ser respeitados na sua integralidade, já que os direitos humanos são indivisíveis por essência.

De de acordo com Costa (1992, p. 19), esta teoria

[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes mercedores de Proteção Integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para a promoção e defesa de seus direitos.

Reafirma-se que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 previu a possibilidade de os Estados-partes investirem em políticas públicas sempre que for necessário ao fiel cumprimento dos direitos fundamentais dispostos no tratado. Que estas políticas atendam e proporcionem melhores condições de vida, melhores condições de desenvolvimento, sadio e harmonioso, e que zelem pelo cumprimento integral dos direitos inerentes à fase da infância. Que haja um reordenamento estratégico no campo das políticas públicas que incluam verdadeiramente as crianças, os adolescentes e suas famílias.

De acordo com Ramidoff (2007, p. 13), o direito da criança ancora-se numa nova teoria jurídico-protetiva transdisciplinar, que dependerá da responsabilização compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade no campo da efetivação dos direitos. Diz que o grande desafio desta nova doutrina jurídico-protetiva transdisciplinar é justamente a construção, a conscientização, a mobilização, a implementação e a efetivação destes novos valores humanos consagrados para as crianças seja no plano internacional, como no plano jurídico interno dos Estados nacionais.

A Convenção reconhece que os Estados Partes deverão respeitar os direitos previstos na convenção aplicando-os a todas as crianças que estiverem sob a sua jurisdição e isso implica, assegurar os direitos sem quaisquer distinção e independentemente de sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou representantes legais (art. 2º, 1.)

Este tratado internacional está dividido em três partes: a) na primeira estão definidos os direitos humanos previstos para todas as crianças; b) na segunda, está disposta a criação de um

Comitê de monitoramento, formado por dez especialistas, cuja atribuição é monitorar o cumprimento do tratado pelos Estados ratificantes bem como fiscalizar o cumprimento de suas decisões no que se refere às obrigações impostas aos Estados; c) e a terceira parte discorre sobre os procedimentos formais concernentes a adesão e ratificação da Convenção pelos Estados.

Os Comitês de monitoramento criados no âmbito dos tratados internacionais funcionam como mecanismo convencional de proteção dos direitos humanos. Os Comitês são órgãos externos e independentes da ONU e nas situações em que se verificar a violação de direitos humanos ou descumprimento das normas por parte dos Estados, terá o Comitê o dever de se reportar ao Conselho de Direitos Humanos para as providências cabíveis, no âmbito administrativo. (MAZZUOLI, 2010).

Portanto, todos os Estados-membros têm o dever de criar mecanismos que resguardem os direitos da criança e proponham a sua ampla implementação nos sistemas jurídicos internos. Não basta apenas ratificar a convenção, tem-se que torná-la legalmente eficaz. Doek (2007, p. 16) afirma que “o Estado ratificante assume a obrigação de implementar a CDC de maneira progressiva e plena, em particular com respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais”. Cabe também aos Estados criarem no âmbito legislativo e na sua política interna uma cultura de respeito aos direitos humanos, pois de nada adianta um amontoado de normas jurídicas se não há condições fáticas que potencializem o exercício dos direitos produzidos por estas normas. (LIMA, 2015)

É importante afirmar-se que a proteção integral disposta à infância no âmbito da Convenção Internacional de 1989 reconhece além das normas definidoras dos direitos humanos, um conjunto amplo de princípios. Não será objetivo deste trabalho discorrer sobre todos os princípios previstos na Convenção, razão pela qual, discorrer-se-á apenas sobre dois deles, o primeiro é o princípio da universalidade e o segundo do melhor interesse da criança.

A Convenção de 1989, ao consagrar o princípio da universalidade estendendo a proteção integral a todas as crianças, também incorpora os valores de igualdade e de não discriminação, cabendo uma interpretação extensiva tanto deste tratado como dos demais instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos. Por isso, há previsão que, havendo necessidade, os Estados-partes deverão investir em políticas públicas que deem conta de satisfazer os interesses de crianças e adolescentes, levando em consideração a sua própria realidade social, independentemente de nacionalidade.

No que se refere a crianças migrantes, a Convenção é omissa. Já em relação as crianças refugiadas, a normativa internacional compreende que tanto em situações que a criança esteja sozinha ou acompanhada, deverá receber assistência humanitária adequada de acordo com os outros instrumentos normativos internacionais sobre a matéria. Da mesma forma a Convenção informa que os Estados ratificantes deverão cooperar, juntamente com as Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes ou não-governamentais no sentido de proteger a criança refugiada, e se for o caso, não medir esforços para localizar os pais ou responsável legal, assegurando a reunião da família. Em situações em que não seja possível localizar a família da criança, será concedida a ela “[...] a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada

permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente Convenção.” (ONU, 1989, art. 22, 1 e 2)

Ainda no âmbito internacional, é possível localizar um princípio orientador dos direitos humanos específico para crianças e adolescentes, que é o princípio do melhor interesse da criança, cuja normativa está prevista na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, da Organização das Nações Unidas. Conforme disposto no artigo 3º, 1, da Convenção de 1989: “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” (ONU, 1989).

Por estar prevista em tratado internacional e dada a sua natureza, é possível afirmar que a regra que declara que os direitos de crianças devem ser respeitados, levando em consideração o seu melhor interesse, integra a característica de ser uma norma *jus cogens*, a qual, dada a sua natureza, não pode ser derogada pela vontade das partes, conforme dispõe o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵.

O melhor interesse da criança deve ser o princípio orientador “das ações da família, da sociedade e do Estado, que, nos processos de tomada de decisão, sempre devem considerar quais as oportunidades e facilidades que melhor alcançam os interesses da infância. (CUSTÓDIO, 2009, p. 34).

Logo, a concretização dos direitos da infância em consonância com o que preceitua a teoria da proteção integral, implica no reconhecimento de que todas as ações voltadas para a satisfação dos direitos desses sujeitos vulneráveis deve levar em consideração aquilo que atender ao seu melhor interesse. Compreender a operatividade desse princípio jurídico é de suma importância, pois todas as ações voltadas para a garantia dos direitos das crianças, seja na esfera pública ou privada, devem considerar o que é de seu melhor interesse.

Assim, é importante situar que no âmbito internacional, mais especificamente no que orienta o direito internacional público, existem três vertentes ou sistemas que visam à proteção do ser humano e que se constituem na garantia de proteção de um mínimo ético não passível de relativização. Este mínimo ético compreende a proteção ao direito à vida, integridade física e dignidade humana e devem influenciar os sistemas jurídicos dos Estados no que alude à sua proteção.

As três vertentes são: a) Direito Internacional Humanitário – que também pode ser definido como um conjunto de regras no plano internacional aplicáveis aos Estados durante os conflitos armados, com duplo objetivo, sendo o primeiro o de restringir os direitos dos combatentes mediante a limitação dos métodos e meios de guerra, e o segundo, o de proteger os direitos dos não combatentes, civis e militares fora de combate; b) o Direito Internacional dos Direitos Humanos – cuja finalidade é defender os indivíduos contra as arbitrariedades do próprio Estado, a partir da ideia de

⁵ É importante destacar que a Convenção de Viena adota os princípios do livre consentimento, da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, os quais são indicadores de que um Estado não pode derogar uma norma *jus cogens* alegando incompatibilidade com o ordenamento jurídico interno (BRASIL, 2009).

que o indivíduo tem direitos protegidos na esfera internacional, subdividindo-se em sistema global (ONU) e sistemas regionais de proteção (por ex. OEA, UE, UA) (RAMOS, 2014); e c) Direito Internacional de Proteção aos Refugiados – criado a partir da Convenção de 1951 para reassentar refugiados europeus que ainda estavam sem lar como consequência da Segunda Guerra Mundial. (LIMA, 2015)

No plano internacional, como visto, a principal normativa voltada para a proteção aos direitos da criança é justamente a Convenção da ONU de 1989, no entanto, o processo de internacionalização dos direitos humanos associado a ideia da progressividade dos direitos humanos implicam, cada vez mais, no cenário internacional, que o conteúdo dos tratados possa ser analisado de forma expansiva e nunca restritiva. No que se refere especificamente a condição de criança migrante ou refugiada, é imprescindível que a vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de onde emana a Convenção de 1989, possa convergir com o Direito Internacional dos Refugiados, e em muitos casos, também com o Direito Internacional Humanitário, se o objetivo maior for assegurar e proteger os direitos humanos das crianças, considerando o seu melhor interesse e toda a teoria da proteção integral concebida no âmbito da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

3. MIGRAÇÃO E REFÚGIO NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL

As sociedades contemporâneas e conseqüentemente o processo de globalização tem possibilitado cada vez mais vivenciar experiências para além das fronteiras dos Estados nacionais frente ao que se conhece como mobilidade. A mobilidade aqui não é aquela entendida exclusivamente sobre a lógica da geografia dos transportes, mas implica no reconhecimento ou (re)definição de mobilidade vista como uma metáfora para além do seu conteúdo original (VIEIRA, 2011) e que compreende, no contexto deste artigo, a possibilidade de que as pessoas, sujeitos do direito internacional, possam ir e vir. Vieira (2011, p. 47) entende que “[...] esses processos de mobilidade são permeados com fronteiras simbólicas e reais que delimitam os diferentes territórios onde essas mesmas mobilidades acontecem.”

Atualmente, tem-se vivenciado no cenário global um grande volume de pessoas se movimentando voluntariamente e espontaneamente, de um lugar para outro, de um Estado para outro, e são vários os motivos desta mobilidade. Ao mesmo tempo, também assistimos ao maior volume de mobilidade de pessoas que fogem do seu território porque seus direitos humanos estão sendo violados ou ameaçados, ou em razão de conflitos armados, ou ainda, porque existe um temor real à sobrevivência no seu Estado nacional ou no Estado em que se encontre.

Assim, primeiramente é importante destacar, terminologicamente, o que se entende por migração e refúgio. De forma geral, o migrante é toda pessoa que cruza uma fronteira nacional de forma espontânea, seja porque deseja experimentar uma nova cultura, seja porque migra em busca de trabalho, para estudar, entre outros motivos. Importante frisar que a migração, como um processo voluntário, está comumente associado à busca por melhores oportunidades econômicas. (HAYDU, 2010, p. 22).

Já os refugiados de forma genérica e ampla, “[...] constituem um grupo de pessoas que são obrigadas a se deslocar a outro Estado por temerem por suas vidas e liberdades.” Atualmente o ACNUR tem se referido em relação a estas duas categorias ‘migrantes’ e refugiados’ como um grupo de pessoas viajando em movimentos mistos. Esta é uma forma de compreender que qualquer pessoa que esteja se deslocando, seja na condição de migrante ou refugiada, ou ainda dentro de outras categorias – como os deslocados internos, os postulantes de refúgio – de deslocamento forçado possam ser titulares de direitos humanos e que devem ter os seus direitos assegurados no âmbito dos Estados em que se encontrem.

Importante registrar que tanto os migrantes, como os refugiados possuem um amplo conjunto de tratados internacionais, seja nos sistemas ONU, OEA, OIT, e também protegidos por organizações não governamentais que prestam auxílio humanitário como a Comitê Internacional da Cruz Vermelha, com sede na Suíça.

Como a categoria de migrante está associada ao deslocamento voluntário, dar-se-á mais ênfase a compreensão do sistema internacional de proteção dos refugiados.

O sistema de proteção internacional dos refugiados foi desenvolvido quase dois anos após a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), que atualmente é o órgão subsidiário permanente da Assembleia Geral das Nações Unidas, sediado em Genebra, na Suíça. O ACNUR foi criado inicialmente para reassentar refugiados europeus que ainda estavam sem lar como consequência da 2ª Guerra Mundial. O ACNUR visa garantir que qualquer pessoa possa exercer o direito de buscar e obter refúgio em outro país ou retornar ao país de origem.

E, por conta disso, no ano de 1951 foi aprovada a Convenção Internacional sobre Refugiados⁶. Para (RAMOS, 2011, p. 25) “a importância desse tratado é imensa: é o primeiro tratado internacional que trata da condição genérica do refugiado, seus direitos e deveres⁷.”

O artigo 1º da referida Convenção assim designou o status de refugiado:

Art. 1º - Definição do termo "refugiado"

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

1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou 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 da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados;

⁶ Importante apontar que o sistema de proteção aos refugiados no sistema internacional “[...] também é guiado por pronunciamentos e diretivas não vinculantes (“softlaw”) de organizações regionais e internacionais, incluindo as Conclusões sobre Proteção Internacional do Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).” (PAULA, 2007, p. 52)

⁷ Convém ressaltar que as definições de refugiados antes da Convenção da Organização das Nações Unidas de 1951 partiam de soluções ad hoc adotadas pela comunidade internacional para dar resposta a crises humanitárias, consequência de eventos históricos que produziram grandes deslocamentos forçados. Para maiores informações ver (CARNEIRO, 2012).

As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção;

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

O item 1 do artigo 1º da Convenção refere-se aqueles que já haviam recebido o status de refugiados antes de sua publicação, mas que gozavam de proteção de outros instrumentos internacionais, à exemplo da proteção conferida pelo Comitê Intergovernamental de Refugiados criado no contexto da Segunda Grande Guerra. (CUNHA, 2012)

Já no item 2 vem explicitado que o conceito de refugiado está relacionado com a condição de que o postulante do refúgio demonstre um fundado temor de perseguição no país de sua nacionalidade. Os elementos de perseguição fixados pela Convenção de 1951 são: raça; religião; nacionalidade; grupo social; ou opiniões políticas.

A expressão “fundado temor de perseguição” é o elemento chave da definição, refletindo o ponto de vista dos autores da declaração em relação aos elementos constitutivos do conceito de refugiado. Com ela, substitui-se o método anterior de definição de refugiado por categorias (i.e., pessoas de uma certa origem não gozando da proteção do seu país) pelo conceito geral de “temor” em razão de um motivo relevante. Por se tratar de conceito subjetivo, a definição contempla um elemento subjetivo que deve ser considerado a partir da pessoa solicitante de refúgio. Assim, a determinação da condição de refugiado fundamentar-se-á, principalmente, não em um julgamento da situação objetiva do país de origem do solicitante, mas na avaliação das declarações por ele prestadas. (ACNUR, 2011 p. 12)

Conforme observa Carneiro (2012) a característica fundamental que diferencia a perspectiva da definição de refugiado dos critérios anteriores é que a Convenção individualiza o refugiado, transformando-o em um ser concreto, com uma raça, uma crença, uma nacionalidade, pertencente a um grupo social com determinadas opiniões políticas, que em razão disso se vê perseguido ou teve negada sua proteção em seu estado de origem.

Ademais, a Convenção transforma o temor numa categoria jurídica, uma vez que a perseguição não precisa ser efetiva, mas a ameaça real e o temor já justificam a proteção internacional daquela pessoa. (CARNEIRO, 2012)

Jubilut (2014, p.14) faz uma crítica ao conceito dado pela Convenção de 1951, informando que o referido tratado traz uma limitação temporal e geográfica. No primeiro caso entende que para ser refugiado o fundado temor de perseguição deveria ter ocorrido antes de 1º de janeiro de 1951, já quanto à limitação geográfica, impunha uma limitação de que o status de refugiado se aplicaria exclusivamente as pessoas que teriam sofrido o temor de perseguição na Europa.

No entanto, estas duas limitações foram removidas dezesseis anos mais tarde pelo Protocolo sobre o Status de Refugiados de 1967. “Assim, a proteção aos refugiados passa de fato a ser universal, e as pessoas com bem-fundado temor de perseguição, a partir de então, a contar com a proteção da sociedade internacional por meio do instituto do refúgio, sem limites temporais ou geográficos.” (JUBILUT, 2014, p.14) De forma mais expansiva, também foram aprovadas outras convenções no plano dos sistemas regionais, como a Convenção da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena, da OEA em 1984⁸.

Ressalta-se que na América Latina, além da Declaração de Cartagena de 1984, existem outros instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos refugiados, como a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de 1994 e a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, de 2004.

Todos estes instrumentos de proteção aos refugiados são complementares as regras editadas na Convenção sobre Refugiados de 1951 de seu Protocolo Adicional de 1967, compondo um emaranhado de regras e diretrizes que devem nortear a política e a proteção internacional aos direitos humanos de refugiados.

As publicações recentes do ACNUR tem demonstrado que embora a definição de refugiado da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 estabeleça quem não pode beneficiar-se da proteção internacional, seja porque não a necessita ou porque não a merece (cláusulas de exclusão), observa-se que alguns países optam por aplicar de maneira restritiva os critérios de inclusão, não considerando os instrumentos regionais de proteção aos refugiados, que ampliaram as cláusulas de inclusão, conseqüentemente alargando o conceito de refugiado nos tempos atuais, como as já mencionadas, Convenção da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984. (LIMA; SANTOS, 2015, p. 82)

⁸ A Declaração de Cartagena de 1984 não só acolheu a ampla definição de refugiado já prevista na Convenção de 1969, como a alargou significativamente, conforme consta no item III da Carta de 1984, passando a considerar também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (LIMA; SANTOS, 2015, p. 78)

A aplicação restritiva dos critérios de inclusão por muitos países impedem que muitas pessoas que sofrem diuturnamente violações graves de direitos humanos, consigam pleitear ajuda e proteção em outros países. Somado a isso, a crise que se agravou no pós 11 de setembro de 2001 recrudescer as fronteiras de muitos países, impedindo a migração de pessoas.

Atualmente no cenário internacional tem aumentado o número de pessoas em busca de refúgios e esse aumento considerável têm trazido problemas sérios para os postulantes no âmbito do sistema de proteção internacional dos refugiados. Uma vez que aumentando o fluxo de refugiados, aumentam-se gradativamente as medidas de controles restritivas de países que não desejam este fluxo migratório, o que vêm a prejudicar a proteção aos refugiados. Por isso Paula (2007, p. 51) afirma que “a situação atual dos refugiados no mundo desafia como nunca as estruturas de governança global” principalmente no que se refere ao princípio non-refoulement.

O princípio do non-refoulement ou em português princípio da não devolução, possui natureza jus cogens e está previsto no art. 33 da Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951, se mostra como a pedra angular da proteção internacional dos refugiados e se funda no fato de que um Estado não deve expulsar ou rechaçar, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios onde sua vida ou sua liberdade estejam em risco ou ameaçadas, ainda que tenha ingressado no território de forma ilegal.

Derderian e Schockaert (2009, p. 108) afirmam que:

Refugiados não-reconhecidos e migrantes sem documentação em áreas urbanas estão frequentemente desprotegidos e tornam-se alvo de xenofobia e outras formas de violência, como testemunhamos recentemente, em larga escala, na África do Sul (MSF, 2008d) e em incidentes pontuais em outros contextos. Na Malásia, dos 248 incidentes envolvendo violência registrados por MSF, 26% foram cometidos por malaios comuns contra migrantes sem documentação e refugiados que vivem na região. Esses abusos ficaram impunes, pois os refugiados e migrantes sem documentação estavam assustados demais para defender seus direitos básicos ou entrar com ação judicial. Reportar os incidentes à polícia malaia não os ajudaria, visto que teriam que enfrentar acusações de serem ilegais [...]

Para Derderian e Schockaert (2009, p. 111-112) tais leituras restritivas do direito internacional combinadas com o crescente fluxo migratório, seja de pessoas em busca de refúgio, sejam os deslocados e os migrantes, contribuem para que muitas pessoas permaneçam em Estados de forma ilegal e não regular, isso inclui a população de crianças.

4. OS AVANÇOS E DESAFIOS DOS ESTADOS AMERICANOS DIANTE DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº 21 DE 2014 E O CONTEXTO BRASILEIRO

Nestas primeiras linhas do último tópico deste artigo, cujo o objetivo é analisar a Opinião Consultiva nº 21 de 2014 emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é fundamental explicar como funciona, ainda que minimamente, este sistema de proteção, do qual o Brasil faz parte e situa-se no âmbito da Convenção Americana de Direitos.

Assim, imprescindível destacar que os sistemas de proteção regional aos direitos humanos seguem a influência do sistema global, consubstanciado na Organização das Nações Unidas (ONU) e tornam-se ferramenta importante na consolidação e internacionalização dos direitos humanos. Enquanto sistema regional, o Brasil faz parte da OEA – Organização dos Estados Americanos.

O Sistema americano de direitos humanos é complexo e se desdobra em dois sistemas protetivos de direitos humanos, o primeiro vinculado aos seguintes documentos internacionais: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em abril de 1948, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1948 também, ambas aprovadas por resolução, a Carta da Organização dos Estados Americanos, conhecida como Carta da OEA, entre outros documentos internacionais editados no âmbito da Assembleia Geral da OEA. Já o segundo sistema protetivo é aquele vinculado especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada no ano de 1969, durante uma Conferência Intergovernamental celebrada pela OEA.

É sobre o segundo sistema, o sistema da Convenção que passar-se-á a discorrer. O sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabeleceu em seu texto normativo a criação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é composta por sete membros com ilibada idoneidade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos, que podem ser nacionais de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA). A CIDH tem sede em Washington/EUA, e sua competência alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana de 1969, bem como todos os Estados-membros da OEA que ratificaram a Declaração Americana de Direitos Humanos (RAMOS, 2014). a CIDH funciona como órgão de fiscalização e monitoramento dos direitos humanos no âmbito dos Estados americanos, e pode ainda atuar numa etapa conciliatória entre denunciante e Estados denunciados por violações de direitos humanos, a qual se constitui em uma etapa indispensável como mecanismo de acionamento do sistema regional de proteção aos direitos humanos.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial autônoma, não sendo órgão da OEA, apenas da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte é composta por sete juízes e está situada em San José, na Costa Rica. Tem jurisdição consultiva e contenciosa. Na jurisdição consultiva a Corte pode emitir pareceres ou opiniões consultivas, não vinculantes (art. 64.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969). Na jurisdição contenciosa há uma ação judicial propriamente dita. A jurisdição contenciosa não é obrigatória, pois o Estado pode ser ratificante da Convenção e não reconhecer a jurisdição da Corte. O Brasil só reconheceu a jurisdição da Corte em 1998, mesmo tendo ratificado a Convenção no ano de 1992.

Neste artigo, analisa-se a Opinião Consultiva nº 21 de 2014 que se refere a “Direitos e Garantias de crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional”. A opinião consultiva foi apresentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em resposta ao pedido apresentado no mês de julho 2011 pelos países Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. O objetivo da consulta solicitada à Corte era que o fosse determinado com maior precisão quais são as obrigações dos Estados com relação as medidas a serem adotadas para as crianças e/ou aos seus pais em situação de migração.

De acordo com o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul, o texto do pedido de Opinião Consultiva encaminhado à Corte foi resultado da XIX Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados (RAADH), realizada no mês de abril de 2011, em Assunção, no Paraguai. Importante destacar, que é a primeira vez que quatro Estados nacionais emitem de forma conjunta pedido de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos. (IPPDH, 2016)

Dentre as justificativas do pedido de parecer consultivo apresentado pelos Estados solicitantes estão: a) o reconhecimento de que atualmente se estima que cerca de 25 milhões de pessoas, à data do pedido, migraram da América Latina e Caribe para os países da América do Norte e Europa. Informam ainda que cerca de 6 milhões migram de um país para o outro na própria região da América Latina e Caribe, e que destes migrantes, tem se acentuado o número de crianças, que migram acompanhadas ou sozinhas⁹; b) os motivos de migração das crianças são diversos e envolvem desde a melhoria das condições econômicas, sociais e culturais para fugir da extrema pobreza, até situações que envolvem reagrupamento familiar, desastre ambiental, violações de direitos, entre outros;¹⁰ c) compreendem que boa parte dos migrantes encontram-se em situação de imigração irregular, principalmente por encontrarem-se em situação de vulnerabilidade social e fragilidade econômica. Nestas situações, de imigração irregular, a prática adotada é a utilização de privação de liberdade, tanto para adultos como para crianças e, em algumas situações, envolvem situações de deportação e devolução ao Estado que possivelmente já violou os direitos daqueles que migraram; e) e ainda, que no cenário internacional há muitas lacunas diante da situação das crianças

⁹ De acordo com o parecer da Corte, dados do ano de 2013 apontam que: “[...] existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas. A su vez, del total de personas migrantes em nuestro continente, 6.817.466 eran menores de 19 años. Según datos de finales de 2013, em el continente americano había alrededor de 806.000 personas refugiadas y personas em situación similar a la de los refugiados. En ese año, se presentaron más de 25.300 solicitudes de asilo individuales de niñas y niños no acompañados o separados en 77 países alrededor del mundo.” (CORTE, 2014, p. 14)

¹⁰ “Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: em busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por câmbios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados em el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, em la actualidad un número creciente y significativo migra em forma independiente y sin compañía.” (CORTE, 2014)

migrantes e de qual procedimento os Estados nacionais deverão adotar para proteger os direitos humanos das crianças migrantes e refugiadas.

O relatório da Opinião Consultiva nº 21 de 2014 é bastante extenso, possui mais de cem páginas e é bastante detalhado apresentando respostas às questões levantadas pelos Estados solicitantes, sempre invocando a liberdade de interpretação prevista no âmbito da Convenção e em atenção ao princípio da progressividade dos direitos humanos, que neste caso, coaduna com o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que em razão da idade, nenhum Estado nacional poderá violar direitos humanos alegando estar aplicando os tratados internacionais em matéria de migração – ainda que ilegal – e deslocamentos forçados, como no caso da situação de refugiados.¹¹

Da manifestação da Corte sobre os quesitos levantados pelos Estados nacionais destacam-se a análise do momento posterior ao ingresso e se relaciona com as questões dos procedimentos adotados pelos Estados para conferir máxima proteção aos direitos humanos das crianças e neste sentido o entendimento da Corte foi o de definir objetivos prioritários básicos que envolvem:

[...] (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información. (CORTE, 2014, p. 35)

Nas situações de migrações de crianças em situação irregular, os Estados questionam a Corte para saber de que forma é possível conferir a proteção destes sujeitos, principalmente no que se refere a proibição de privação de liberdade das crianças, já que a detenção de adultos em situação de migração irregular é prática comum e tolerável no âmbito dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

¹¹ “[...] la función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la misma, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”, competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal.” E ainda: “Asimismo, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. Es decir, [...] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.” (CORTE, 2014, p. 10)

Logo, acerca da privação de liberdade de crianças em situação de migração irregular, a Corte se manifestou contrariamente, apontando alguns argumentos, como estes:

[...] la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas (infra párr. 162) que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana. (CORTE, 2014, p. 57)

A Corte se manifestou, levando em conta a vulnerabilidade das crianças em razão da idade, que é necessário observar alguns direitos e aplicá-los às crianças de forma especial e em observância ao princípio do melhor interesse, adotando medidas específicas que garantam amplo acesso à justiça em condições de igualdade e que seja conferido o direito ao devido processo legal.

Em relação a possibilidade de aplicação ao princípio do non refoulement, como princípio jus cogens que também visa assegurar a máxima proteção dos direitos humanos de crianças migrantes e refugiadas, a Corte se manifestou no sentido de estender a interpretação também sob a ótica da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU de 1989, firmando entendimento de que não pode haver devolução de crianças, principalmente em razão da fase de desenvolvimento em que se encontram e em atenção ao seu melhor interesse, princípios estes, reafirma-se, são a base da teoria da proteção integral.

De este modo, la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a um Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar

cualquier decisión que concierne a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado. (CORTE, 2014, p. 89-90)

Paula (2007, p. 52) afirma que “com a determinação de que o princípio do non-refoulement atingiu o valor normativo de jus cogens, os Estados estão impedidos, tanto individualmente, como coletivamente, de violarem, em qualquer circunstância, essa norma.” A atribuição de natureza jus cogens ao princípio da não devolução é uma conquista ímpar na proteção internacional aos refugiados, principalmente com o aumento de políticas e medidas restritivas contra os solicitantes de refúgio, nos últimos quarenta anos, e mais rigidamente após os eventos de 11 de setembro de 2001.

A Corte também se manifestou sobre os procedimentos que os Estados partes deverão adotar para garantir o cumprimento dos direitos humanos de crianças na condição de refugiadas e de postulantes de refúgio. E ainda, a Corte se pronunciou em relação as possíveis situações de crianças cujos pais enfrentam uma situação de expulsão ou deportação por motivos migratórios, manifestando-se a Corte pela ideia de fixar limites as arbitrariedades dos Estados no âmbito das relações familiares, não podendo praticar abusos contra as crianças e suas famílias nestas situações.

Para emitir opinião sobre a interpretação das disposições jurídicas suscitadas pelos Estados, a Corte informou que baseou seus critérios de interpretação de acordo com o que está estabelecido na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, principalmente no que concerne as regras gerais de interpretação dos tratados internacionais de natureza consuetudinária.

Certamente, diante da crise humanitária que se instaura no cenário mundial no âmbito do deslocamento forçado de pessoas e também potencializados pela migração, ainda que voluntária e, ainda que ilegal, geram consequências jurídicas e sociais graves para os Estados Nacionais. No entanto, diante desta crise, não mais é possível admitir que haja a violação de direitos humanos. Em linhas gerais, as pessoas que se deslocam, o fazem em busca de proteção, seja porque seus direitos foram violados, ou estão ameaçados e, neste cenário, vê-se crescer a cada dia o número de crianças migrantes ou refugiadas.

Diante disso, acertou a Corte Interamericana de Direitos Humanos em emitir a Opinião Consuntiva nº 21 de 2014, demonstrando a preocupação com a violação dos direitos humanos de crianças no continente americano. Percebe-se que o princípio do melhor interesse da criança, fortemente utilizado como critério de interpretação, está também relacionado à condição peculiar de crianças enquanto pessoas em desenvolvimento, e que merecem uma atenção especial da sociedade, da família e do poder estatal, no sentido de concretizar ações que impliquem mudanças significativas para dar legitimidade a esses novos direitos, situando estes sujeitos dentro de um quadro de garantia de proteção integral, evidenciando que cada país deverá dirigir suas ações e suas políticas com a finalidade de priorizar os interesses da presente e também das novas gerações (VERONESE, 1997, p. 13).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente assume força jurídica tanto na esfera pública como privada e reveste-se de critério orientador e estruturante do próprio aos direitos da infância (CUSTÓDIO, 2009, p. 34) (LIMA, 2001, p. 213). Serve ainda este princípio de critério hermenêutico em possíveis colisões de direitos fundamentais, devendo ser orientador de decisões

legislativas e/ou jurídicas que resguardem a essência da proteção integral aos direitos humanos das crianças.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve artigo não teve a pretensão de esgotar e discorrer sobre todos os fundamentos dos direitos humanos que envolvem as situações de crianças migrantes ou refugiadas e tão pouco fazer uma análise minuciosa da Opinião Consultiva nº 21 de 2019, declarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois não caberiam nestas páginas, considerando o quão complexa se mostra o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

No que tange a proteção à pessoa humana, no âmbito internacional, e de forma mais específica a proteção de crianças, percebe-se que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 dá conta de informar os princípios orientadores a garantir a proteção dos direitos humanos da infância, principalmente no que se refere a garantia de proteção integral visualizada a partir dos princípios da universalidade e do melhor interesse da criança.

Ao mesmo tempo, nota-se que as três vertentes de proteção dos direitos humanos no plano internacional – Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados – encontram barreiras para a garantia de proteção aos direitos humanos das crianças, barreiras estas não atinentes exclusivamente ao direito, mas fundadas em razões políticas, sociais, sociológicas e principalmente econômicas.

Em que pesem tais lacunas, há de se reconhecer que o sistema de proteção internacional dos refugiados, tal qual desenvolvido, notadamente em razão dos seus instrumentos internacionais de proteção, formam um conjunto estruturado de proteção, mas é imprescindível, principalmente em situações de deslocamentos forçados ou migrações voluntárias ilegais, que haja uma convergência entre as três vertentes capaz de conferir proteção a todos os indivíduos.

Logo, é importante compreender quais são as respostas dos sistemas internacionais frente as possíveis violações de direitos humanos que afetam a vida de milhares de crianças que possam estar na condição de migrante ou de refugiada. A decisão da Corte disposta na Opinião 21/2014 foi fundamental para estabelecer parâmetros mínimos de obrigações dos Estados de origem, trânsito e destino, no sentido de conferir proteção aos direitos humanos das crianças em situação de deslocamentos mistos.

É cada vez mais crescente no cenário mundial o fluxo e o deslocamento de pessoas, por diversas razões, tais como, questões econômicas, por violação de direitos humanos, causas ambientais, questões sociais e culturais, entre outras, fatores que demonstram a insuficiência do sistema internacional em proteger de forma eficaz e integralmente as crianças migrantes e refugiadas.

É imprescindível a renovação do quadro normativo do Direito Internacional, bem como, promover uma interpretação mais extensiva, como fez a Corte, no que se refere a situação das crianças em fluxos migratórios mistos, para uma efetiva proteção aos direitos humanos. Lembrando ainda, que muitos são os desafios colocados diante da ineficácia de um sistema de normas, e, no

âmbito dos direitos inerentes à infância, a garantia de proteção integral vai depender de todos, Estado, família e sociedade assegurar os direitos das crianças e adolescentes negros com prioridade absoluta, tornando-as visíveis no processo de construção das políticas públicas, para que a proteção integral não se constitua em mera artificialidade ou de fachada.

REFERÊNCIAS

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra: ACNUR, 2011.

ANNONI, Danielle. O direito humano de acesso à justiça no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

CARNEIRO, Wellington Pereira; COLLAR, Janaina Matheus. Reflexões sobre a questão racial e refugio no sistema brasileiro. In: SILVA, César Augusto S. da. (org.) Direitos Humanos e Refugiados. Dourados: Ed. UFGD, 2012

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva nº 21, de 10 de agosto de 2014. Corte: San José, Costa Rica, 2014.

CUNHA, Ana Paula. Refugiados ambientais? In: Cadernos de debates refúgios, migrações e cidadania. v. 7, n. 7. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da Criança e do Adolescente. Criciúma: Unesc, 2009.

DERDERIAN, Katharine; SCHOCKAERT, Liesbeth. Respostas a fluxos migratórios mistos: uma perspectiva humanitária. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 6, n. 10, p. 116-119, June 2009.

DOEK, Jaap. A CDC: desafios futuros. In: LIETEN, Kristoffel (Org.). O problema do trabalho infantil: temas e soluções. Tradução de Danielle Annoni. Curitiba: Multidéia, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAYDU, Marcelo. Refugiados angolanos em São Paulo: integração ou segregação? Curso de Pós-Graduação em Ciências Sociais (Mestrado em Relações Internacionais), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.[online]. 2014, vol.22, n.43, pp.11-33. ISSN 1980-8585. <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004302>.

LIMA, Fernanda da Silva. Os direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes negros à luz da proteção integral: limites e perspectivas das políticas públicas para a garantia de igualdade racial no Brasil. 338fl. Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado), pela Universidade Federal de Santa Catarina, 2015, Florianópolis.

_____; SANTOS, Priscila Camargo. O Direito Internacional dos Refugiados: desafios contemporâneos e perspectivas. In: ANNONI, Danielle; PENTINAT, Susana Borràs (coords.) Retos internacionales de la protección de los derechos humanos y el medio ambiente. Curitiba: Gedai/UFPR, 2015.

LIMA, Miguel M. Alves. O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONSALVE, Viviana Bohorquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos. Sur, Revista Internacional de Direitos humanos. [online], São Paulo, v. 6, n. 11, p. 40-63, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/docs/>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/docs/>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: Senado Federal, 1995.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (B-32), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 8 jan. 2015.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 7, p. 51-67, 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf>

RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito da Criança e do Adolescente: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de, (orgs.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

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

VERONESE, Josiane Rose Petry. Temas de Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1997.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VIEIRA, Paulo Jorge. Mobilidades, Migrações e Orientações Sexuais: Percursos em torno das fronteiras reais e imaginárias. *ex æquo*, n.º 23, 2011, pp. 45-59.

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

LIMA, Fernanda Da Silva. Crise humanitária internacional e os direitos das crianças migrantes ou refugiadas: uma análise da Opinião Consultiva nº 21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, jul. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8303>>. Acesso em: _____. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i51.8303>.